



Massimo Franzoni(*)

El **contacto social** no solo es relevante para el médico(**)

Social contact is not only relevant to the doctor

“EN EFECTO, LOS TERCEROS, Y CON MAYOR RAZÓN LOS SOCIOS, NO ENTRAN CASUALMENTE EN CONTACTO CON LOS ADMINISTRADORES, Y PRECISAMENTE A RAZÓN DE SU OCUPACIÓN, ELLOS REQUIEREN EL EMPLEO DE UNA CIERTA DILIGENCIA Y DE UN CIERTO GRADO DE PROFESIONALIDAD”.

Resumen: En las reflexiones vertidas en el presente trabajo, el autor parte de los orígenes que han visto nacer al contacto social en la relación entre paciente y médico. Desde 1999, año en el que se publicó una sentencia que abordaba el tema de la responsabilidad de la administración de hecho de una sociedad de capitales, esta figura ha cambiado el modo de concebir la relación entre usuario y administración pública, y como consecuencia, muchos otros sectores, como el bancario, han sido enormemente influenciados. Se concluye, finalmente que, entre el contrato y el hecho ilícito, el contacto social constituye un hecho fuente de obligaciones en el sentido del artículo 1173 del Código Civil italiano, una verdad que parece hoy incontrastable.

Palabras clave: Fuente de las obligaciones - Hecho ilícito - Responsabilidad civil - Responsabilidad profesional - Contacto social - Administración pública

Abstract: In these reflections, the author begins from the origins of social contact, in the relationship between patient and doctor. Since 1999, year in which was published a judgment that handled the matter of liability of the factual administration of a company, this figure has changed the way of thinking the relationship between user and public administration; and, as a result, many other areas, like banks, have been enormously influenced. Finally, the author concludes that, between contract and tort, social contact means a fact source of obligations, in the sense of article 1173 of the Italian civil code, a truth that seems undeniable.

Keywords: Source of obligations - Tort - Civil liability - Professional liability - Social contact - Public administration

(*) Profesor Ordinario de Derecho Civil en la Universidad de Bolonia.

(**) Título original: *Il contatto sociale no vale solo per il medico*, publicado originalmente en *Responsabilità civile e previdenza*. Milán: Giuffrè. No. 9, 2011; pp. 1693-1702. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor, las gestiones estuvieron a cargo de César E. Moreno More.

Traducción de César E. Moreno More, Asistente de Docencia de Derecho Civil VII: Contratos-Parte Especial en el pregrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Asistente de Docencia de Contratos Empresariales en el postgrado de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Magister con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.

Se han añadido notas del traductor para tratar de esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del texto traducido, las mismas que serán identificadas con el símbolo NT.

El contacto social no sólo es relevante para el médico
Social contact is not only relevant to the doctor



1. La obligación que se origina por el hecho del contacto social

Por mucho tiempo, en el sistema de las fuentes de las obligaciones, el hecho ilícito ha ejercido una fuerte atracción, análoga a la atracción ejercida por el contrato, a tal punto que las otras fuentes de las obligaciones eran, sustancialmente, reputadas absolutamente marginales, incluso, superficiales; en cualquier caso, extrañas a la estructura del ilícito. Ciertamente, algún autor había advertido con acierto que entre contrato y hecho ilícito existe una zona que puede pertenecer a todos y a nadie, una suerte de *no man's land*⁽¹⁾. Pero comúnmente, la exigencia de concreción ha llevado a trasladar al ilícito, el

“EN ÚLTIMA INSTANCIA, EL RECURSO AL CONTACTO SOCIAL IMPLICA QUE INDIRECTAMENTE EL DAMNIFICADO RESULTA FAVORECIDO, PORQUE SU CARGA PROBATORIA SE LIMITA A LA PRUEBA DE LA OBLIGACIÓN Y A LA ALEGACIÓN DEL INCUMPLIMIENTO”.

régimen jurídico correspondiente a hechos no clasificables, precisamente, entre los contratos. Por otra parte, si se considera que la obligación de la cual se trata, tiene por objeto una prestación pecuniaria de resarcimiento, la proximidad con el hecho ilícito es aún más acentuada. Sin embargo, se trata de una proximidad aparente, basta con considerar que la obligación por hecho ilícito se origina con una prestación de contenido resarcitorio, mientras que la que deriva del contacto social, se torna de tipo resarcitorio, ya que la prestación que se ha originado del (hecho que constituye) contacto social ha sido inejecutada. En otros términos, la responsabilidad por hecho ilícito tiene un contenido resarcitorio porque el ilícito ha causado un daño injusto, mientras que la responsabilidad por contacto social tiene un contenido resarcitorio porque ha sido incumplida una obligación originada por el hecho (artículo 1173 del Código Civil italiano)^(NT1).

Con esta premisa, antes de reflexionar acerca del alcance de la nueva figura, vale la pena analizar la casuística que se ha formado sobre estas tipologías de ilícito.

(1) Cfr. BUSNELLI, Francesco. *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*. En: *Contratto e impresa*, 1991; p. 539 y siguientes; y naturalmente CASTRONOVO, Carlo. *La nuova responsabilità civile*. Milán, 2006, en especial pp. 443 y siguientes.

(NT1) Artículo 1173 del Código civil italiano: “Fuentes de las obligaciones. Las obligaciones derivan de contrato, de hecho ilícito, o de todo otro acto o hecho idóneo a producirlas, de conformidad con el ordenamiento jurídico”.



Massimo Franzoni

2. La culpa profesional que se ha decantado en contacto social

En 1999, por primera vez, los jueces resolvieron que la responsabilidad del médico dependiente, frente al paciente, al igual que la responsabilidad del ente gestor del servicio sanitario, “debe calificarse contractual, no tanto por la existencia de una relación obligatoria anterior que se originó entre las partes, sino en virtud de una relación contractual de hecho, originada por el *contacto social*”⁽²⁾. Posteriormente, este *dictum* ha sido repetido, tanto con respecto a la responsabilidad del nosocomio, como con respecto a la del médico, para confirmar que el “paciente damnificado, debe limitarse a probar la existencia del contrato (o el contacto social) y el surgimiento o el agravamiento de la patología, y alegar el incumplimiento del deudor, abstractamente idóneo para provocar el daño padecido, quedando a cargo del deudor demostrar que dicho incumplimiento no se verificó, o que habiéndose verificado, este no ha sido etiológicamente

relevante”⁽³⁾. En alguna ocasión se precisó que del contacto social derivaría la obligación del médico, mientras que del “contrato atípico de prestación de servicios hospitalarios”, la obligación del hospital, pero para nuestros fines no existen consecuencias de particular relevancia⁽⁴⁾. Recientemente esta idea ha sido reforzada al punto tal que el contacto social se ha transformado en un “contrato de protección”, como lo son los contratos “que se celebran en el sector sanitario. En estos, los intereses a realizar están referidos a la esfera de la salud, en sentido amplio, de manera que el incumplimiento del deudor es capaz de lesionar derechos inviolables de la persona, ocasionando perjuicios no patrimoniales”⁽⁵⁾.

Hay más: en 1999 se resolvió que las normas dirigidas a los “administradores de una sociedad

- (2) Cass. Civ., n. 589, del 22 de enero de 1999, en *Il Foro italiano*, 1999, I, p. 3332; en *Danno e responsabilità*, 1999; p. 294, con nota de CARBONE, Vincenzo. *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*. En: *Il corriere giuridico*, 1999; p. 441; con nota de DI MAJO, Adolfo. *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*. En: *Giustizia civile*, 1999, I; p. 999. En *Archivio civile*, 1999; p. 713; en *Responsabilità civile e previdenza*, 1999, p. 652, con nota de FORZIATI, Michele. *La responsabilità contrattuale del medico dipendente: il “contatto sociale” conquista la Cassazione*; y en: *I contratti*, 1999; p. 999, con nota de GUERINONI, Ezio. *Obbligazione da “contatto sociale” e responsabilità contrattuale nei confronti dei terzi*.
- (3) Sez. Un. Civ., n. 577, del 11 de enero del 2008, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2008, p. 856, con nota de GORGONI M. *Dalla matrice contrattuale della responsabilità nosocomiale e professionale al superamento della distinzione tra obbligazioni di mezzo/di risultato*; en *La responsabilità civile*, 2008, p. 687, con nota de DRAGONE, Massimo. *Le Sezione Unite, la “vicinanza alla prova” e il riparto dell'onere probatorio*; e *idem.*; con nota de CALVO, Roberto. *Diritti del paziente, onus probandi e responsabilità della struttura sanitaria*; en *Danno e responsabilità*, 2008; p. 1002, con nota de GAZZARA, M. *Le Sezione Unite “fanno il punto” in tema di onere della prova della responsabilità sanitaria*. En: *Cass. Civ., n. 9085, del 19 de abril del 2006*. En: *Massimario del Foro italiano*. 2006; Cass. Civ., n. 12362, del 24 de mayo del 2006, 2006; *Idem*.
- (4) Cass. Civ., n. 8826, del 13 de abril del 2007, en *Responsabilità civile e previdenza*, 2007; p. 1824, con nota de GORGONI, Marilena. *Le conseguenze di un intervento chirurgico rivelatosi inutile*, este contrato “no se agota con la realización de los cuidados médicos y quirúrgicos (generales y especiales), ya prescritos por el artículo 2 de la Ley 123, del 12 de febrero de 1968, sino que se extiende a una serie de otras prestaciones, como la puesta a disposición del personal médico auxiliar y de personal paramédico, de medicamentos, y de todo el instrumental médico necesario, y también del instrumental necesario para el *latu sensu* internamiento”; así también App. Catanzaro, del 7 de mayo del 2004, en *Le Corti calabresi*, 2006; p. 201; Trib. Vibo Valentia, del 10 de junio del 2004, *idem.*; p. 947, con nota de FANELLI, Lorena. *“Le responsabilità civili” del medico*. A este contrato, en ocasiones se le ha vinculado también el deber “de captar el consenso del paciente y, por lo tanto, el de brindar a este último un amplio arsenal informativo, equiparado, en relación a las capacidades del mismo, con el fin de poder decidir conscientemente en orden a los tratamientos”; Trib. Venecia, del 13 de octubre del 2004. En: *Danno e responsabilità*, 2005, p. 989; Trib. Nocera Inferiore, del 31 de octubre del 2002. En: *Archivio civile*, 2003; p. 650.
- (5) Sez. Un. Civ., n. 26972, del 11 de noviembre del 2008, en todas las principales revistas, entre las cuales en: *Il corriere giuridico*, 2009; p. 5, con nota de FRANZONI, Massimo. *Il danno non patrimoniale del diritto vivente*, y en: *La responsabilità civile*, 2009, número especial, § 4.3; en *Responsabilità civile e previdenza*, 2009; p. 38.

El contacto social no sólo es relevante para el médico *Social contact is not only relevant to the doctor*

de capitales, dictadas con el propósito de permitir un correcto desempeño de la administración de la sociedad, no son aplicables únicamente a los sujetos colocados, en las formas establecidas por la ley, en las funciones de administradores, sino también a aquellos que se hayan, fácticamente, involucrado en la gestión de la sociedad en ausencia de cualquier investidura por parte de la asamblea, aunque sea irregular o implícita, de modo que los responsables de las violaciones de dichas

normas son identificados, aunque en el ámbito del derecho privado (como en el ámbito del derecho penal y administrativo: artículos 135, 136 del Decreto Legislativo 385 del 1 de setiembre de 1993^(NT2); artículo 11 del Decreto Legislativo 472 del 18 de diciembre de 1997^(NT3); artículos 190, 193 del Decreto Legislativo 58 del 24 de febrero de 1998^(NT4)) no sobre la base

(NT2) Artículo 135 del Decreto Legislativo 385 del 1 de setiembre de 1993:

"Delitos societarios.

La disposiciones contenidas en el título XI del libro V del código civil italiano se aplican a quien desempeña funciones de administración, dirección y control en las entidades bancarias, aún si no están constituidas bajo la forma societaria".

Artículo 136 del Decreto Legislativo 385 del 1 de setiembre de 1993:

"Obligaciones de los representantes bancarios.

1. Quien desempeña funciones de administración, dirección y control en las entidades bancarias no puede contraer obligaciones de ninguna naturaleza o celebrar actos de compraventa, directa o indirectamente, con la entidad bancaria que administra, dirige o controla, a menos que exista previa deliberación unánime del órgano de administración y con el voto favorable de todos los componentes del órgano de control, quedando a salvo los deberes previsto por el código civil italiano en materia de intereses de los administradores y de operaciones con partes relacionadas.

2. Las mismas disposiciones se aplican también a quien desempeña funciones de administración, dirección y control, en una entidad bancaria o sociedad perteneciente a un grupo bancario, para las obligaciones y actos indicados en el primer párrafo, realizados con otra sociedad o con otra entidad bancaria del grupo. En dichos casos, la obligación o el acto son deliberados, con las modalidades previstas por el primer párrafo, por los órganos de la sociedad o entidad bancaria contratante con el asentimiento de la cabeza del grupo.

2-bis. Para la aplicación de los párrafos 1 y 2, tienen relevancia también las obligaciones que median con sociedades controladas por sujetos referidos en los párrafos anteriores, o en las cuales los mismos sujetos desempeñan funciones de administración, dirección o control, y también con las sociedades controladas por estos o que las controlan. El presente párrafo no se aplica a las obligaciones celebradas entre sociedades pertenecientes al mismo grupo bancario o entre entidades bancarias para las operaciones en el mercado interbancario".

(NT3) Artículo 11 del Decreto Legislativo 472 del 18 de diciembre de 1997:

"Responsables por la sanción administrativa.

1. En los casos en los que una violación, que haya incidido en la determinación o en el pago del tributo, es cometida por el dependiente o por el representante legal o negocial de una persona física en el cumplimiento de su cargo o de su mandato, o por el dependiente, o por el representante, o por el administrador, incluso de hecho, de sociedad, asociación o ente, con o sin personalidad jurídica, en el ejercicio de sus funciones o encargos, la persona física, la sociedad, la asociación o el ente, en el interés de los cuales haya actuado el autor de la violación, se encuentran obligados solidariamente al pago de una suma dineraria equivalente a la sanción impuesta, salvo el derecho de regreso, conforme a las disposiciones vigentes.

2. Salvo prueba en contrario, se presume autor de la violación a quien ha suscrito o cumplido los actos ilegítimos.

3. Cuando la violación es cometida en concurso de dos o más personas, a las cuales han sido impuestas sanciones diversas, la persona física, la sociedad, la asociación o el ente indicados en el primer párrafo, se encuentran obligados al pago de una suma dineraria equivalente a la sanción más grave.

4. El pago de la sanción por parte del autor de la violación y, en el caso en el cual hayan sido impuestas sanciones diversas, el pago de la más grave extingue la obligación indicada en el primer párrafo.

5. Cuando la violación no es cometida con dolo o culpa grave, el pago de la sanción y, en el caso en el cual hayan sido impuestas sanciones diversas, el pago de la más grave, sea quien sea lo haya realizado, extingue todas las obligaciones. Cuando el pago haya sido realizado por el autor de la violación, en el límite previsto por el art. 5 segundo párrafo, la responsabilidad de la persona física, de la sociedad, de la asociación o del ente, indicados en el primer párrafo, es limitada a la eventual excedente.



Massimo Franzoni

de su calificación formal, sino en relación al contenido de las funciones concretamente ejercidas⁶⁾. Por lo tanto, no se debe

encontrar más, en el hecho ilícito, la regla de la responsabilidad de los administradores de

6. Para los casos de violación cometidos sin dolo o con culpa grave, la persona física, la sociedad, la asociación o el ente indicados en el primer párrafo, pueden asumir la deuda del autor de la violación.

7. La muerte de la persona física autora de la violación, cuando haya ocurrido antes de la imposición de la sanción administrativa, no extingue la responsabilidad de la persona física, de la sociedad o del ente, indicados en el primer párrafo”.

(NT4) Artículo 190 del Decreto Legislativo 58 del 24 de febrero de 1998:

“Otras sanciones administrativas de carácter pecuniario en materia de regulación de los intermediarios y de los mercados.

1. Los sujetos que desempeñan funciones de administración o de dirección y los dependientes de sociedades o entes habilitados, quienes no observan las disposiciones previstas por los arts. 6; 7, segundo y tercer párrafo; 8, primer párrafo, 9; 10; 12; 13, segundo párrafo; 21; 22; 24, primer párrafo; 25; 25-bis, primer y segundo párrafo; 27, tercer y cuarto párrafo; 28, tercer párrafo; 30, tercer, cuarto y quinto párrafo; 31, primer, segundo, quinto, sexto y séptimo párrafo; 32, segundo párrafo; 36, segundo, tercer, cuarto, sexto y séptimo párrafo; 37; 38, tercer y cuarto párrafo; 39, primer y segundo párrafo; 40, primer párrafo; 41, segundo y tercer párrafo; 42, segundo, tercer, cuarto, sexto, séptimo y octavo párrafo; 43, séptimo y octavo párrafo; 50, primer párrafo; 65; 187-*nonies*, o las disposiciones generales o particulares emanadas por el Banco de Italia o por la CONSOB (Comisión Nacional para las Sociedades y la Bolsa), en base a los mismos artículos, son sancionados con la sanción administrativa pecuniaria que va desde dos mil quinientos a doscientos cincuenta mil euros. La misma sanción se aplica en el caso de violación del artículo 18, primer párrafo, o en el caso de ejercicio de la actividad de promotor financiero, a falta de la inscripción en el registro al cual hace referencia el artículo 31.

2. La misma sanción se aplica:

a) A los sujetos que desempeñan funciones de administración o de dirección y a los dependientes de la sociedad de gestión del mercado, en el caso de inobservancia de las disposiciones previstas en el primer capítulo del título I de la parte III y de las emanadas en base a ellas;

b) A los sujetos que desempeñan funciones de administración o de dirección y a los dependientes de las sociedades de gestión concentrada, en el caso de inobservancia de las disposiciones previstas por el título II de la parte III y de las emanadas en base a ellas;

c) A los organizadores y operadores de sistemas de intercambio de fondos interbancarios, a los sujetos que gestionan sistemas multilaterales de negociación y a los internalizadores sistemáticos, en el caso de inobservancia de las disposiciones previstas por los capítulos II y III del título I de la parte III y de las emanadas en base a ellas;

d) A los sujetos que gestionan sistemas indicados en los artículos 68, 69, segundo párrafo, y 70 o que desempeñan funciones de administración o de dirección de la sociedad indicada en el artículo 69, primer párrafo, en el caso de inobservancia de las disposiciones previstas por los artículos 68, 69, 70, 70-*bis* y 77, primer párrafo, y de las aplicativas de las mismas;

d-bis) A los sujetos que desempeñan funciones de administración o de dirección y a los dependientes de las empresas de seguros, en el caso en el que no observen las disposiciones previstas por el artículo 25-*bis*, primer y segundo párrafo, y las emanadas en base a ellas;

d-ter) A los operadores admitidos en las negociaciones en los mercados regulados en caso de inobservancia de las disposiciones previstas por el artículo 25, tercer párrafo.

3. Las sanciones previstas por el primer y segundo párrafo, también se aplican a los sujetos que desempeñan funciones de control en las sociedades o en los entes allí indicados, los cuales hayan violado las disposiciones indicadas en los mismos párrafos o no hayan vigilado, de conformidad con los deberes inherentes a su cargo, con el fin que las mismas disposiciones no fuesen violadas por otros. La misma sanción se aplica en el caso de violación de las disposiciones previstas por el art. 8, del segundo al sexto párrafo.

3-bis. Los sujetos que desempeñan funciones de administración, dirección o control en los sujetos habilitados, quienes no observan las disposiciones previstas por el art. 6, párrafo 2-*bis*, o las disposiciones generales o particulares emanadas en base al mismo párrafo por el Banco de Italia, son sancionados con la sanción administrativa pecuniaria que va desde ciento cincuenta mil euros hasta quinientos mil euros.

4. A las sanciones administrativas pecuniarias previstas por el presente artículo no se aplica el artículo 16 de la Ley n. 689 del 24 de noviembre de 1981”.

Artículo 193 del Decreto Legislativo 58 del 24 de febrero de 1998:

“Información societaria y deberes de los síndicos y de las sociedades de revisión.

El contacto social no sólo es relevante para el médico *Social contact is not only relevant to the doctor*

hecho, sino en el contacto social creado por el rol asumido por quien se ha comportado como si fuese el verdadero gestor de la sociedad.

Algún tiempo después, se ha considerado correctamente, que la responsabilidad de quién vigila al incapaz (artículo 2047 Código Civil italiano^(NT5)) y la responsabilidad del maestro de arte (artículo 2048, segundo párrafo, Código Civil italiano^(NT6))

no son aplicables al caso de los daños que el incapaz o el alumno se han causado a sí mismos. Es la relación de confianza entre el incapaz y el vigilante, lo que determina la instauración de “una relación jurídica contractual por contacto social cualificada, en virtud de la cual el vigilante debe responder contractualmente por los daños que el incapaz

1. Frente a las sociedades, entes o asociaciones obligados a efectuar las comunicaciones previstas por los arts. 114, 114-*bis* y 115, o sujetos a los deberes previstos por el art. 115-*bis*, es aplicable la sanción administrativa pecuniaria de cincuenta mil euros por la inobservancia de las disposiciones de los mismos arts., o de las disposiciones relativas aplicativas. Si las comunicaciones están a cargo de una persona física, en caso de violación, la sanción se aplica frente a esta última.

1-bis. A la misma sanción contenida en el primer párrafo, están sometidos aquellos quienes desempeñan funciones de administración o dirección y control en las sociedades, y los entes que desempeñan las actividades indicadas en el art. 114, octavo y undécimo párrafo, y también aquellas dependientes, y los sujetos indicados en el art. 114, séptimo párrafo, en caso de inobservancia de las disposiciones allí previstas, y también de las de actuación inmediatas por la COSOB.

1-ter. La misma sanción contenida en el primer párrafo es aplicable en caso de inobservancia de las disposiciones previstas por el artículo 114, octavo y undécimo párrafo, y también de aquellas de actuación, emanadas por la CONSOB, frente a la persona física que desempeña las actividades indicadas en el párrafo 1-*bis* y, cuando no ocurra la causa de exención prevista por el art. 114, décimo párrafo, frente a la persona física que desempeña la actividad de comunicador.

2. La omisión de las comunicaciones de las participaciones relevantes y de los pactos parasociales previstos respectivamente por los artículos 120, segundo, tercer y cuarto párrafo, y 122, primer, segundo y quinto párrafo, y también la violación de las prohibiciones previstas por el artículo 120, quinto párrafo, 121, primer y tercer párrafo, y 122, cuarto párrafo, son sancionados con la sanción administrativa de carácter pecuniario que va desde cincuenta mil euros a quinientos mil euros.

3. La sanción indicada en el segundo párrafo se aplica:

a) A los componentes del colegio sindical, del consejo de vigilancia y del comité para el control de su gestión, que cometen irregularidades en el cumplimiento de sus deberes previstos por el artículo 149, primer y 4-*bis* párrafo, primer periodo, y 4-*ter*, u omiten las comunicaciones previstas por el art. 149, tercer párrafo.

b) A los administradores de las sociedades de revisión que violan las disposiciones contenidas en el artículo 162, tercer párrafo.

3-bis. Salvo que el hecho constituya delito, los componentes de los órganos de control, quienes omitan realizar las comunicaciones previstas por el art. 148-*bis*, segundo párrafo, en los términos previstos, son sancionados con la sanción administrativa, en medida equivalente al doble de la retribución anual prevista para el encargo relativo al cual ha sido omitida la comunicación. Con la resolución sancionadora se declara además la cesación del encargo”.

(6) Cass. Civ., n. 1925, del 6 de marzo de 1999, en *Il Foro italiano*, 2000, I, p. 2299; en *Il corriere giuridico*, 1999, p. 1396, con nota de PERRONE, *Un revirement della Cassazione sulla responsabilità dell'amministratore di fatto*; en *Rivista di legislazione fiscale*, 1999, p. 643; y en *Diritto e pratica delle società*, 1999, Fasc. 20, p. 44, con nota de MANZINI. *La responsabilità contrattuale dell'amministratore di fatto*.

(NT5) Artículo 2047 del Código civil italiano: *Daño ocasionado por sujeto incapaz*.- En el caso de daño ocasionado por persona incapaz de entender y de querer, el resarcimiento es debido por quien se encuentra obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe no haber podido impedir el hecho.

En el caso en el cual el damnificado no haya podido obtener el resarcimiento de quien se encuentra obligado a la vigilancia, el juez, en consideración de las condiciones económicas de las partes, puede condenar al autor del daño a una indemnización equitativa.

(NT6) Artículo 2048 del Código civil italiano:

“Responsabilidad de los progenitores, de los tutores, de los instructores y de los maestros de arte.

El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño causado por el hecho ilícito de los hijos menores de edad no emancipados, o de las personas sujetas a tutela que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al afiliante.



Massimo Franzoni

se ocasione a sí mismo, en violación de los deberes de protección que están insertos en la obligación contractual⁽⁷⁾. También se ha propuesto el mismo razonamiento para las relaciones instauradas entre el instituto educativo y el alumno, en ambos las consecuencias son que

“en las controversias instauradas por el resarcimiento del daño por la autolesión, es aplicable el régimen probatorio que se deduce del artículo 1218 Código Civil italiano^(NT7), de modo que, mientras el demandante debe probar que el daño se ha verificado en el curso del desenvolvimiento de la relación, a la otra parte le corresponde la carga de demostrar que el evento dañoso ha sido determinado por causa no imputable ni a la escuela, ni al docente⁽⁸⁾.”

Incluso la responsabilidad del intermediario financiero por el incumplimiento del deber de informar al ahorrista, ha sido reconducida al contacto social. En este caso, el argumento decisivo ha partido por calificar como contacto social el deber que se origina, a cargo del intermediario, durante la fase de las tratativas o de la formación del contrato, y por prever que los efectos de la responsabilidad precontractual no se detengan, una vez celebrado el contrato⁽⁹⁾. Al respecto, se debe indicar que ya existe algún precedente que ha intentado fundamentar la responsabilidad de la entidad bancaria intermediaria, por el contacto social entre intermediario y ahorrista, aunque con el fin de aligerar la carga de la prueba a cargo del damnificado⁽¹⁰⁾.

Por otra parte, se hace referencia al contacto social para explicar la observancia de deberes a los que se encuentra obligado el abogado, en las relaciones con quien ha entrado en contacto con él, incluso en ausencia de un verdadero y propio encargo profesional. Esta solución se ha utilizado para afirmar la competencia del órgano disciplinario para determinar los deberes relevantes en el plano deontológico, ya que se ha considerado “coherente con las exigencias de tutela del prestigio del orden profesional, que las normas de deontología sean observadas en las relaciones en general, incluso por contacto social, en las cuales el abogado, a razón del empleo de dicha cualidad suya, obtenga la confianza y genere fiabilidad en el tercero⁽¹¹⁾.”

Además, existen numerosos precedentes en los que la responsabilidad de la administración pública por la adopción de un acto ilegítimo, es calificada como responsabilidad por *contacto social*. La razón de esta elección es que la posición del funcionario en relación con el particular se establece por los criterios organizativos previstos por la ley, por lo tanto, el contacto con el particular es cualquier cosa

Los instructores y quienes enseñan un oficio o un arte, son responsables del daño causado por el hecho ilícito de sus discípulos y aprendices en el tiempo en el cual están bajo su vigilancia.

Las personas indicadas en los párrafos precedentes se liberan de responsabilidad solo si logran probar no haber podido impedir el hecho”.

(7) Cass. Civ., no. 11245, del 18 de julio del 2003. En: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, I; p. 491, con nota de CARASSALE, Ilaria. *Danno cagionato dall'incapace a sé medesimo: dal torto al contratto, sempre nell'ottica del risarcimento*.

(NT7) Artículo 1218 del Código civil italiano:

“Responsabilidad del deudor.

El deudor que no ejecuta exactamente la prestación, se encuentra obligado a resarcir el daño, a menos que logre probar que el incumplimiento o el retardo, ha sido determinado por imposibilidad de la prestación que deriva de causa no imputable a él”.

(8) Cass. Civ., no. 24456, del 18 de noviembre del 2005. En: *Danno e responsabilità*, 2006; p. 1081, con nota de CUOCCI, Valentina. *Danno autoprocuratosi dall'allievo e responsabilità dell'istituto scolastico*, Perna, *Il debole confine tra la responsabilità contrattuale e la responsabilità extracontrattuale: il “contatto sociale” in ambito scolastico*. *Idem.*; p. 1084.

(9) Cfr. Cass. Civ., no. 19024, del 29 de setiembre del 2005, cit.; Sez. Un. Civ., no. 26724. En: *Il Foro italiano*, 2008; p. 784; seguida por Sez. Un. Civ., n. 26725, del 19 de diciembre del 2007, cit.

(10) Cfr. Trib. Rimini, del 11 de mayo del 2005, en *Giurisprudenza italiana*, 2006; p. 521.

(11) Sez. Un. Civ., no. 6216, del 23 de marzo del 2005. En: *Massimario del Foro italiano*, 2005, en el caso en específico un tercero había entregado una suma de dinero al abogado, para realizar una inversión financiera, pero este último se había apropiado de ella.

El contacto social no sólo es relevante para el médico *Social contact is not only relevant to the doctor*

menos que causal. Ello permite afirmar que el “contacto social es una relación jurídica que se instaura entre la administración y el interesado, en el ámbito de la cual la administración pública asume, en el marco general, la obligación global de imparcialidad y corrección de la acción autoritativa”⁽¹²⁾. Como resultado, “la ilegitimidad del acto, considerado lesivo del interés del ciudadano, representa el índice presuntivo de la culpa de la administración, a la cual corresponde la carga de probar la subsistencia del error excusable”⁽¹³⁾.

Aún hay más: en un caso que pone en tela de juicio la responsabilidad de la entidad bancaria por haber permitido el pago de un cheque bancario, *di traenza*^(NT8) o de caja, dotado con cláusula no transferible, a persona distinta del beneficiario del título, violando con ello el artículo 43 de la ley de cheques^(NT9) (Decreto Real 1736 del 21 de diciembre de 1933), los jueces han decidido que la responsabilidad no deba ser reconducida al artículo 2043 del Código Civil italiano^(NT10), como habría ocurrido

hasta poco tiempo atrás. Se resolvió que, respecto de todos los sujetos en cuyo interés son dictadas las reglas sobre la circulación de los títulos, la responsabilidad tiene

“naturaleza contractual, en tanto que la banca tiene un deber profesional de protección (deber preexistente, específico y voluntariamente asumido), que opera frente a todos los sujetos interesados en el buen fin de la operación, de modo que el título mismo sea introducido en el circuito del pago bancario, de conformidad con las reglas que gobiernan su circulación y pago; de ello deriva que la acción de resarcimiento entablada por el damnificado, está sujeta al plazo ordinario de prescripción decenal, establecido por el artículo 2946 Código Civil italiano”^(NT11)⁽¹⁴⁾.

(12) TAR Calabria, Sez. II, no. 222, del 5 de febrero del 2004. En: *TAR*, 2003, I; p. 4525.

(13) Con. Stato, Sez. V, no. 4461, del 2 de setiembre del 2005. En: *Cons. Stato*, 2005, I; p. 1454; Cons. Giust. Amm. Reg. Sic., Sez. Giurisdiz. (ord.), no. 267, del 8 de mayo del 2002. En: *Giustizia amministrativa*, 2002; p. 609, TAR Veneto, Sez. I, no. 5778, del 20 de noviembre del 2003. En: *Urbanistica e appalti*, 2004; p. 455, con nota de PASSONI, M. *Nuovi sviluppi sul tema della responsabilità (para) contrattuale da contatto sociale*; LANDI, Valerio. *Pregiudiziale amministrativa e responsabilità da contatto sociale della Pubblica Amministrazione*. En: *Rivista trimestrale degli appalti*, 2005; pp. 97 y siguientes.

(NT8) De manera general, un cheque bancario *di traenza* (*assegno bancario di traenza* en el texto original), es aquel que es emitido por una empresa o un ente público que debe efectuar un reembolso dinerario, pero no cuenta con los elementos necesarios para determinar los datos bancarios del beneficiario, como el número de cuenta corriente y la entidad del sistema financiero en donde este tiene dicha cuenta. Se emite con cláusula de no transferible, y tiene validez por un tiempo determinado. En castellano no existe un término o concepto equiparable, por lo que se ha preferido dejar el original.

(NT9) Artículo 43 de la ley de cheques italiana.

“El cheque bancario emitido con la cláusula ‘no transferible’ no puede ser pagado si no al tenedor o, a requerimiento de este, acreditado en su cuenta corriente. Este no puede girar el cheque si no a un agente bancario, para el cobro, quien no puede endosarlo ulteriormente. Los endosos realizados no obstante la prohibición, se tienen por no inscritos. La cancelación de la cláusula se tiene por no realizada. Aquel que paga un cheque no transferible a persona distinta del tenedor o del agente bancario girador para el cobro, responde del pago. La cláusula ‘no transferible’ debe ser puesta por el agente bancario bajo requerimiento del cliente. La misma cláusula puede ser puesta por un endosatario con los mismos efectos. Las disposiciones del presente artículo se aplican solo a los cheques pagaderos en el territorio de la República o en los territorios sujetos a la soberanía italiana”.

(NT10) Art. 2043 del Código civil italiano:

“*Resarcimiento por hecho ilícito.*

Todo hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho, a resarcir el daño”.

(NT11) Artículo 2946 del Código Civil italiano:

“*Prescripción ordinaria.*

Salvo los casos en los que la ley dispone contrariamente, los derechos se extinguen por prescripción con el transcurso de diez años”.

(14) Cfr. Sez. Un. Civ., no. 14712. En: *Il corriere giuridico*, 2007; p. 1710, comentada por DI MAJO, Alfonso. *Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili*, en *Danno e responsabilità*, 2008, p. 160, con nota de BENEDETTI, Aldo. *Assegno non trasferibile, banca girataria e contatto sociale: responsabilità contrattuale?*; FABRIZIO-SALVATORE,



Massimo Franzoni

De la motivación se desprende que, del contacto social que se verifica como consecuencia de la negociación de los títulos y bajo el presupuesto que esta negociación comporta necesariamente el contacto con un banquero, este, por el papel que asume en el ámbito de la vicisitud, legitima el surgimiento de una confianza en cabeza de los portadores del título. Por lo tanto, del contacto social se origina el deber de la entidad bancaria de comportarse con la diligencia y la pericia que su *status* legitima, de modo que la entidad bancaria se vuelve deudora de una prestación de diligencia y pericia frente a los negociantes del título, mientras se trate de sujetos distintos a sus propios clientes. La violación de esta confianza, como consecuencia de la negligencia y de la impericia realizada, hace surgir la obligación resarcitoria por contacto social.

En torno a la figura del mediador, que prevé el Código Civil (artículo 1754 del Código Civil italiano^(NT12)), siempre ha habido alguna discusión en el modo de entender el contrato⁽¹⁵⁾. Aunque las relaciones entre el mediador y los terceros siempre han sido reguladas por el hecho ilícito, por otra parte *“prima facie*, la responsabilidad del mediador que no es

mandatario, fácilmente parece de naturaleza extracontractual”. Sin embargo, ha habido una reflexión sobre la vicisitud que ha causado un cambio de dirección, porque, se ha dicho, “resulta preferible, implicando la misma una figura profesional, aplicar la más reciente previsión jurisprudencial de legitimidad, de la responsabilidad *por contacto social*”. En efecto,

“dicha situación la evidenciamos frente a aquel que ejerce una profesión sometida a específicos requisitos formales y habilitantes, como en el caso específico en el que se prevé la inscripción en un registro en particular, y a favor de quienes, usuarios-consumidores, confían de manera particular en la misma, por sus características (piénsese, por ejemplo, en las agencias inmobiliarias, por las particulares connotaciones profesionales y empresariales)”⁽¹⁶⁾.

Angelo. *Responsabilità della banca trattaria per l'assegno non trasferibile incassato da persona diversa dal beneficiario*. En: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2007, I; p. 1442, con nota de LEGGIERI, *Natura della responsabilità della banca negoziatrice per il pagamento di assegni non trasferibili a persone diverse dal prenditore*. En: *Danno e responsabilità*, 2008; p. 160, con nota de GRECO, T. *Confini che svaporano: responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, en *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 864, con nota de BUFFONI, P. *Cronaca di una morte annunciata (ma che sienta a sopraggiungere): le strane sorti dell'obbligazione senza prestazione*, y en *Giurisprudenza italiana*, 2008, p. 1150 (s.m.), con nota de COTTINO, este principio ha sido expresado en materia de resolución de conflicto de jurisprudencia. El mismo planteamiento es seguido en el caso diverso resuelto por Trib. Nápoles, del 20 de enero del 2006, en *La responsabilità civile*, 2006, p. 687, con nota de VANACORE, *Responsabilità dell'ente previdenziale da errate informazioni: contributo alla causa della "responsabilità da contatto"*: “la errónea certificación por parte del INPS [Instituto Nacional de la Seguridad Social] de una posición contributiva de tal magnitud que hace considerar perfeccionado el requisito de acceso al sistema previsional de un sujeto, es fuente de responsabilidad contractual del instituto, que tiene el deber de brindar informaciones exactas e inteligibles a los ciudadanos, en base al artículo 54 de la Ley 88, del 9 de marzo de 1989”.

(NT12) Artículo 1754 del Código civil italiano:

“Reembolso de los gastos.

Salvo pactos o usos contrarios, el mediador tiene derecho al reembolso de los gastos frente a la persona por encargo de la cual han sido ejecutadas, incluso si el negocio no ha sido concluido”.

(15) Hago alusión a la opinión de aquellos autores que han excluido la naturaleza contractual de la relación de mediación: MESSINEO. *Manuale di diritto civile e commerciale*, t. V, Milán, 1958, § 155 bis, pp. 73 y siguientes; CARRARO, *La mediazione*, Padua, 1960; pp. 55 y siguientes.; MIRABELLI, *L'atto non negoziale nel diritto privato italiano*, Nápoles, 1955; pp. 267 y siguientes.

(16) Cass. Civ., n. 16389, del 14 de julio del 2009. En: *Massimario del Foro italiano*, 2009, en un pasaje final de la motivación.

(NT13) Artículo 1176 del Código civil italiano:

“Diligencia en el cumplimiento.

Al cumplir la obligación, el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad ejercida”.

El contacto social no sólo es relevante para el médico *Social contact is not only relevant to the doctor*

De ello resulta que, en caso de litigio entre el mediador mismo y las partes, es el primero quién debe demostrar haber hecho todo lo posible, en base a la recordada diligencia ex artículo 1176, segundo párrafo, del Código Civil italiano^(NT13), en cumplimiento de los deberes de corrección e información a su cargo, mientras respecta a las partes suministrar simplemente la prueba del contacto, como resultado de la celebración del negocio. Por otra parte, el plazo de prescripción, para hacer valer en el proceso la responsabilidad del mediador, es el ordinario de diez años y no el quinquenal de la responsabilidad aquiliana.

Finalmente, hay quien se ha planteado el problema de la responsabilidad de los cónyuges o de los progenitores, por la mala gestión de los bienes pertenecientes a la sociedad de gananciales o de los bienes de los hijos menores, respectivamente. En abstracto, se podría plantear el empleo del artículo 2043 del Código Civil italiano, a falta de una relación reconducible a un contrato; contrariamente, también se podría plantear una responsabilidad por contacto social. En efecto, se podría considerar que la posición del administrador impone prestar cierto grado de diligencia, precisamente en razón del rol asumido; la inobservancia de ese deber es fuente de incumplimiento de la obligación, originada por el comportamiento debido, a razón del rol asumido⁽¹⁷⁾.

3. El contacto social en el derecho societario

Conforme al primer párrafo del artículo 2394 del Código Civil italiano^(NT14), “los administradores responden frente a los acreedores de la sociedad por la inobservancia de los deberes inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social”. Aún hoy prevalece la opinión conforme a la cual, el derecho ejercido por los acreedores de la sociedad es un derecho propio, queda por esclarecer cuál es el título de la acción hecha valer. Sobre la vicisitud se puede plantear la hipótesis que, entre los administradores y los acreedores sociales se creó un contacto social del cual se origina la fuente de la responsabilidad de los administradores por el incumplimiento de la obligación originada de esta forma. Por otro lado, si los administradores están obligados a conservar la integridad del patrimonio social, por este deber se origina la confianza de los terceros, la misma que, una vez burlada, bien puede constituir incumplimiento de la obligación originada. Por lo tanto, esta debe ser resarcida⁽¹⁸⁾.

(17) Cfr. MARTINO. *La responsabilità da cattiva amministrazione*, en *Le responsabilità nelle relazioni familiari*, al cuidado de SESTA, Turín, 2007, pp. 285 y siguientes, en especial p. 303, FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, Padua, 2004; p. 140 y siguientes, analiza la posibilidad de extender esta figura también a: (i) la responsabilidad de las sociedades de revisión frente a terceros, especialmente para el caso de la revisión voluntaria; (ii) la responsabilidad de quien haya emitido una lettre du patronage débil; (iii) la responsabilidad del falsus procurator. Sobre este último caso también PARDOLESI, *La responsabilità del falsus procurator: opportunità perduta nell'ambito dell'interesse negativo?*, en *Il Foro italiano*, 2001, I, p. 1658, en comentario a la Cass. Civ., No. 12969, del 29 de setiembre del 2000.

(NT14) Artículo 2394 del Código civil italiano:

“Responsabilidad frente a los acreedores sociales.

Los administradores responden frente a los acreedores sociales, por la inobservancia de los deberes inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social.

La acción puede ser planteada por los acreedores, cuando el patrimonio social resulte insuficiente para la satisfacción de sus créditos.

La renuncia a la acción, por parte de la sociedad, no impide el ejercicio de la acción por parte de los acreedores sociales. La transacción puede ser impugnada por los acreedores sociales, solo con la acción revocatoria, cuando concurren sus requisitos”.

(18) Propone esta solución BONELLI, *La responsabilità degli amministratori di società per azioni*, Milán, 1992; pp. 187 y siguientes. Para superar este obstáculo hay quien ha identificado en la ley el título de la obligación de los administradores. Una amplia y convincente crítica a esta opinión es desarrollada por DI GIOVANNI. *Responsabilità civile e organi delle società: appunti sulla responsabilità degli amministratori e sindaci delle società di capitali verso i terzi estranei alla società*. En: *Rassegna di diritto civile*, 1988; pp. 540 y siguientes, quien niega la colocación de la hipótesis en el ámbito de los deberes generales de protección de derivación germánica, no reconociendo en el deber de conservar la integridad del patrimonio social un derecho a favor de los terceros. De manera que califica la responsabilidad en el esquema de la tutela extrema del crédito.



Massimo Franzoni

La responsabilidad de los administradores conforme al artículo 2395 del Código Civil italiano^(NT15), también puede ser reconducida al contacto social. En efecto, los terceros, y con mayor razón los socios, no entran casualmente en contacto con los administradores, y precisamente a razón de su ocupación, ellos requieren el empleo de una cierta diligencia y de un cierto grado de profesionalidad.

Los vínculos con la tradición probablemente sugieren conservar el planteamiento tradicional del razonamiento. Por otra parte, en este ámbito ni siquiera la prescripción puede ser útil para diferenciar las diversas soluciones: de cualquier forma en que se califique la responsabilidad de los administradores, la

prescripción es la quinquenal del artículo 2949 del Código Civil italiano^(NT16).

A la responsabilidad precontractual, e indirectamente, entonces, al contacto social, se ha reconducido la responsabilidad de quien se encuentre obligado a proponer una oferta pública de adquisición (OPA) ex artículo 106 del Decreto Legislativo 58 del 24 de febrero de 1998^(NT17), por haber superado, mediante las adquisiciones a título oneroso, el límite relevante del 30% del capital de una sociedad que cotiza en bolsa: la denominada

Para una completa panorámica de las posiciones, cfr. MINERVINI. *Gli amministratori di società per azioni*, Milán, 1956, pp. 332 y siguientes.

(NT15) Artículo 2395 del Código civil italiano:

“Acción individual del socio y del tercero.

Las disposiciones de los artículos precedentes, no perjudican el derecho al resarcimiento del daño que corresponde al socio en particular o al tercero, quienes han sido directamente damnificados por actos culposos o dolosos de los administradores. La acción puede ser ejercida dentro de cinco años desde el cumplimiento del acto que ha perjudicado al socio o al tercero”.

(NT16) Artículo 2949 del Código Civil italiano:

“Prescripción en materia de sociedades.- Prescriben en el plazo de cinco años los derechos que derivan de las relaciones sociales, si la sociedad se encuentra inscrita en el registro de las empresas.

En el mismo plazo, prescribe la acción de responsabilidad que corresponde a los acreedores sociales frente a los administradores, en los casos establecidos por la ley”.

(NT17) Artículo 106 del Decreto Legislativo 58 del 24 de febrero de 1998:

“Oferta pública de adquisición global.

1. Quien, como resultado de adquisiciones a título oneroso, detente una participación superior al límite de treinta por ciento, promueve una oferta pública de adquisición sobre la totalidad de las acciones que cotizan en mercados italianos regulados, con derecho de voto, en base a los argumentos indicados en el artículo 105.

2. Para toda categoría de acciones, a la que hace referencia el primer párrafo, la oferta es realizada dentro de treinta días a un precio no inferior a la media aritmética entre el precio de mercado medio ponderado de los últimos doce meses y el más elevado, pactado en el mismo periodo por el oferente para la compra de acciones de la misma categoría; cuando las compras no sean realizadas, la oferta es realizada al precio de mercado medio ponderado de los últimos doce meses o del menor periodo disponible.

3. La CONSOB regula, bajo reglamento, las hipótesis en las que:

- a) La participación indicada en el primer párrafo es adquirida mediante la compra de participaciones de sociedad cuyo patrimonio está constituido principalmente por títulos emitidos por otra sociedad con acciones que cotizan en bolsa;
- b) La obligación de realizar la oferta resulta en adquisiciones por parte de aquellos que ya detentan la participación indicada en el primer párrafo, sin disponer de la mayoría de los derechos de voto en la asamblea ordinaria;
- c) La contraprestación de la oferta puede estar constituida, en todo o en parte, por instrumentos financieros.

3-bis. La CONSOB, teniendo cuenta de las características de los instrumentos financieros emitidos, puede establecer bajo reglamento, las hipótesis en las que la obligación de realizar la oferta resulte en adquisiciones a título oneroso que determinen la detención conjunta de acciones e instrumentos financieros con derecho de voto en base a los argumentos indicados en el artículo 105, en medida tal de atribuir un poder total de voto, equivalente a la de aquel que tenga la participación indicada en el primer párrafo.

4. El deber de realizar la oferta no subsiste si la participación indicada en primer párrafo es detentada como resultado de una oferta pública de adquisición, dirigida a conseguir la totalidad de las acciones previstas en el mismo párrafo.

El contacto social no sólo es relevante para el médico *Social contact is not only relevant to the doctor*

sociedad objetivo. El razonamiento parte de la circunstancia que el socio de la sociedad objetivo no posee ningún derecho subjetivo a la adquisición de las acciones, por cuanto respecta al accionista que haya superado el límite relevante. Continúa, afirmando que el régimen jurídico de los mercados financieros, para quien supere el límite relevante, prevé solo el deber de presentar una oferta de adquisición, que es cosa distinta del deber de adquirir las acciones remanentes⁽¹⁹⁾. Concluye luego, considerando que

“la ausencia de la propuesta de la oferta puede ser relevante como hecho ilícito generador de responsabilidad aquiliana, a adscribirse más precisamente en la *species* de la responsabilidad precontractual, en tanto que la falta de presentación de la propuesta irrevocable de adquisición, en la cual la oferta se concreta, impide el nacimiento del derecho de vender las acciones, en cabeza de los demás accionistas”⁽²⁰⁾.

En sustancia, quien tiene el deber de presentar una oferta de adquisición, pone al aceptante en la misma condición de quien ve romper una tratativa que razonablemente habría debido concluirse con la celebración del contrato. De esta asimilación resultan también las consecuencias sobre el tema

del daño resarcible que debe ser equiparado al interés contractual negativo, es decir a los gastos y a las pérdidas sufridas por el socio de la sociedad objetivo, “comprendidos la falta de ganancia verificada como consecuencia de las otras ocasiones contractuales perdidas”. Por el contrario, no constituye daño, “la hipotética ganancia que el accionista habría podido obtener si la oferta hubiese sido realizada y si se hubiese aceptado”⁽²¹⁾.

4. La *ratio* de la responsabilidad por contacto social

El descubrimiento de esta categoría de obligaciones que, alguno las llama, con una fórmula sugestiva, *obligaciones sin prestación*⁽²²⁾, y otros, obligaciones *ex lege*, bajo la vigilia de una tradición jurídica quizá de otros tiempos⁽²³⁾, es pasible de una doble lectura. La primera tiene un carácter y un aliento sistemático, la segunda un valor puramente utilitarista.

5. La CONSOB establece, bajo reglamento, los casos en los que la superación de la participación indicada en el primer párrafo no comporta el deber de ofertar, cuando sea realizado en presencia de otros socios que detentan el control o sea determinado por:

- a) operaciones dirigidas al salvataje de la sociedad en crisis;
- b) transferencia de las acciones previstas por el artículo 105, entre sujetos vinculados por relaciones de participación relevantes;
- c) causas independientes de la voluntad del adquirente;
- d) operaciones de carácter temporáneo;
- e) operaciones de fusión o de escisión”.

(19) Cfr. Trib. Milán, del 26 de mayo del 2005. En: *Diritto e pratica delle società*, 2007, F. 9; p. 85, comentada por DISETTI y BERGAMASCHI.

(20) App. Milán, del 15 de mayo del 2007, en *Banca, borsa e titoli di crédito*, 2007, II; p. 572, con nota de DESANA. *Tribunale versus Corte d'appello nella vicenda Sai Fondiaria: due pronunce ambrosiane sulle conseguenze della violazione dell'Opa obbligatoria*, en *Giurisprudenza di merito*, 2007; p. 2578, con nota de MERUZZI. *Responsabilità da contratto, culpa in contrahendo e dintorni: il caso Sai-Fondiaria-Mediobanca tra vecchi pregiudizi e nuove prospettive*, en *Il corriere giuridico*, 2007, p. 1560, con nota de ROLFI. *Ancora sull'Opa obbligatoria e sulle conseguenze della sua violazione*; en *Rivista di diritto commerciale*, 2007, II, p. 207 (s.m.), con nota de FERRO-LUZZI. *Regole “del mercato” e regole “nel mercato”: due basi non comunicanti*; y en *Rivista di diritto commerciale*, 2007, II; p. 217 (s.m.), con nota de AMBROSOLI. *Opa obbligatoria e responsabilità*; también Trib. Milán, del 8 de mayo del 2006. En: *Il corriere giuridico*, 2006; p. 983, con nota de ROLFI. *Quando l'Opa diventa veramente “obbligatoria”*.

(21) App. Milano, 15 de enero, cit.

(22) Cfr. CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile*, cit.; pp. 224, 446, 447, texto y notas, 474 y siguientes, 583.

(23) Para un panorama completo de estas opiniones cfr. FAILLACE. *Questioni controverse in ordine alla responsabilità da*



Massimo Franzoni

El punto es que, una vez liberado el campo de la idea que solo la voluntad (el contrato) o la culpa (el hecho ilícito) pueden producir obligaciones, es legítimo considerar que en un sinnúmero de casos, la obligación puede nacer también de un contacto cualificado entre sujetos (el daño por lesión del interés legítimo) o de una particular posición que un sujeto asume frente otro (el médico perteneciente a una estructura sanitaria). Bajo la condición de comprender con la justa ponderación que estos casos requieren, no leería este fenómeno en la perspectiva de la *crisis del contrato* o de la *decadencia de la responsabilidad civil*, por evocar fórmulas empleadas en el pasado. Me parece más apropiado reconocer que, en algunas circunstancias, la complejidad de las relaciones entre los particulares, o también entre sujetos a estos equiparados, hace necesario el empleo del entero sistema de las fuentes de las obligaciones. Por otra parte, creo que nadie puede escandalizarse más si la posición de algunos sujetos, en determinadas relaciones que la ley predetermina, hace surgir una determina confianza, cuya frustración puede encontrar remedio con el resarcimiento del daño.

La segunda razón que ha causado el éxito del contacto social depende de la estructura de esta obligación y sobre todo por el plazo de prescripción que, a falta de cualquier otra regla, es el ordinario de diez años (artículo 2946 del Código Civil

italiano) y no el quinquenal del hecho ilícito (artículo 2947 del Código Civil italiano^(NT18)). De la estructura de la obligación que se origina por el contacto social, resulta que una vez probada la obligación, el acreedor solo debe alegar el incumplimiento; el deudor, en cambio, podrá demostrar haber cumplido exactamente o que “el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación que deriva de causa no imputable a él”, conforme al artículo 1218 Código Civil italiano⁽²⁴⁾. Normalmente, los casos que dan lugar a uno de los hechos reconducibles al contacto social, establecen cuestiones de prueba sobre el tema de la diligencia requerida al autor del hecho, como en el caso de la responsabilidad del médico, o establecen un tema de culpa no atenuable de manera simple, como el de la culpa específica de la administración pública en la lesión del interés legítimo.

O bien, si se afirma que del contacto social se origina la obligación, el damnificado siempre demanda para obtener el

“contatto sociale”. En: *La responsabilità civile*, 2004; p. 252; Id., *La responsabilità da contatto sociale*, cit., desde la pp. 3 y siguientes, *passim*; SARICA. *Il contatto sociale tra le fonti della responsabilità civile: recenti equivoci nella giurisprudenza di merito*, en *Contratto e impresa*, 2005; pp. 97 y siguientes, esclarece correctamente que el “contacto social” no es un “contrato de hecho”.

(NT18) Artículo 2947 del Código civil italiano:

“Prescrizione del derecho al resarcimiento del daño.

El derecho al resarcimiento del daño que deriva del hecho ilícito, prescribe en cinco años, contados desde el día en que se verificó el hecho.

Para el resarcimiento del daño producto de la circulación de los vehículos de todo tipo, el derecho prescribe en dos años. En todo caso, si el hecho es considerado como delito por la ley, y para el delito es establecida una prescripción más larga, esta también es de aplicación a la acción civil. No obstante, si el delito se extingue por causa distinta a la prescripción o en el juicio penal existe una sentencia irrevocable, el derecho al resarcimiento del daño prescribe en los plazos indicados por los primeros dos párrafos, con el trascurso desde la fecha de extinción del delito o de la fecha en la cual la sentencia ha devenido en irrevocable”.

(24) Cfr. Sez. Un. Civ., no. 13533, del 30 de octubre del 2001, en *Il Foro italiano*, 2002, I, c; p. 769 con nota de LAGHEZZA. *Inadempimenti ed onere della prova: le Sezioni Unite e la difficile arte del rammento*. En: *Il corriere giuridico*, 2001; p. 1565, con nota de MARICONDA. *Inadempimento e onere della prova: le Sezioni Unite compongono un contrasto e ne aprono un altro*. En lo que se refiere a las obligaciones de carácter profesional, es decir con una prestación de diligencia, cfr. Cass. Civ., n. 10297. En: *Danno e responsabilità*, 2005; p. 26, con nota de DE MATTEIS. *La responsabilità del medico ad una svolta?* En: *La nuova giurisprudenza civile commentata*, 2004, I; p. 783, con nota de PALMERINI. *La fattispecie prevista dall'art. 2236 c.c. e la ripartizione dell'onere della prova*; y en: *La responsabilità civile*, 2005, p. 396, con nota de MARTINELLI. *L'art. 2236 c.c. e la responsabilità medica: la Suprema Corte quadra il cerchio*.

El contacto social no sólo es relevante para el médico
Social contact is not only relevant to the doctor

resarcimiento del daño consecuencia del incumplimiento y, de esta forma, su posición resulta notablemente aligerada bajo el plano de la carga de la prueba. En última instancia, el recurso al contacto social implica que indirectamente el damnificado resulta favorecido, porque su carga probatoria se limita a la prueba de la obligación y a la alegación del incumplimiento.

5. La indemnización debida por la Administración Pública por la revocación de la resolución administrativa

El artículo 21-*quinquies* de la Ley 241 del 7 de agosto de 1990, rubricado “Revocación de la resolución”, dispone que “por motivos de interés público sobrevenidos o en el caso de cambio de la situación de hecho o de nueva valoración del interés público originario, la resolución administrativa con eficacia duradera, puede ser revocada por parte del órgano que lo ha emitido o por otro órgano previsto por la ley”. El mismo párrafo agrega que “si la revocación causa perjuicios a sujetos directamente interesados, la administración tiene el deber de procurar su indemnización”. El párrafo siguiente dispone que si

“la revocación de un acto administrativo con eficacia duradera o instantánea, incide en las relaciones negociales, la indemnización liquidada por la administración a los interesados, es calculada solo respecto al daño emergente y tiene cuenta, tanto del eventual conocimiento o cognoscibilidad, por parte de los contratantes, de la contrariedad del acto administrativo al interés público objeto de revocación, como del eventual concurso de los contratantes o de otros sujetos a la errónea valoración de la compatibilidad de dicho acto con el interés público”⁽²⁵⁾.

El noveno párrafo del artículo 11 del código de los contratos públicos (Decreto Legislativo 163 del 12 de abril del 2006) dispone que

“una vez que la adjudicación definitiva se torna eficaz, y sin perjuicio del derecho de ejercer los poderes de autotutela, en los casos permitidos por las normas vigentes, la

celebración del contrato de obra o de concesión tiene lugar dentro del plazo de sesenta días, salvo plazo distinto previsto en la convocatoria o en la invitación a ofrecer, o tiene lugar la hipótesis de aplazamiento concordada expresamente con el adjudicatario. Si la celebración del contrato no ocurre en el plazo fijado, o el control al que se refiere el párrafo 3 del artículo 12 no ocurre en el plazo allí previsto, el adjudicatario puede desligarse de todo vínculo o desistirse del contrato mediante acto notificado a la estación del comitente. Al adjudicatario no le corresponde ninguna indemnización, salvo el reembolso de los gastos contractuales documentados. En el caso en que se hayan realizado algunos trabajos, si ha ocurrido la entrega de los mismos en vía de urgencia, el adjudicatario tiene el derecho al reembolso de los gastos realizados para la ejecución de los trabajos ordenados por el director de obra, comprendidos los gastos por obras provisionales”.

Se trata de dos normas que permiten a la administración pública revocar, o de cualquier forma, reevaluar las consecuencias de su propia actividad jurídica, para realizar de mejor manera el interés público. Aunque el legislador ha ponderado la exigencia de tutela del interés público con el interés del particular y ha empleado la categoría de la indemnización, limitada únicamente al daño emergente, quien se ha ocupado expresamente de la cuestión ha tenido oportunidad de precisar que esta indemnización no encuentra su fuente en un hecho ilícito de la administración: en efecto, su presupuesto es establecido por el surgimiento de “motivos sobrevenidos de interés público o (de un) cambio de la situación de hecho o de nueva valoración del interés público originario”. Ello deja comprender que, a falta

(25) Este párrafo ha sido adicionado por el artículo 13, párrafo 8-*duodevicies*, del Decreto Legislativo 7, del 31 de enero del 2007, conv., modificado por la Ley 40 del 2 de abril del 2007.



Massimo Franzoni

de estos presupuestos, la revocación de la resolución no realizaría fines públicos, y por lo tanto, que esta conducta constituye un hecho ilícito común, fuente de responsabilidad según las reglas comunes en materia de resarcimiento del daño patrimonial⁽²⁶⁾. Los jueces administrativos ya han resuelto eficazmente que, cuando la “anulación de oficio se haya dispuesto legítimamente, no se configura ni si quiera un *daño injusto* y por lo tanto no hay ningún derecho al resarcimiento”⁽²⁷⁾.

Un razonamiento análogo se ha desarrollado con respecto a la segunda norma perteneciente al código de los contratos públicos. La jurisprudencia administrativa ya ha tenido ocasión de precisar que la aplicación del noveno párrafo del artículo 11, presupone que la falta de formulación del contrato de obra es debida a un interés público. A falta de esta circunstancia, los jueces administrativos han considerado que no tiene ninguna razón de ser, la aplicación de la limitación prevista por la norma⁽²⁸⁾. En efecto, si no está en cuestión la realización de un interés público, no existe ninguna equiparación a realizar con la técnica de la indemnización, ya que la conducta de la administración constituye un ilícito común, fuente de las consecuencias ordinarias.

-
- (26) Cfr. AFFERNI. *Il quantum del danno nella responsabilità precontrattuale*, Turín, 2008; pp. 146 y siguientes; Cons. Stato (ord. Cautelar), Sez. V, No. 3595, del 10 de julio del 2007, en *Foro amministrativo C.d.S.*, 2007, p. 2286; TAR Puglia, Lecce, Sez. II, n. 1943 del 19 de mayo del 2007; en *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, II; p. 1244, se ha resuelto que “la demanda de indemnización, formulada al amparo del art. 21-*quinquies*, párrafo 1-*bis*, de la Ley 241 del 7 de agosto de 1990, introducido por el Decreto Legislativo 7, del 31 de enero del 2007, convalidado por la Ley 40 del 2 de abril del 2007, consiguiente a la revocación de un encargo profesional por parte de la administración pública y desvinculada por la contestación de la resolución de revocación, subyace al plazo ordinario de prescripción establecido por el artículo 2964 c.c.”.
- (27) TAR Puglia, Sez. I, No. 945, del 29 de marzo del 2007, en *Urbanistica e appalti*, 2007, p. 1143, con nota de MASSERA. *Annulamento in autotutela di aggiudicazione e caducazione del contratto*; TAR Lazio, Sez. III, No. 79, del 10 de enero del 2007. En: *Giurisprudenza amministrativa*, 2007, II; p. 105.
- (28) Cfr. TAR Lazio, Sez. III, No. 8761, del 10 de setiembre del 2007; y TAR Lazio, Sez. III, n. 6369, del 13 de julio del 2007, en *Danno e responsabilità*, 2008; p. 633, con nota de AFFERNI. *La responsabilità precontrattuale della Pubblica Amministrazione tra risarcimento e indennizzo*: “la expresa previsión de la necesidad de indemnización del particular por eventuales perjuicios sufridos como consecuencia de la emanación de resoluciones de revocación de actos administrativos precedentes, no elimina la posible responsabilidad por violación del principio de buena fe en el ámbito de las tratativas que conducen a la celebración del contrato”.