

LA TUTELA AQUILIANA DEL CONTRATO*

Massimo Franzoni
Profesor de Derecho Civil
Universidad de Bologna

SUMARIO

El principio de relatividad de los contratos, cuya formulación clásica expresa que los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan, es aceptado pacíficamente por los diversos sistemas jurídicos como una de las bases del derecho contractual, y ha sido recogido de manera explícita por el artículo 1363 de nuestro Código Civil. Este principio, cuya fundamental importancia no se discute, ha sido, sin embargo, el motivo determinante de la escasa atención que han recibido, por parte de la jurisprudencia y la doctrina, los diversos supuestos de violaciones contractuales operadas por un tercero. En efecto, las hipótesis de interferencia de terceros en los contratos han sido consideradas por los jueces con extrema desconfianza, y sólo recientemente la jurisprudencia de algunos países, como Estados Unidos, Francia o Italia, ha aceptado la viabilidad de la tutela aquiliana del contrato.

El autor del presente artículo, distinguido civilista y profesor de la Universidad de Bologna, indaga exhaustivamente los distintos supuestos de intervención nociva de terceros en la ejecución y celebración de los contratos y en la responsabilidad que corresponde a quienes realizan este tipo de intervenciones. El autor complementa su análisis y sus conclusiones con un pertinente acopio de jurisprudencia y doctrina sobre el tema. Consideramos además, que este trabajo reviste una particular importancia, por cuanto en él se tocan temas que han sido, hasta el momento, escasamente visitados por la doctrina nacional.

1. Premisa 2. El objeto de la indagación 3. Casuística: a) La doble venta inmobiliaria. b) La doble concesión de un derecho personal de goce. c) La instigación a violar el contrato preliminar¹ de venta 4. Sigue: Inducción a violar la prelación legal 5. Sigue: Los ilícitos concurrentes por inducción: a) El despido de dependientes o auxiliares b) La inducción a violar deberes de reserva c) La violación del pacto de exclusividad d) La inducción a la violación del sistema de venta a precio impuesto. 6. Lesión de la autonomía contractual por parte de un tercero mediante la realización de hechos. 7) El caso Pennzoil-Texaco. 8) ¿Inducción al incumplimiento o lesión de la propiedad en la influencia perjudicial de la sociedad controlante?

1. PREMISA:

El tema de la tutela aquiliana del contrato ha sido recientemente objeto de encontrados intereses por parte de la doctrina, sobre todo después de algunos casos jurisprudenciales que han suscitado notable debate. Me refiero, por ejemplo, a la Casación de fecha 8 de enero de 1982, n. 76, en *Foro Italiano*, 1982, I, 394, (con nota de Pardolesi; en *Giurisprudenza italiana*, 1982, I, 1548, con nota de Cirillo; en *Responsabilita civile previsionale*, 1982, 17 con nota de Bennacchio; en *Rivista di Diritto Civile*, 1983, II, 678 ss, con nota de Danusso y de Costanza, *Doppia vendita immobiliare e responsabilita del secondo acquirente di mala fede*, *ibid*, 1983, 520 I ss.), en la cual el segundo adquirente de un bien inmueble que lo había concientemente inscrito como si fuera el pri-

* El presente artículo fue traducido por el Dr. Eric Palacios Martínez, y contó con la colaboración de Gonzalo Barrionuevo Alba, miembro de THEMIS-Revista de Derecho, para la edición del mismo. Agradecemos al Dr. Gastón Fernández Cruz por habernos cedido este artículo para su publicación.

¹ Nota del traductor: El autor se refiere con el término de contrato preliminar al compromiso de contratar, reconocido por nuestro Código Civil en la parte correspondiente a los contratos preparatorios en los artículos 1414 ss. de nuestro Código Civil; los que pueden generar una obligación de contratar o un estado de sujeción, según se trate de un compromiso de contratar o de un contrato de opción. Para una mayor información ver por todos GIUSTI PALADINI *Il contratto preliminare* Dott. A. Giuffrè Editore Milano, 1990.

mero, ha sido reconocido como responsable solidariamente con el vendedor en los límites del primer adquirente, por el daño sufrido a causa de la pérdida de la propiedad del bien. Cfr. también la Casación de fecha 15 de junio de 1988, n. 4090, en *Foro Italiano*, 1989, I, 1568 a la Casación de fecha 4 mayo de 1982, n. 2765 en *Giustizia Civile*, 1982, I, 1745, con nota de Di Majo (1749) y De Cupis (3104), donde mejor se hace ver el caso del falso De Chirico, en el cual el conocido pintor ha sido sancionado por haber inducido al adquirente a adquirir un cuadro suyo que después resultó falso; al Tribunal de Milán, 28 setiembre de 1972, en *Giurisprudenza italiana*, 1973, I, 2, 1 ss. y al Tribunal Roma, 23 de julio de 1984, en *Foro italiano*, 1984, I, 1963, con nota de Troiano, que han resuelto en modo diferente la cuestión acerca de la relevancia de la difusión de noticias inexactas sobre las cualidades de un producto comercial por parte de un tercero extraño a las relaciones de producción y distribución de aquel producto.

Se trata sólo de algunos, entre los ejemplos más frecuentes, que han vuelto a proponer con fuerza el tema de la tutela aquiliana del contrato, de una tutela diversa, subjetiva y funcionalmente, de aquella ordinariamente prevista como remedio contra el incumplimiento. Sobre estos casos se volverá en los párrafos sucesivos; importa por el momento, en tanto, recordar que la evolución jurisprudencial en este sector ha sufrido un cambio decisivo, consolidado en los años setenta, que admite la tutela aquiliana del crédito. En efecto, con anterioridad las hipótesis de interferencia de terceros en la ejecución de los contratos eran consideradas por los jueces con extrema desconfianza, y ello era consecuente con la orientación absolutamente pacífica que no concedía resarcimiento a la lesión del crédito, fuera de los casos típicos (lo recuerdan Sacco *L'ingiustizia di cui all'articolo 2043*, en *Foro pad*, 1960, I, 1420 ss., y Schlesinger, *L'ingiustizia del danno nell'illecito civil*, en *Jus* 1960, 336 ss). Entre estos casos típicos seguramente figuraba la hipótesis de la conclusión del contrato por efecto del engaño operado por un tercero. Dispone sobre el particular la Casación 29 de marzo de 1952, n. 862 en *Foro italiano* 1952, I, 1529, que «el dolo del tercero no produce la anulación del contrato si la parte favorecida por los engaños del tercero lo concluyó de buena fe, pero crea a cargo del tercero una responsabilidad por hecho ilícito» (Cfr. Visintini, *La reticenza nella formazione dei contratti*, Padova, 1972, 112 ss. y 279 ss.). Fuera del caso del dolo, es decir del fraude civil, la violación del contrato operada por un tercero ha recibido en el pasado escasa atención por la jurisprudencia (lo recuerda Vettori *La violazione del contratto*, en *La responsabilità civile*, III, a cargo de Alpa-Bessone, en *Giurisprudenza sistematica civile e commerciale*, fundada por Walter Bigiavi Torino, 1987, 305 ss.).

Sin embargo, es aceptado pacíficamente que la conclusión de un contrato inválido puede dar lugar a responsabilidad aquiliana «cuando se haya demostrado que el negocio fue concluido con la precisa voluntad, o al menos, con la previsión de ocasionar un daño a la contraparte» (Cass., 9 de octubre de 1979, n. 540; Galgano, voz *Negoziio Giuridico (dottrina generale)*, en *Enciclopedia del diritto*, XXVII Milano, 1977, 933). Lo mismo se dice por la doctrina que ha dedicado amplia atención al tema de la lesión del crédito (son observaciones de Ziccardi *L'induzione all'inadempimento*, Milano 1979, 66, con especial referencia a la nota n. 6, para la indicación de toda la exigua literatura que sustenta el argumento), pero que no ha afrontado frecuente y sistemáticamente los casos comprendidos en la denominada responsabilidad extracontractual por contrato. Un primer motivo de este comportamiento ha sido ya recordado cuando se ha mencionado la orientación que negaba la protección aquiliana del crédito. Un segundo motivo ha sido deducido interpretando *contrario sensu* el artículo 1372, segundo párrafo del Código Civil, que enumera el conjunto de los deberes de los contratantes que han asumido la actividad negocial. A este segundo motivo se ha replicado de inmediato que la norma se limita a acoger el principio de la relatividad de los efectos contractuales, pero que no puede exonerar de responsabilidad a los terceros si acaso éstos, invadiendo la esfera de las relaciones contractuales, provocasen el incumplimiento en daño de uno de los contratantes, y en ventaja del otro (en este sentido la Cass. 29 de marzo de 1952 n. 762 en *Foro italiano*, 1952, I, 1529, sobre la cual se hacen las observaciones de Galgano *Le mobili frontiero del danno ingiusto* en *Contr. impr.*, 1985, 18; la misma argumentación es hecha propia por la Cass. 20 de octubre de 1983, n. 6160, en *Giur. it.*, 1984, I, 1, 1440, *Spec.* 1443; Di Martino, *La responsabilità del terzo «complice» nell'inadempimento contrattuale*, en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.* 1975, 1378 ss. texto y notas; recientemente Visintini, *I fatti illeciti, I, Ingiustizia del danno-Imputabilità*, Padova, 1987, 410).

El tema de la ilícita interferencia del tercero en las tratativas, en la formación y en la ejecución del contrato figura en la segunda etapa de los estudios sobre la responsabilidad civil, como ha sido definida por Francesco Donato Busnelli (*Problemi di inquadramento sistematico del danno alla persona* en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 1987, 27 ss.: la primera ha tenido como objeto la crítica al principio de “ninguna responsabilidad sin culpa”; la segunda apunta a ampliar el marco de los intereses protegidos por la responsabilidad civil, atribuyendo a la injusticia del daño la naturaleza de una cláusula general; la tercera ha alargado el panorama de indagación sobre la noción del daño aquiliano, cuya definición tradicio-

nal ha entrado en crisis sobre todo por los desarrollos operados en el ámbito del daño a la persona). Es un argumento que en todos los países del *Common Law*² ha tenido precedentes ya en el siglo pasado, los que han sido objeto de numerosas profundizaciones, (Cfr. Ziccardi *L'induzione all'inadempimento*, cit., 13 ss., passim, Cfr.; todavía Sraffa, en Riv. Dir. Comm., 1903, I, 453 ss.) por medio de las cuales ha sido introducida la fórmula de la «responsabilidad por inducción al incumplimiento». Una indagación previa de la casuística del *Common Law* es útil, porque muestra que las hipótesis de responsabilidad comparadas son sustancialmente idénticas a aquellas comúnmente presentes en la *praxis* continental, y pueden ofrecer buenos criterios de interpretación para afrontar el examen del tema tal como se ha planteado en Italia.

Desde el punto de vista sistemático, el primer problema que ha sido expuesto es si la tutela aquiliana del contrato puede ser considerada como una hipótesis puntual, o bien constituye una especie del más amplio género de la lesión del crédito. Normalmente son de la primera opinión quienes han profundizado en el tema de la protección aquiliana del contrato (así Ziccardi, *Induzione*, cit., 57 ss.), mientras que de opinión contraria son los autores que han afrontado el tema de la lesión del crédito (*Fedele il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Milano, 1954, 61 ss; Busnelli *La lesione del credito*, Milano, 1964, 237 ss). Bien, precisando que en esta indagación nos ocuparemos solo de los casos que han sido comprendidos en la sintética fórmula de tutela aquiliana del contrato, o de responsabilidad por contrato (Busnelli, *Tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio*, en Riv. Crit. dir. priv., 1987, 287 ss), se hace necesario observar que la interferencia de un tercero en la relación contractual determina normalmente la lesión del derecho del contratante al dañar el crédito que le corresponde a título de prestación o de contraprestación. La lesión del contrato, en cuanto éste es fuente de obligaciones, importa necesariamente una lesión del derecho del sujeto activo de la relación. Aquello no ocurre, por ejemplo, en el caso del homicidio del cónyuge o del conviviente *more uxorio*, ya que en este caso la lesión del crédito alimentario o de un interés cualificado a obtener los alimentos no tiene necesariamente como presupuesto una obligación contractual.

De aquí la consideración de que con el término lesión del crédito se comprende un número supe-

rior de casos que aquellos a los cuales nos hemos referido hablando de lesión del contrato o de inducción al incumplimiento. Sin embargo se ha dicho que, planteado así el problema, se corre el riesgo de construir una categoría general y abstracta en torno a la figura de la tutela aquiliana de los derechos de crédito, cuando se ha puesto de relieve que la única categoría general, con función de cláusula general, es aquella de la injusticia del daño (Visintini, *I fatti illeciti*, cit. 409). Además construir una vinculación entre las dos figuras en los términos de una relación de género a especie podría conducir a anular la específica importancia propia de la responsabilidad por inducción al incumplimiento.

En verdad es necesario reconocer que el desarrollo doctrinario del tema objeto de este estudio se ha presentado posteriormente al reconocimiento jurisprudencial de la tutela aquiliana del crédito. Muchos de los problemas que se afrontarán en seguida en el examen de la casuística judicial se proponen ahora, teórica y prácticamente, sólo porque en el curso de los años setenta los jueces han cambiado su orientación sobre el punto de la tutelabilidad del crédito a través de la cláusula de injusticia. Esto no implica que al problema de la protección externa del contrato no se le reconozcan caracteres tales como para atribuirle una configuración autónoma. Significa en cambio, que entre las dos figuras existen muchos elementos en común que descriptivamente pueden ser conducidos al género de la lesión de los derechos de crédito. Con esto, no me parece oportuno construir una categoría general y abstracta, bajo la etiqueta de la resarcibilidad aquiliana de la lesión del crédito, ya que esta indica simplemente un tipo compuesto de daños resarcibles como injustos (Cfr. Poletti *Dalla lesione del credito alla responsabilità extracontrattuale da contratto*, en Contr. impr. 1987, 139). Sin embargo, no se puede negar que, desde el punto de vista descriptivo, cuando se hace referencia a la lesión del crédito se tiene la idea de un conjunto de hipótesis distintas sistemáticamente de los hechos lesivos de derechos reales, de la posesión, de intereses legítimos, de los derechos de la personalidad, etc.

Bajo este perfil, es decir descriptivamente, los hechos lesivos de las posiciones y de las libertades contractuales bien pueden ser considerados una subespecie del más amplio género de la lesión del crédito. Con una serie de aproximaciones sucesivas, después se llegará a comprender su caracterización individual, que es aquella que aquí interesa examinar.

² Nota del traductor: Representados principalmente por Inglaterra, EE.UU. y Canadá, cuyo instrumento se encuentra en el denominado Análisis Económico del Derecho, que se fundamenta en la eficiencia de las transacciones intersubjetivas; el cual es defendido en su aplicación para nuestra realidad por numerosos autores entre los que destacan nitidamente ALFREDO BULLARD G. Ver por todos su última obra recopilatoria que lleva como título Estudios de Análisis Económico del Derecho, editada por ARA Editores, Lima 1997.

2. EL OBJETO DE LA INDAGACIÓN.

La interferencia de un tercero en la relación contractual puede llevarse a cabo mediante la realización de hechos o de actos cuya finalidad está dirigida a frustrar las legítimas expectativas del acreedor contractual. Con el término realización de hechos, se alude a los casos de divulgación de noticias falsas sobre la reputación de un sujeto destinadas a dañar su imagen comercial, y con ello también su idoneidad para concluir contratos; y a los casos en que se mata o se lesiona al deudor y que traen como consecuencia la extinción del preexistente derecho de crédito o provocan el incumplimiento; a los casos de destrucción o de deterioro de la cosa necesaria para que el deudor pueda satisfacer los derechos de crédito ajenos. Mediante el término realización de actos, se deben entender los casos en los cuales el tercero y el deudor estipulan un contrato de por sí incompatible con el cumplimiento del deber precedente por parte de este último.

A la primera categoría pertenecen aquellos «clásicos» sobre los cuales se ha formado la literatura en el tema de la lesión del crédito: nos referimos al caso Meroni (Cass., Sez. Un., 26 de enero de 1971, n. 174, en *Foro italiano.*, 1971, I, 342), a los desarrollos más recientes en el tema del daño ocasionado al dueño de la fábrica por la invalidez temporal sufrida por el dependiente (Cass, 8 de noviembre de 1980, n. 6008, en *Mass. Giur. lav.*, 1981, 369; mejor motivada es la Id. 2 de diciembre de 1986, n. 7117, en *Foro it.*, 1987, I, 436 y la Id. 12 de noviembre de 1988, n. 6132, en *Foro italiano*, 1988, I, 742, con notas de Pardolesi, de Di Majo y de Poletti); a la difusión de noticias sobre productos industriales (Giuliani, *La tutela aquiliana della reputazione economica*, en *Contratti e impresa*, 1985, 73 ss.); a la difusión de noticias por parte de los bancos sobre las cuentas de los propios clientes (Cass. 7 de febrero de 1979, n. 820, en *Resp. civ. prev.* 1979, 486), etc.

A la segunda categoría pertenecen los casos de la doble venta inmobiliaria, de la doble cesión del crédito; y no sólo aquellos considerados en todos los estudios de Derecho Industrial que tratan de los

casos en que se induce a los dependientes o auxiliares a la violación de un pacto de exclusiva, a la violación de cláusulas con precio impuesto, etc. (el tratamiento más amplio está en Ziccardi *Induzione al' inadempimento*, cit, Cap. IX, pasim). Nos referimos a todos los casos en los cuales el contrato es utilizado como un instrumento ilícito a través del cual se ocasiona un daño consistente en el incumplimiento de la obligación precedente, o bien en la pérdida del derecho obtenido con la anterior vinculación contractual.

En esta sede nos ocuparemos con preferencia de los casos de responsabilidad civil por contrato, reenviando a otro lugar el estudio de las otras figuras (por último ver Visintini, *I fatti illeciti*, cit., 71-160).

3. CASUÍSTICA.

a) La doble venta inmobiliaria

Una de las *fattispecies* que recientemente ha interesado más a la doctrina especializada es la doble venta inmobiliaria: el vendedor cede una primera vez a un adquirente, y en una segunda ocasión a otro adquirente el cual inmediatamente inscribe³, haciendo así oponible su adquisición, inclusive con respecto al primero. El problema es si, establecida la responsabilidad contractual del vendedor frente al primer adquirente (así calificada recientemente por Cass. 15 de junio de 1988, n. 4090, en *Foro it.*, 1989, I, 1568), también el transcribiente puede incurrir en responsabilidad, bajo que título y en que condiciones.

Es conveniente partir del examen de esta *fattispecie*, sobre la que se podría discutir una verdadera y propia autonomía de la así denominada responsabilidad civil por contrato de los casos que confluyen en el perjuicio del crédito. Con razón, ha sido dicho que en el momento en el cual el segundo adquirente inscribe, desaparece la relación de crédito entre el vendedor y el primer adquirente, ya que aquel ha devenido en propietario del bien. De tal modo que el segundo adquirente que ha inscrito, y que hace oponible, con respecto a sí, toda anterior adquisi-

³ **Nota del traductor:** La "transcripción" del texto original equivale a la inscripción inmobiliaria necesaria en nuestro ordenamiento para crear la oponibilidad absoluta con respecto al propietario que desea gozar de su derecho con exclusión de los demás. El problema de la transferencia de la propiedad inmueble viene resuelta por el artículo 949 del Código Civil donde se consagra que el contrato produce efectos reales independientemente de la inscripción del derecho de propiedad en los Registros Públicos. La aparente contradicción entre los artículos 949 y 1135 del Código Civil no es tal, ya que el segundo de ellos se hace operativo solo cuando existe una pluralidad de sujetos concurrentes para la obtención del derecho; en el supuesto de no existir tal concurrencia la transferencia se produce en forma independiente de la inscripción, sólo en virtud de la existencia de un negocio jurídico de transferencia, el que produce efectos reales. Lamentable es por tanto que el artículo 949 del Código Civil aluda en su redacción al efecto obligatorio como factor decisivo de la transferencia, confundiendo la clara diferencia existente entre las relaciones de cooperación, principalmente las obligaciones, y las relaciones de atribución de derechos. Mas allá de la infeliz mención el intérprete debe decidirse por entender que dicho artículo consagra el efecto real como consecuencia lógica de un negocio de transferencia.

ción, no daña un derecho de crédito, sino que perjudica el derecho de propiedad del primer adquirente⁴ (así Busnelli, en Riv. crit. dir. priv., 1987, 288; Poletti en Contr. impr. 1987, 131 ss.; Costanza, *Doppia vendita immobiliare e responsabilità del secondo acquirente di mala fede*, en Riv. dir. civ., 1983, I, 526 ss.). Por el contrario, de cooperación o de inducción del tercero en el incumplimiento se podría hablar con absoluta certeza sólo con referencia a la promesa de venta seguida por una venta inscrita cuyo cumplimiento es incompatible con la promesa precedente (Cass. 20 de octubre de 1983, n. 6160 en Giur. it., 1984, I, 1, 440).

Sin embargo, una semejante contraposición se funda sobre la distinción entre derechos reales oponibles *erga omnes*, y derechos de crédito, oponibles sólo al deudor; distinción que hace tiempo ha entrado en crisis y que, sobre todo, ha devenido como irrelevante para los fines de la determinación del área del daño resarcible a través de la cláusula general de la injusticia (Visintini, *I fatti illeciti*, cit. 426). Así se pueden considerar, igualmente de modo unitario, las diversas *fattispecies* de doble venta inmobiliaria, no olvidando que entre la tutela equiliana del crédito y la tutela aequiliana de las posiciones contractuales, se puede descriptivamente establecer una relación de género a especie construida sobre su afinidad.

La jurisprudencia prevalente ha considerado siempre como responsable extracontractual al segundo adquirente frente al primero, bajo la condición de que, al conocimiento de la primera adquisición se agregue una dolosa preordenación dirigida a dañar al anterior adquirente, privándolo del bien adquirido. En otros términos, ha requerido que el elemento subjetivo sea idéntico a aquel necesario para interponer la acción revocatoria ordinaria (ex-artículo 2041), admitiendo también el concurso entre las dos acciones cuando el segundo acto de disposición pone en peligro la garantía patrimonial del vendedor (Cfr. di Martino, en Riv. trim. dir. e proc. civ., 1975, 1973; Cass. 22 de octubre de 1955, n. 3428 en Giust. civ. 1956, I, 438, con nota de Messineo, *Di una finalità della trascrizione*; Id., 27 de abril de 1960, n. 947, *ivi.*, 1960, I, 1358; Id. 9 de febrero de 1982, n. 759, en Arch. civ. 1982, 608). En particular la Cass. 1 de

junio de 1976, n. 1983, en Giust. civ. 1976, I, 1647, precisa en sus motivaciones que, faltando el dolo, no es suficiente para justificar la responsabilidad del segundo adquirente «calificar su comportamiento como cooperación al incumplimiento perpetrado por el alienante en lo que respecta al adquirente precedente»; es necesario, que haya sido consumado un fraude, ya que, en caso contrario, no puede ser considerado injusto el comportamiento de quien ejercita su derecho.

En Italia, por lo demás, contrariamente a lo ocurrido en Francia, ha prevalecido la tendencia de negar relevancia al estado subjetivo de quien inscribe y el artículo 2644 del Código Civil ha sido visto como una confirmación de un sistema que resuelve objetivamente el conflicto en orden a la circulación de los bienes inmuebles (Ziccardi, *L'induzione all'inadempimento*, cit., 289 ss.; di Martino, en Riv. trim. dir. e proc. civ., 1975, 1362, nota 16, 1365, n. 18, 385 ss.; Trimarchi, en Riv. dir. civ., 1983, I, 220). La confrontación entre los artículos 2644 y 1380 Código Civil, normas que responden a la misma finalidad, si bien en ámbitos diversos, a hecho concluir que la regla dictada, sea para la inscripción, sea para la detentación, en caso de conflicto entre varios titulares de derechos personales de goce, no está encaminada a tutelar al contratante de mala fe, «sino dirigida a favorecer la ulterior circulación de los bienes» (Trimarchi, op. cit. 220; Ferri, *Della trascrizione immobiliare*, en Comm. cod. civ. al cuidado de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1977, sub artt. 2643-2696, 47, el cual, sobre la base de la regla general, según la cual, para valerse de la transcripción no se necesita demostrar la buena fe, se remite a las excepciones previstas por el artículo 2952 Código Civil, que bajo el nombre de "transcripción sanante", son encuadrables a su decir, entre las adquisiciones a *non domino* (*ivi.*, 57). Sólo en estos casos la adquisición por el alienante simulado o por heredero aparente puede prevalecer sobre la adquisición del verdadero propietario, con tal que exista la certeza de la anterioridad de la inscripción acompañada por la buena fe).

La regla según la cual los conflictos en la circulación de los derechos reales o de los derechos de crédito

⁴ **Nota del traductor:** En lo particular creemos que el derecho de propiedad del primer adquirente privado de ésta, puede ser tutelado, también con el ejercicio de una acción revocatoria, regulada en los arts. 195 ss. de nuestro Código Civil, frente al tercero que habría devenido en propietario del bien en forma ilícita (considerando la existencia de una preordenación dolosa a causar daño al primer adquirente). No existe, en nuestro criterio impedimento dogmático para aceptar tal posibilidad, en la medida que el primer adquirente, al haber sido excluido de la titularidad del bien, como propietario, ha devenido acreedor; por lo que el vendedor continúa siendo deudor frente a este, y como tal es sujeto pasivo de los instrumentos otorgados al acreedor para la defensa del derecho de crédito.

Es sintomático que la acción revocatoria venga regulada en el libro de los actos jurídicos, lo que significa que su ejercicio no puede quedar limitado a tutelar posiciones derivadas de relaciones obligatorias, sino que su campo de acción puede ser extendido también a la tutela de situaciones de atribución de derechos reales, en las posiciones de adquisición de su titularidad. Todo ello, suponiendo la preexistencia de los requisitos exigidos para su interposición, que por demás, pensamos se encuentran presentes en casi todos los casos de doble enajenación de un inmueble.

vienen resueltos objetivamente, no encuentra obstáculos en la diferente formulación del artículo 1555 del Código Civil, para el cual la buena fe asume relevancia en el caso de doble venta del mismo bien inmueble. Se ha considerado, en efecto, que tal caso, no obstante el artículo 1155 del Código Civil, pueda en abstracto reconducirse a la categoría de normas que regulan el conflicto entre varios titulares de un mismo derecho; esto constituye más bien una aplicación de la regla «posesión vale título» establecida en vía general por el artículo 1153 del Código Civil (así Mengoni, *Gli acquisti a non domino*, Milano, 1975, 14 ss.; de Martino, *Possesso Denunzia di nuova opera e di danno temuto*, en *Comm. cod. civ.*, a cargo de Scialoja y Branca, dirigido por Galgano, Bologna-Roma, 1984, sub artículo 1155, 60). La buena fe en el artículo 1155 resultaría inexplicable sino fuese puesta en vinculación con el principio general dictado para la circulación a título originario de los bienes muebles. De este modo, el segundo adquirente que a la posesión del bien acompaña la buena fe, no prevalece sobre los otros en virtud de una norma dictada para regular el conflicto en la circulación (artículo 1155 Código Civil), sino porque adquiere el derecho en base a la norma general para la circulación de los bienes inmuebles (artículo 1153 del Código Civil).

La referida orientación jurisprudencial, que admite la responsabilidad del segundo transcribiente bajo la condición de que se constate la existencia de un fraude que revele un abuso en la utilización de las normas sobre la inscripción (Di Martino, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 1399; Visintini, *I fatti illeciti*, cit.; 427), parece haber sido nuevamente puesta en discusión por una reciente sentencia (Cass. 8 de enero de 1982, n. 76, en *Foro it.*, 1982, I, 394, con nota de Pardolessi; en *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1548, con nota de Cirillo, *Duplici alienazione immobiliare e responsabilità de secondo acquirente di mala fede*, en *Resp. civ. prev.*, 1982, 174, con nota de Bennacchio; en *Riv. dir. civ.*, 1983, II, 678, con nota de Danusso, *Responsabilità del secondo acquirente nella doppia vendita immobiliare*).

La primera cuestión en la cual esta sentencia discrepa de la orientación precedente se refiere en particular al perfil subjetivo del ilícito; ella niega que sea necesaria una prueba concreta sobre la preordenación de la segunda transferencia dirigida a defraudar al primer adquirente, y considera que el contratar sabiendo de la existencia de una anterior transferencia es ya suficiente para declarar la responsabilidad. En verdad, la Corte llega a admitir que, en este caso, es admisible un dolo genérico, diferente de aquel requerido para interponer la acción revocatoria, constatable en el conocimiento

de la precedente adquisición. Al contratar sabiendo que el derecho ya se ha transferido, hace que el tercero concorra en la violación de la obligación del alienante, que consiste en mantener firme la adquisición. Por lo tanto, concluye la Corte, la responsabilidad del transcribiente se califica bajo el perfil de su colaboración en el incumplimiento del alienante.

Esta sentencia, como ya se ha dicho, ha sido saludada por todos los autores por su innovación, pero también ha sido sometida a numerosas críticas (Cfr. Galgano, *Il negozio giuridico*, en *Trattato di dir. civ. e comm.*, dirigido por Cicu y Messineo, III, 1, Milano, 1988, 167 ss.), y algún autor ha puesto en duda que se pueda tratar de un verdadero y propio *revivement* (Visintini, *I fatti illeciti*, cit. 429). En verdad, se trata de una Casación con reenvío a una sucesión de hechos compleja, mediante la cual no se excluye que aquella fuese, en concreto, un intento fraudulento del transcribiente. En la misma motivación, la Corte da relevancia a las circunstancias por las cuales es presumible la intención predirigida a sustraer el bien al primer adquirente. Bajo este perfil no es diversa la Cass. 20 de octubre de 1983, n. 6160 (en *Giur. it.*, 1984, I, 1, 440) que parecería confirmar la sentencia precedente. También esta Casación es intrincada y rica en elementos objetivos que dejan entrever un fraude, al punto que no es seguro si la afirmación del principio reproducido en la máxima «el tercero que haya cooperado con el deudor para hacer imposible el cumplimiento responde ex-artículo 2043 del Código Civil, frente al acreedor», representa la verdadera y propia *ratio* decisoria del caso.

Es sin embargo innegable que los considerandos devalúan la contraposición entre simple conocimiento de la adquisición y la preordenación dolosa, para centralizar la valoración sobre la conducta del tercero considerada ilícita cuando, por la verificación de datos objetivos, resulta que la voluntad de perseguir el evento, no obstante la conciencia del daño injusto producido al primer adquirente (así Vettori, *La violazione del contratto* cit., 308). Sobre la calificación del derecho lesionado hecha por la casación, han sido adelantadas las más importantes reservas por parte de los comentaristas. En verdad, sostener como hace la Corte que la injusticia consiste en la cooperación en el incumplimiento del alienante, contrasta con la realidad jurídica de los hechos y presupone individualizada la obligación particular del vendedor incumpliente. Como se ha recordado anteriormente, el primer adquirente ha devenido en propietario del bien, aunque éste pierda su derecho por efecto de la transcripción. El contrato de venta ha agotado su

finalidad⁵; por tanto es opinable que se pueda calificar como incumplimiento el hecho del vendedor que priva al primer adquirente de la propiedad, estipulando un segundo contrato transcrito y, consecuentemente, que al segundo adquirente pueda serle atribuida una responsabilidad a título de concurso en el incumplimiento (Poletti, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1987, 131 ss.; Costanza, en *Riv. dir. civ.* 1983, I, 526, define la responsabilidad del vendedor como responsabilidad de naturaleza post-contractual, en sustancia un ilícito aquiliano; Cfr. todavía Cass. 15 de junio de 1988, n. 1090, en *Foro it.* 1989, I, 1568, con nota de Casadonte, la cual atribuye naturaleza contractual a la responsabilidad del vendedor y la funda sobre los artículos 1476, n. 2., 1175 y 1375 del Código Civil).

La conclusión, ya señalada en el comienzo de este párrafo, es que el derecho lesionado es el de propiedad del primer adquirente despojado del bien, y no su derecho de crédito que prescinde del efecto real ya producido (Cfr. Cirillo, en *Giur. it.*, 1982, I, 1, 1550 ss. que en cambio individualiza en el contrato lesionado el objeto de la tutela aquiliana). Este análisis de los hechos es sin embargo incompleto: si así fuese sería muy difícil no considerar siempre justificado el comportamiento del segundo adquirente que transcribe valiéndose del artículo 2644 del Código Civil que no requiere de la buena fe para que se produzca el efecto. Contra esta reconstrucción ha sido objetado que la justeza de la Cass. 8 de enero de 1982, n. 76, deriva del exacto encuadramiento del contrato de compra venta y de la naturaleza de las obligaciones particulares que de él derivan para el vendedor. En verdad, si es cierto que el efecto traslativo es inmediato, aquello no significa que, al verificarse el efecto real, se considere irrelevante todo ulterior compromiso. Por ejemplo, el vendedor puede incumplir la obligación de entregar la cosa y a tal violación puede concurrir el tercero (así Busnelli, *La lesione del credito da parte di terzi*, Milano, 1964, 245, n. 25 y 253, n. 65; Rubino, *La compravendita in Trattato di dir. civ. e comm.*, a cargo de Cicu y Messineo, XXIII, Milano 1971, 680). Además, puede incumplir la obligación de garantizar al adquirente el resultado de la enajenación misma, como escribía Osti (*voce Contratto*, en *Nuovo dig. it.*, IV, Torino, 1938, 59; *Id.*, *voce Contratti*, en *Noviss. dig. it.*, IV, Torino, 1959, 473 ss.; en tal sentido también

Bianca, *La vendita e la permuta*, en *Trattato di dir. civ. it.*, dirigido por Vasalli, Torino, 1972, 631; Cass., 27 de marzo de 1965, n. 518 en *Foro it.*, 1965, I, 1743). Esta obligación de alcance general recibe una precisa disciplina en la garantía del adquirente contra la evicción, y la demostración de que es una obligación de carácter general viene del hecho de que es extensible también a la donación (Cfr. Greco Cottino, *Della vendita*, en *Comm. cod. civ.*, a cargo de Scialoja y Branca, Bologna-Roma, 1981, sub-artículo 1470, 14 ss.). Si se considera que en el caso examinado es el vendedor que, con derecho propio, provoca la evicción, se debe concluir que tal garantía es siempre debida (ex-artículo 1487, 2 párrafo del Código Civil), aunque la causa de evicción no preexista a la venta (es conocido que la doctrina y la jurisprudencia dominantes requieren este requisito para los fines de la operatividad del instituto; en el sentido del texto de Bianca, *La vendita*, cit., 790 ss. al cual se adhieren expresamente Greco Cottino, *Della vendita*, cit. 197 ss.).

Una similar configuración del fenómeno presenta además la ventaja de regular unitariamente dos situaciones similares. Me refiero al caso en el cual se hace un doble venta inmobiliaria, inscrita precedentemente por el primer adquirente antes que el segundo. No se ve por qué, en un caso se pueda aplicar la disciplina de la evicción, mientras que en el segundo caso no, desde el momento en que el interés por tutelar es siempre el mismo.

Pero hay más. El vendedor que cede dos veces el mismo bien inmueble se coloca en la condición de realizar un incumplimiento doloso. Aunque no le sea conocido cuál de los dos adquirentes inscribirá primero, él es conciente de que con la inscripción estará en situación de incumplimiento en lo que respecta al otro adquirente. De aquello se deduce que, celebrando el segundo contrato, el vendedor realiza de todas formas un incumplimiento doloso sujeto a la disciplina del artículo 1225 del Código Civil (Cfr. Cass. 30 de octubre de 1984, n. 5566, en *Giur. it.*, 1985, I, 1, 276 la cual afirma que el dolo puede deducirse también por circunstancias objetivas). Esta consideración asume particular importancia si se observa que el incumplimiento doloso recibe el mismo tratamiento que el resarcimiento del daño por hecho ilícito, pues en este caso el

⁵ **Nota del traductor:** Con esta afirmación pareciera que FRANZONI esta optando por considerar que el contrato, y con él el negocio, se extinguen en el momento en que generan la relación o situación efectiva que el ordenamiento le atribuye a la *fattispecie* que le corresponde, lo que en nuestro entender constituye una posición no muy de acuerdo con la realidad negocial y con sus principios fundamentales. Recordemos solamente que los supuestos de relevancia del contenido negocial, reflejado en su estructura, están presentes en nuestra legislación sobre todo en lo que respecta a la causa del negocio; así tenemos los casos de resolución por incumplimiento, de imposibilidad sobreviniente de la prestación, de excesiva onerosidad sobreviniente de la prestación y de decaimiento del interés del acreedor. Con todo ello se puede probar la relevancia del contenido negocial y de su estructura, una vez generada la relación o situación negocial por lo que resulta ilógico sostener que el negocio se extingue.

contrato que genera el incumplimiento es en sí mismo un hecho ilícito (Cfr. Franzoni, *Colpa presunta e responsabilità del debitore*, Padova, 1988, 396; a la *fattispecie* en examen ha dado una diversa calificación la Cass. 15 de junio de 1988, n. 4090, en *Foro it.*, 1989, I, 1568).

En conclusión, entonces, aún no queriendo admitir que en el caso bajo examen sea directamente aplicable el tratamiento de la garantía contra la evicción (excluye que el vendedor responda contractualmente según la regla de la evicción Costanza, en *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 526 ss.), se debe admitir que esta sería indirectamente reclamable al calificar como injusto el daño sufrido por el adquirente que pierde la propiedad del bien.

Cada vez que se quiera calificar la responsabilidad del vendedor (Cfr. Costanza, en *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 526, que la califica como responsabilidad post-contractual), debe aceptarse que ella tiene, cuando menos en el fondo, la disciplina de la evicción.

Si este es el hecho imputable al vendedor, es necesario ahora valorar bajo cuáles condiciones pueda realizarse un concurso por parte del tercero, como ha deducido la Cass. 8 de enero de 1982, n. 76 en *Foro it.* 1982, I, 394; o bien, ver cuando la lesión de la propiedad del primer adquirente se configura como un daño injusto realizado a través del concurso en el incumplimiento ajeno. Con este propósito se puede recordar que la inscripción no es un elemento esencial de las *fattispecies* adquisitivas de derechos reales⁶ (en contra pero ilustremente aislado, Carnelutti, *La teoria generale della circolazione*, Padova, 1950, 211; ampliamente Costanza, en *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 522 ss.), ya que es perfectamente admisible una venta sin ninguna exigencia de transcripción, pues su función es sólo la de hacer oponible la adquisición frente a los terceros. Además, en obsequio a un principio de autoresponsabilidad, todo adquirente tiene un propio interés para transcribir rápidamente, lo que genera una carga en su esfera. De particular manera en un ordenamiento como el vigente, previsto en el artículo 2644 de Código Civil (el razonamiento es completamente diferente para los sistemas, como el español, en los cuales vale la regla de la prioridad de la adquisición dirigida a la solución del conflicto entre una pluralidad de adquirentes). Este sólo hecho

excluye que el simple conocimiento de la anterior adquisición sea por sí sola suficiente para fundar la responsabilidad del segundo adquirente.

Hay además un ulterior argumento que apoya la tesis aquí sostenida. Se ha dicho que el daño ocasionado por el vendedor es causado por un incumplimiento doloso. Ahora bien, es opinión unánime que el concurso en el ilícito doloso es admisible sólo bajo la condición de que el dolo sea común a todos los co-autores del hecho. En el caso, en cambio que el dolo sea sólo de uno de los agentes absorbe, sobre el plano causal, la eficiencia de las conductas referibles a los otros co-autores (Cfr. Cendon, *Il dolo*, cit. 90 ss.). No obstante, en presencia del artículo 2644 se puede dejar de sostener que el dolo de quien transcribe primero está *in re ipsa* en el conocimiento del contrato precedente; no es necesario demostrar la voluntaria participación en el fraude perpetrado en daño del primer adquirente. El defecto de tal prueba, sin excluir el concurso ex-artículo 2055 del Código Civil, consiste en que, en sede de regreso, habría una eficacia absorbente en el incumplimiento doloso consumado por el vendedor.

En conclusión: no se puede dar crédito a la tesis que reconoce en la segunda venta una hipótesis de nulidad por ilicitud del motivo común a ambos contratantes, ex-artículo 1345 del Código Civil, en presencia del artículo 2644 del Código Civil (así en cambio Novara, *La responsabilità del terzo complice nell'inadempimento del contratto*, en Temi, 1951, 77, 90; y las observaciones de Di Martino, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 1418). No es satisfactoria la opinión de quien funda la responsabilidad del transcribiente sobre el carácter fraudulento de la adquisición, puesto que la mala fe del segundo adquirente debería conducir a la nulidad de la segunda adquisición, antes que al remedio resarcitorio previsto por el artículo 2043 del Código Civil (como en cambio considera Carraro, *Valore attuale della massima fraus omnia corrumpit*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1949, 797 ss., 802). Se puede dudar de que la responsabilidad del segundo adquirente pueda construirse sobre la noción del abuso del derecho de las normas sobre la inscripción (así en cambio, Majorca, *Trascrizione*, en *Comm. cod. civ.*, dirigido por D'Amelio e Finzi, Firenze, 1943, sub-artículo 2644, 150 ss.). Aquello, no tanto por la dificultad de referirse a la

⁶ Nota del traductor: Esto debe ser recordado por los estudiosos de los derechos reales que, en nuestro país, defienden a Ultranza que la propiedad inmueble se adquiere mediante la inscripción del derecho de propiedad adquirido; interpretando en forma exageradamente amplia los límites normativos del artículo 1135 del Código Civil.

En tal sentido es necesario remitirnos al trabajo de BIANCA, *Riflessioni sul principio del consenso traslativo*, en *Riv. dir. civ.*, Anno XV, Casa Editrice Dott. Antonio Milani, Padova 1969, pp. 535 ss., donde se realiza un análisis negocial de los efectos reales y la valoración social unitaria del negocio de alienación según las normas generales y principios abstraídos del propio ordenamiento jurídico, base fundamental del análisis dogmático, muy pocas veces utilizado por quienes se dedican a la investigación jurídica en nuestro país, lo que le quita cientificidad a los trabajos de investigación sobre nuestro sistema normativo.

figura del abuso del derecho fuera de la cláusula general de buena fe (como ha demostrado Nanni, *La buona fede contrattuale*, Padova, 1988, Cap. VI), cuanto porque no se puede negar que, no obstante la utilización de la inscripción para fines privados, esta no satisface suficientemente la finalidad publicística, consistente en garantizar la certeza del tráfico jurídico. En base al ordenamiento es irrelevante saber si es más justo que el propietario sea Tizio, o mas bien, Caio (Cfr. Costanza, en Riv. dir. civ. 1983, I, 530).

Sin embargo, se puede reconocer a todas estas circunstancias un valor indiciario en la verificación de la conducta del transcribiente a fin de examinar si es condenable al resarcimiento a título de concurso. En verdad concurriendo todos estos presupuestos (no ya la violación del deber genérico del *neminem laedere* como sostiene Ziccardi, *L'induzione all'inadempimento*, cit. 230 ss.); conforme a la jurisprudencia francesa antes citada, se puede considerar que el tercero concurre en el incumplimiento del deudor, provocando definitivamente un daño patrimonial en cabeza del primer adquirente, por calificarse como injusto según el criterio del artículo 2043 del Código Civil

b) La doble concesión de un derecho personal de goce.

Situación muy similar a la examinada hace un momento es la prevista por el artículo 1380 del Código Civil, según el cual, en el conflicto entre una pluralidad de titulares de un derecho personal de goce, prevalece quien primero lo ha conseguido dejando a salvo las normas sobre la transcripción, en el caso, por ejemplo de locaciones ultranovenales de bienes inmuebles (artículo 2643 n. 8 del Código Civil). También en este caso, como para el artículo 2644 del Código Civil, el conflicto es solucionado prescindiendo del estado de buena o de mala fe del contratante que primero ha tenido el goce del bien (Cfr. Trimarchi, en Riv. dir. civ., 1983, I, 220 ss., quien por ello deduce que existen precisas indicaciones normativas capaces de excluir la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento sobre la base del conocimiento del perjuicio ocasionado con el segundo contrato). También en este sentido se puede decir que el juicio sobre la injusticia del daño sufrido por el primer adquirente está sopesado teniendo en cuenta el principio general de autoresponsabilidad, el cual impone al titular del derecho personal de goce el deber de perfeccionarlo rápidamente.

La doctrina dominante, por tanto, ha considerado responsable al tercero cómplice del incumplimiento

cuando a la prueba del conocimiento del precedente contrato se agregue la demostración de un acuerdo fraudulento con el transferente, deducible de circunstancias objetivas (Cfr. Cass., 29 de abril de 1960, n. 965, en Mass. Foro it., 1960; Natoli, *Il conflitto dei diritti e l'art. 1380 del codice civile*, Milano, 1950, 162; Luminoso, *La tutela aquiliana dei diritti personali di godimento*, Milano 1972, 243 ss.; Cendon, *Il dolo nella responsabilità extracontrattuale*, Torino, 1974, 152, nota 33).

c) La instigación a violar el contrato preliminar de venta.

La otra hipótesis que puede ser agrupada junto a aquellas hasta ahora examinadas es la violación de una promesa de venta realizada a través de la celebración un posterior contrato preliminar de venta con un tercero, quien llega primera a concluir y a transcribir el contrato definitivo. Es esta una hipótesis de responsabilidad contractual mejor asimilable a la más amplia figura de la lesión de crédito, ya que con el segundo contrato el promitente vendedor incumple concientemente, por lo que a tal incumplimiento bien puede concurrir el tercero. A esta concepción no se le puede oponer la circunstancia de que, con el segundo contrato, el vendedor impide al adquirente la posibilidad de ejercer la acción ex artículo 2932 del Código Civil. En efecto, la conclusión del segundo contrato es la manera de causar la imposibilidad sobrevenida de la prestación, la cual, siendo imputable al deudor (promitente-vendedor) no lo exonera de la responsabilidad (Cfr. Franzoni, *Colpa presunta*, cit., 372 ss.). Responsabilidad por incumplimiento, a la cual puede concurrir el hecho del tercero en la lesión del derecho de crédito.

También en esta hipótesis la jurisprudencia está generalmente orientada a la búsqueda de un fraude o engaño premeditado en perjuicio del primer promisorio. Hasta ahora no ha admitido la responsabilidad del tercero cómplice en el incumplimiento del primer contrato preliminar si no se verifica una verdadera y propia instigación del tercero a que el promitente rompa el pacto (Cfr. App. Napoli, 2 de julio de 1965, en *Tem. nap.*, 1965, I, 409; Id., 2 de febrero de 1964, en *Dir. giur.*, 1979, 123, con nota crítica de De Sanctis; Trib. Milano 14 abril 1972, en *Riv. dir. comm.*, 1973, 254, todas citadas por Visintini, *I fatti illeciti*, I, cit., 433).

También, en este sentido, se ha observado que la Cass. 20 de octubre de 1983, n. 6160 cit., cuya máxima dispone que «el tercero que haya cooperado con el deudor para hacer imposible el cumplimiento, responde ex artículo 2043 del Código Civil, frente al acreedor», no representa una inversión de tenden-

cia, porque es carente e incompleta por cuanto se atiene al elemento subjetivo. Se trata de una Casación con reenvío que concluye que «la falta, por tanto, de congruentes razones que justifiquen el convencimiento manifestado en mérito a la exclusión de una responsabilidad aquiliana por parte de Aldigeri, impone el reexamen de la causa por parte de otro juez el cual examinará todo y discutirá sobre la compleja e intrincada problemática, en el ejercicio de los propios poderes de libre convicción, y en todo caso, traduciendo los resultados de la indagación en una adecuada y correcta motivación».

También la solución de estos casos es diversa en Francia (lo recuerda Gabrielli, *Il rapporto giuridico preparatorio*, Milano, 1974, 360, citando doctrina y jurisprudencia francesa; Pardolesi, en *Foro it.*, 1982, I, 394; y parece también diversa en los Estados Unidos, Cfr. App. Texas, 12 de febrero de 1987, Pennzoil Company - Texaco inc., en *Foro pad.*, 1987, I, 460, con nota de Rubino Sanmartano), donde la jurisprudencia admite sin reparos la responsabilidad del tercero sobre la base del simple conocimiento del anterior contrato. Sin embargo, hay una ulterior consideración por hacer sobre esta *fattispecie*. Mientras en el caso recordado precedentemente, el primer adquirente puede servirse de la inscripción para así hacer cierta su adquisición, en la *fattispecie* en examen el promisorio puede, por demás, inscribir la demanda judicial valiéndose del artículo 2652, n. 2, del Código Civil. Por lo tanto, tal inscripción presupone un conflicto existente entre el acreedor y el titular del bien, conflicto que puede no subsistir o ser arteramente ocultado por el vendedor mientras procede a la conclusión del segundo contrato fuente del daño.

Esta circunstancia hace profundamente diferente la posición del adquirente que pudiendo inscribir acepta el riesgo de no hacerlo, de aquella posición del promisorio que puede valerse solamente de una sentencia constitutiva y de la publicidad prevista para la demanda que inicia el proceso. En este segundo caso, el promisorio está completamente expuesto a la actividad del promitente y del tercero que, interfiriendo en el cumplimiento de la precedente obligación, le acarrearán un daño injusto. En consecuencia, es lógico considerar que esta diversa situación debe ser valorada para la calificación del daño como injusto, teniendo en cuenta el perfil de la comparación de los intereses en juego. Se puede, por tanto, convenir con quien ha afirmado que «en

tal caso la conducta del adquirente que transcribe el título incompatible con el derecho del acreedor deberá considerarse como ilícita, en presencia de la conciencia de la existencia del derecho preexistente y de la cooperación al incumplimiento del titular del bien" (Vettori, *La violazione del contratto*, cit., 315, que cita para reforzar su opinión a Demogue, *Traité des obligations en général*, II, *Effets des obligations*, VII, Paris, 1937, 602; de la misma opinión es Costanza, en *Riv. dir. civ.*, 1983, I, 533).

Sobre tal cuestión, todavía no se pueden tomar conclusiones definitivamente ciertas, debiendo siempre remitirnos a una valoración de la conducta de los intervinientes caso por caso, inclusive para la verificación de la conciencia (Cfr. App. Milano, 5 de marzo de 1983, en *Temi*, 1983, 11, para una *fattispecie* singular ver el estudio de Narni, *Sentenza traslativa e doppia alienazione immobiliare*, en *Contr. impr.*, 1988, 40 ss., 63 para la determinación del daño).

4. SIGUE: INDUCCIÓN A VIOLAR LA PRELACIÓN LEGAL.

Además del caso de la doble venta inmobiliaria, de la doble cesión de un derecho personal de goce y de la doble cesión del crédito, la doctrina se ha cuestionado acerca de la posibilidad de encontrar una responsabilidad aquiliana en el comportamiento del tercero que coopera en el incumplimiento de una obligación inserta en el contenido legal del contrato. Los ejemplos que sugieren tal cuestión derivan de las *fattispecies* de prelación legal: la Ley del 14 agosto 1971, n. 827, que impone al propietario el deber de que el contrato preliminar de transferencia contenga todas las indicaciones necesarias para ejercitar el derecho de prelación; y el artículo 38, Ley 28 julio 1978, n. 382 que establece para el propietario de un inmueble destinado para uso diverso del de habitación la carga de notificar la propuesta de transferencia a título oneroso del bien arrendado, etc.

Es conocido que el prelacionario puede activar su derecho a través del rescate⁷ en los límites del adquirente y de sus causahabientes dentro del término de un año o de seis meses respectivamente desde la fecha de la transcripción. Se podría por tanto, considerar agotado con el rescate, el derecho del prelacionario y, correspondientemente, se podría considerar que ninguna otra sanción es imputable al tercero. Sin embargo, se puede también admitir una autonomía entre el ejercicio del rescate y el resarcimiento, por lo que la tutela otorgada con

⁷ Nota del traductor: El denominado «pacto de rescate» del Derecho italiano es bastante similar al derecho de retracto, normado en nuestro ordenamiento en los artículos 1592 ss. del Código Civil. Peruano, cuya naturaleza jurídica compleja consiste en establecer a favor del prelacionario un derecho potestativo de, verificada la hipótesis de transferencia, incorporarse en la relación negocial así creada, superponiéndose al adquirente originario, con lo que se genera una suerte de cesión legal del contrato.

el ejercicio del primer derecho no libera al adquirente de mala fe, en particular cuando éste se valga del efecto preclusivo otorgado desde la finalización del término útil para ejercitar el rescate (Vettori, *La violazione del contratto*, cit. 315 ss.).

Sobre la cuestión faltan precedentes jurisprudenciales, por lo que se puede discutir y argumentar sólo con referencia a los casos ya examinados. Más allá de los alcances que se quiera dar a los institutos de la prelación y del rescate, cierto es que su función es la de tutelar una particular categoría de sujetos prefiriéndola sobre otros. Aquello, sin embargo, evitando comprometer la seguridad de la circulación de bienes, así, se ha previsto un término breve para el ejercicio del rescate, transcurrido el cual, la posición del adquirente deviene en inatacable. Dicho esto, es necesario admitir que la prelación es una carga impuesta al propietario, de la cual se sirven los sujetos que gozan de preferencia y de cuya violación deriva un incumplimiento; el rescate, es el remedio legislativo con el cual se pretende privar de efectos al acto de alienación. Los presupuestos para el ejercicio del retracto, por tanto, son el incumplimiento de la obligación de prelación, y la vigencia del término previsto por la ley. Aquello no significa que, contra el incumplimiento de la prelación el retracto sea el único remedio; y tampoco, que al incumplimiento no pueda concurrir el tercero que se haya coludido.

Desde el punto de vista teórico, por tanto, no se puede negar una responsabilidad del tercero que haya inducido al propietario a violar la prelación, responsabilidad que se configura como concurrente al incumplimiento. Sin embargo, para admitir tal responsabilidad es indudable que se debe verificar un verdadero y propio fraude civil, consumado por el vendedor y por el tercero adquirente en daño del sujeto preferido. En verdad, en presencia de un remedio legal del tipo del retracto y de la exigencia, siempre presente, de una rápida y segura circulación de la riqueza, es necesario que el acto de venta (inscrito) aparezca dirigido a burlar las expectativas del beneficiado con la prelación. Solo en este modo puede considerarse injusto el daño sufrido por el cultivador directo (en terrenos agrícolas) o por el conductor del inmueble (Vettori, *La violazione del contratto*, cit., 317 ss.).

5. SIGUE: LOS ILÍCITOS CONCURRENTIALES POR INDUCCIÓN.

Otra serie de casos que normalmente vienen reconducidos a las *fattispecie*s de la responsabilidad contractual, son aquellos tipificados como competencia desleal en el artículo 2598, n. 3, del Código Civil. A esta previsión han sido, por ejemplo,

reconducidas las hipótesis de estipulación de contratos con un tercero incompatibles con la ejecución de iniciativas contractuales precedentes: la transferencia de dependientes y de auxiliares, la violación de un pacto de exclusividad o de venta con precio impuesto, y más recientemente, el daño por falsa información sobre las cuentas de la empresa. Sobre el particular recuerdo que el origen de las disputas sobre la subsistencia y sobre la naturaleza de esta responsabilidad se remonta en el tiempo a la discusión entre Sraffa, *Contratti a danno di terzi*, en *Riv. dir. comm.*, 1903, I, 453 ss. y Perossi, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *ivi*, 1904, I, 64, con breve réplica de Sraffa, *ivi*, 66 ss., a propósito del pacto concluido entre algunas compañías de seguros que tenía por objeto establecer el compromiso de no cubrir con los propios dependientes y empleados, los vacíos de personal del cuerpo orgánico de una empresa adherente a dicho pacto, sin el consentimiento expreso de esta última.

Los casos señalados son normalmente objeto de estudio por parte de la literatura especializada en materia de derecho industrial. El renovado interés por el tema que aquí nos ocupa está en determinar si se admite la responsabilidad del tercero que interfiere, a título de concurso, aún cuando éste no sea un empresario (Cass. 4 de febrero de 1981, n. 762, en *Giur. Ann. dir. ind.*, 1981 (1368), 41). Aquello que pone en evidencia la calificación de un acto de competencia desleal «es que éste no debe necesariamente provenir directamente de la empresa competidora, siendo suficiente que se haya manifestado en favor del interés de esa empresa y, por ende, realizado por cualquiera que se encuentre con la misma en relación tal de calificar el comportamiento mismo como dirigido a procurarle ventaja, en daño de otra empresa» (App. Milano, 4 de diciembre de 1981, *ivi*, 1981, 650). Donde el principio viene aplicado a la violación de un pacto, ello nos lleva a un alargamiento en sentido subjetivo de las hipótesis de tutela del contrato (Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 18 ss.). Es este un caso típico, en el cual la cláusula general de injusticia se llena de contenido deduciendo del ordenamiento los principios aplicables al caso concreto. Por tanto, cuando haya participado un tercer empresario en la violación contractual, se aplicarán las normas sobre la competencia desleal; pero si el tercero no es empresario el comportamiento es igualmente ilícito, ya que entra en la previsión del artículo 2043 del Código Civil (Cfr. Cass. 25 de julio de 1986, n. 4755, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 386; ha negado la subsidiaridad necesaria de la cláusula del artículo 2043 del Código Civil a la disciplina del ilícito concurrential en las aplicaciones jurisprudenciales Giuliani, *La tutela aquiliana della reputazione economica*, en *Contr. impr.*, 1985, 75 y 78 ss.).

a) La transferencia de dependientes o auxiliares

No es este el lugar para un examen en profundidad de todas las *fattispecies* (Cfr. Auteri, *La concorrenza sleale*, en *Trattato di dir. priv.*, dirigido por Rescigno, XVIII, Torino, 1983, 400 ss.; Ghidini, *La concorrenza*, en *Trattato di dir. comm.*, dirigido por Galgano, IV, Padova, 1981, 214 ss.; Ferrando, *La lesione del diritto di credito da parte di terzi*, en *Nuova giur. civ. Comm.*, 1985, II, 332 ss.), aquí solo importa tratar cómo en la mayor parte de todos los casos decididos la jurisprudencia requiere en la conducta del tercero, además de una especial conciencia del acto, también un específico *animus nocendi*. El dolo, «es decir la intención de perjudicar a la empresa competidora, viene frecuentemente deducido de circunstancias objetivas, tales que, no pueden justificarse sino con la intención de disgregar y dañar a la empresa competidora» (Visintini, *I fatti illeciti*, cit., 413). Aquello se deduce de las sentencias en materia de transferencia de dependiente, en las cuales se requiere de una específica voluntad de dañar a la empresa competidora (Cass., 6 de mayo de 1980, n. 2996, en *Foro it.*, 1980, I, 1886, con nota de Pardolesi; Id. 17 de enero de 1974, n. 125 en *Giur. it.*, 1974, I, 1, 688), comprobado por las peculiaridades con las cuales la actividad es realizada (Trib. Milano 19 de febrero de 1981, en *Giur. ann. dir. ind.*, 1981, 184; Pret. Verona, 29 de mayo de 1987, en *Quad. giur. impr.*, 1989, 173, si bien en una *fattispecie* distinta a la de la transferencia). De este modo la Cass. 17 de enero de 1974, n. 125 ha reconducido la disyunción existente entre la orientación finalística o subjetiva, que admitía tutela a la empresa que recibía la transferencia, sólo si era suministrada la prueba directa del deliberado propósito de obtener ventaja por el daño acarreado a la empresa ajena (Cass. 19 de noviembre de 1968, n. 3763, en *Giur. it.*, 1969, I, 1, 1728); y la dirección objetiva, según la cual la ilicitud del comportamiento del transferido viene deducida de la confrontación entre la forma con que se ha originado el hecho y los principios de rectitud profesional en el mercado de trabajo. De modo tal que la ilicitud deviene evidente en el momento en que la actuación del transferido no se acomode a los cánones de la corrección (Cfr. App. Milano 16 de junio de 1972 (186) 1390; App. Torino 9 de enero de 1973, *ivi.*, 1973, 266; Salafia, *Liceita e illiceita della trasfereza di dipendenti*, en *Monit. trib.*, 1980, 174): por ejemplo manipulando la libertad contractual del dependiente (App. Milano 9 de abril de 1975 en *Riv. propr., ind.* 1967, 89); denigrando la persona o la posición financiera del dador de trabajo (App. Milano 5 de marzo de 1974, in *Giur. ann. dir. ind.*, 1974 (527); Trib. Milano, 25 de julio de 1977, *ivi.*, 1977, 631).

Naturalmente es requerido que los dependientes transferidos sean indispensables para el buen funcionamiento de la empresa (Cass. 10 de marzo de 1983, n. 1794, en *Giur. it.*, 1984, I, 1, 383), mientras la importancia de su número viene valorada caso por caso (para el examen de la doctrina y jurisprudencia extranjera Cfr. Di Martino en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 1362). Por otro lado, es irrelevante que la transferencia se realice sustrayendo colaboradores a la empresa competidora y transfiriéndolos como propios (Cfr. Rotondi, *Diritto industriale*, Padova, 1965, 495), o bien empleando dependientes ajenos sin que exista una salida formal en la empresa del tercero (Cfr. Biglia *Diritti relativi e concorrenza sleale*, Milano, 1983, 37; Trib. Napoli 29 de diciembre de 1977, en *Giur. ann. dir. ind.*, 1978 (1026), 193; Trib. Milano, 24 de noviembre de 1979, *ivi.*, 1979 (1215), 705; Pret. Como, 7 de enero de 1980 en *Riv. dir. ind.*, 1982, II, 90).

b) La inducción a violar deberes de confidencialidad

Es considerado ilícito el acuerdo concluido entre el tercero y el dependiente mediante el cual este abastece noticias, secretos y otras informaciones sobre lo concerniente a la empresa, si estas son idóneas para dañar la empresa en la que ha estado empleado (Trib. Milano 22 de junio de 1982, en *Giur. ann. dir. ind.*, 1982, 996). El ilícito del tercero se configura como participación en la violación de la obligación de fidelidad del dependiente, previsto por el artículo 2105 del Código Civil.

Doctrina y jurisprudencia están divididas sobre la amplitud de atribuir a la noción de «informaciones arrebatadas por el tercero», la calificación de ilicitud (Cfr. Ghidini, *La concorrenza sleale*, cit., 303, que restringe el deber a cargo del ex-dependiente solamente a aquella información expresamente declarada como secreta por el empleador, y así también Trib. Bologna 23 de julio de 1980 en *Giur. ann. dir. ind.*, 1980 (1329)). Por el contrario, es pacífica la opinión de que en esta *fattispecie* no se requiere de un particular *animus nocendi* por parte del tercero. Su necesaria conciencia de la precedente relación de trabajo es de por sí suficiente para configurar la violación contractual a título de participación. En este sentido, se debe recordar que bajo este perfil no resultan diferentes los casos de concurrencia del socio ilimitadamente responsable (artículo 2301 del Código Civil), del administrador de sociedad de capitales (artículo 2390 del Código Civil), del alienante de empresa (artículo 2557 del Código Civil); y ni siquiera la inducción al incumplimiento de los pactos de no competencia de los ex-dependientes (artículo 2125 del Código Civil) o de los pactos entre empresarios o promotores (artículo

2596 del Código Civil) (Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 19).

De todas estas hipótesis se evidencia que los jueces consideren necesario el *animus nocendi* para calificar el acto como incorrecto o ilícito. Sin embargo, salvo el reenvío a tratamientos específicos, en los cuales se ha dado más atención al caso en particular (Cfr. Auteri, *La concorrenza sleale*, cit., 407, que llega a afirmar la ilicitud no sólo cuando el objetivo del acto está preordenado a dañar al competidor, sino también cuando sea simplemente dirigido a apropiarse de ventajas de la organización ajena), el *animus* no debe ser objeto de una prueba directa, sino que puede ser también deducido de circunstancias subjetivas. En sustancia, no obstante el tenor de las máximas a veces no concordantes, se verifica la intencionalidad de causar daño a través de una objetivización de la conducta, llegando sustancialmente a reconocer un *dolus in re ipsa*. Aquello se verifica sobre todo en la *fattispecie* de transferencia de los dependientes o de auxiliares, mientras que en los casos de violación del pacto de exclusividad se tiene una construcción distinta. En este ámbito, sin embargo, es admitida también la responsabilidad del tercero cómplice a título de culpa, siendo suficiente la previsión de que el resultado de la conducta pueda ocasionar un daño (Cass., 4 de febrero de 1981, n. 742, cit.; Pret. Roma, 5 de junio de 1985 en *Giur. ann. dir. ind.*; 1986 (1999); App. Bologna 19 de febrero de 1985, *ivi.*, 1985 (1899), Cass. 15 de marzo de 1985, n. 2018 en *Giur. it.*, 1986, I, 1, 916).

c) La violación del pacto de exclusividad.

También en el caso de violación del pacto de exclusividad a través de la complicidad de un tercero, la prueba de semejante incumplimiento debe ser capaz de demostrar la conciencia por parte del tercero de la existencia del pacto, acompañada por un engaño preordenado (Trib. Trieste, 31 de enero de 1980 en *Riv. dir. ind.*, 1981, II, 126), o por el recurso a medios profesionalmente incorrectos (como la venta en zona exclusiva de productos de contrabando, de productos usados ofrecidos como nuevos, de productos robados, etc.; Trib. Torino 24 de marzo de 1980, en *Giur. ann. dir. ind.*, 1980, 303; App. Milano 30 de marzo de 1979, *ivi.*, 1979, 415). En sustancia, se afirma que «operar sobre el mercado en competencia con el empresario que ha obtenido una concesión de venta en exclusiva no constituye de por sí concurrencia desleal» (Cass., 15 de junio de 1974, n. 1754 en *Giust. civ.*, 1974, I, 1383).

d) La inducción a la violación del sistema de venta a precio impuesto.

Es conocido que la práctica de fijar un precio de venta para el público, así como aquella de subdividir territorialmente las zonas de venta por áreas geográficas para asignarlas en exclusividad, es uno de los modos a través de los cuales el productor se inserta en el proceso de distribución de su producto (Cfr. Santini, *Il commercio*, Bologna, 1979, 39 ss.; Id., *La vendita a prezzo imposto*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1051, texto y notas; Bonasi Benucci, *Il sistema di vendita a prezzo imposto*, en *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 464 ss.).

Sin embargo, cuando se habla de venta a precio impuesto se hace referencia a fenómenos heterogéneos. Una cosa es que el precio impuesto sea objeto del contrato de venta entre el productor y el mayorista, con la obligación para este último de respetarlo en los sucesivos contratos y así hasta el final, en donde el adquirente es el minorista. Otra cosa es que el minorista no esté vinculado por algún pacto frente al productor y adquiera y revenda a un precio diverso de aquel impuesto.

En el primer caso, el precio impuesto atribuye al minorista la calidad de promitente y al productor la de tercero, por lo que en la hipótesis de violación, el minorista responde contractualmente según las reglas del contrato a favor del tercero⁸; frente al productor: semejante figura de venta a precio impuesto viene dictada «sin lagunas» (Santini, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1045 ss.) y a través de la inserción en los contratos de distribución de cláusulas vejatorias (Cfr. trib. Monza 13 de enero de 1962 en Foro pad., 1963, I, 109), estando también previsto, normalmente, la inserción de cláusulas penales que liberan al productor de la prueba del daño. Salvo que el precio impuesto se traduzca en una violación del artículo 85 del Tratado de la Comunidad Económica Europea, en Italia tal pacto ha sido catalogado como lícito, con tal que sea limitado a plazos temporales precisos (Ragusa Maggiore, *Limiti di validità temporale della clausola di vendita a prezzo imposto*, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1966, 1255; Guglielmetti, *Limiti negoziali alla concorrenza*, Padova, 1961, 389) y responda a un apreciable interés del productor (Cfr. por último Alpa, *Tutela del consumatore e controlli sull'prezzo imposto*, en *Dir. giur.*, 1971, 325). En sustancia, se procede a una aplicación directa o analógica del artículo 1379 del Código Civil, con-

⁸ Nota del traductor: Que, en este caso vendría a ser el consumidor y no el productor. Es necesario distinguir entre la referencia al tercero como inductor al incumplimiento; de aquella mención dirigida al tercero como beneficiario del precio impuesto para el producto, en la que evidentemente coincide con la figura del consumidor.

siderando el pacto del precio impuesto como una modalidad de la prohibición de enajenar (así Ascarelli, *Teoria della concorrenza e dei beni immateriale*, Milano 1960, 95 ss.), o bien se concibe la cláusula como expresión de la autonomía privada según el artículo 1322 del Código Civil (Santini, en *Riv. Trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1050) tomándose de la norma precedente el criterio para asignarle tutelabilidad (para el examen de las experiencias extranjeras Di Martino, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1975, 371 ss.; Guglielmetti, *Prezzi imposti e contratti di distribuzione*, en *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 47 ss.; Markmance, *Chalmers Sale of Good act.*, 1979, London, 1981, 52; Callmann, *The Law of unfair competitions and trademark*, Chicago, 1945, 371 ss.).

En el segundo caso, el ilícito del minorista libre de pactos contractuales se configura como una típica hipótesis de concurso en un acto de competencia desleal, o bien, en ausencia de los presupuestos subjetivos, como un ilícito aquiliano. Sirve recordar que, en este ilícito el consumidor está siempre excluido, puesto que su interés es siempre y sólo aquel de adquirir un producto de buena calidad en las mejores condiciones del mercado. Para el consumidor, por ende, son del todo extrañas las relaciones entre productor-mayorista-minorista (Di Martino, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.* 1975, 1373, n. 37; Bonasi Benucci, en *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 477).

La orientación prevalente en Italia considera que la venta a precio inferior a aquel fijado, de por sí no constituye un ilícito, ni para el mayorista, ni para el minorista. Y aquello, aunque se haya tenido conocimiento del sistema de imposición de precios (en contra Bonasi Benucci, en *Riv. dir. comm.*, 1961, II, 473-475, ya criticados por Santini, en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1952, 1046 y 1045 ss.). La actividad del tercero, por lo tanto, aunque induzca al mayorista a violar el pacto, es lícita ya que no viola el artículo 41 de la Constitución (Guglielmetti, en *Riv. dir. ind.*, 1971, I, 72) al ser desarrollada en interés de los consumidores (Cfr. trib. Milano 18 de diciembre de 1967, en *Monit. trib.*, 1968, 277). También la jurisprudencia considera que la venta por debajo del precio fijado constituye una actividad lícita sea bajo el perfil concurrencial (Cfr. Trib. Milano, 3 de febrero de 1954, en *Riv. dir. ind.*, 1956, II, 198; Trib. Venecia, 28 de febrero de 1958, en *Foro pad.*, 1958, I, 778; Trib. Salerno, 12 de octubre de 1961 en *Riv. dir. comm.*, 1962, II, 464; Trib. Monza, 13 de enero de 1962, en *Foro pad.*, 1963, I, 109; Trib. Milano, 18 de diciembre de 1967, cit.; App. Milano 18 de junio de 1974, en *Giur. it.*, 1976, I, 2, 95), sea bajo el perfil de la responsabilidad extracontractual, siempre que, en-

tiéndose bien, no haya una razón diversa que determine la incorrección y la ilicitud de la conducta. Se ha considerado como tal la venta de bienes robados o de contrabando, y también la venta por debajo del costo dirigida a la monopolización del mercado (Cfr. App. Milano 10 de agosto de 1956, en *Riv. propr. intell. ind.*, 1956, 93; Id., 23 de enero de 1979, en *Giur. Ann. dir. ind.*; 1979, 265; Trib. Verona, 28 de diciembre de 1985, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1986, I, 515); o bien la venta dirigida a desacreditar la casa matriz a indisponerla con otros minoristas (Cfr. App. Messina, 21 de mayo de 1957, en *Giur. sic.*, 1957, 855).

No falta sin embargo una orientación contraria que considera la venta por debajo del costo como una actividad ilícita de por sí, en cuanto sería *in re ipsa* un acto de competencia desleal (Cfr. Trib. Milano, 16 febrero de 1982, ivi, 1982, 357; Cass. 21 de abril de 1983, n. 2743, en *Foro it.*, 1983, I, 1864, con nota crítica de Pardolesi, *Vendita sotto costo, annientamento del rivale, concorrenza sleale*). En posición intermedia está Mangini, *La vendita sotto costo come atto di concorrenza sleale*, en *Riv. dir. civ.*, 1962, I, 470, el cual reconoce una ilicitud en la rebaja de los precios efectuados con el fin de eliminar del mercado a los competidores, para después recuperarse con aumentos compensatorios económicos compensatorios en un momento sucesivo.

También en esta *fattispecie* de inducción al incumplimiento de naturaleza concurrencial, la actividad del cómplice es sometida a un examen bastante atento por parte de la jurisprudencia, que normalmente no considera suficiente la sola culpa. También este ilícito parece caracterizado por la sola presencia del dolo específico por parte del cómplice, que sustancia en la demostración de aquel *animus nocendi* que, proyectado sobre el plano causal, está en grado de explicar la eficiencia de su participación en el ilícito (Cfr. Cendon, *Il dolo nella responsabilità contrattuale*, cit., 45 ss.).

Con el compromiso de retomar la cuestión posteriormente, sólo nos queda por decir que, aparentemente en estos tipos de ilícitos el dolo, como simple criterio de imputación de la responsabilidad conjuntamente con la culpa (para un examen mas profundo de este punto Cfr. Franzoni, *Colpa presunta*, cit., 30 ss.), funge de instrumento para «atraer al campo aquiliano, y sancionar con la obligación de resarcimiento, comportamientos lesivos anteriormente irrelevantes» (Cendon, *Il dolo*, cit., 157); en otros términos, funciona como criterio de selección para determinar el área del daño resarcible, integrando así la cláusula de injusticia del daño.

6. LESIÓN DE LA AUTONOMÍA POR PARTE DE UN TERCERO MEDIANTE LA REALIZACIÓN DE HECHOS.

Hasta ahora se han puesto bajo examen las *fattispecies* de responsabilidad extracontractual por contrato, es decir aquellas hipótesis en las cuales el tercero se hace cómplice del incumplimiento de una precedente obligación, estipulando un contrato que resulta incompatible con ella. Quedan ahora por examinar los casos en los cuales el tercero interfiere en la actividad negocial del perjudicado mediante la realización de hechos cuyo resultado es producir un daño. Se ha hablado sobre el particular, de lesión de la libertad contractual en sentido positivo, cuando la actividad del tercero induce a concluir el contrato que, en otras circunstancias, no se habría concluido; y en sentido negativo, cuando la actividad del tercero induce a no concluir el contrato que normalmente se habría concluido (este esquema es propuesto por Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 9 y 12 ss.). En el primer caso el daño deriva de la conclusión de un contrato que provoca el empobrecimiento del contratante: se piensa en quien ha concedido un crédito confiando en información falsa sobre el estado económico de un sujeto que después ha resultado insolvente. En el segundo caso, el daño es consecuencia de la rotura de las tratativas en curso a causa de la difusión de noticias falsas sobre la persona del otro contratante o sobre la naturaleza u objeto del negocio⁹ por concluir (una amplia investigación sobre estos aspectos está dirigida por Alpa y Bessone, *I fatti illeciti*, cit., 191 ss., 251 ss.).

A la lesión de la libertad contractual en sentido positivo pertenecen diversas *fattispecies* de las cua-

les la jurisprudencia se ha ocupado, sobre todo en referencia a las informaciones erradas o inexactas llegadas a un banco, o bien, obtenidas de un banco. Se piensa en el caso del banco que suministre una línea de crédito en favor de un sujeto presentado, por ejemplo, con una *lettre de patronage* (Cfr. ATTI, *Il «patronage» e i gruppi di società: le fattispecie e il valore giuridico* en *Contr. impr.*, 1985, 878 ss.; Id., *la responsabilità del «patron» è, dunque, extracontrattuale*, *ivi*, 1986, 41 ss.); o bien, en el contrato concluido por un cliente sobre la base de información recibida del banco, quien brinda un servicio agregado para los clientes publicitado como accesorio a los otros servicios bancarios (Visintini, *I fatti illeciti*, cit., 449; Luminosa, *Responsabilità civile della banca per false o inesatte informazioni*, in *Riv. dir. comm.*, 1984, I, 189 ss.).

El problema se ha planteado sobre todo con referencia a las informaciones suministradas o recibidas por un banco; ya en el pasado la Corte de Apelación de Bologna, 25 de julio de 1964 (en *Foro pad.*, 1965, I, 462; Miccio, *Una strana forma di responsabilità aquiliana*, en *Note al Tribunale di Bologna*, 17 de octubre 1952, en *Giust. civ.*, 1953, I, 1010), ha afrontado el problema y negado la responsabilidad del tercero por otorgar falsa información, ya que en la *fattispecie* faltó la prueba de un engaño activo o de una maliciosa reticencia. Un caso que recientemente ha suscitado un ardoroso debate doctrinario ha sido aquel decidido por la Cass. 4 de mayo de 1982, n. 2765 (publicado en diversas revistas entre las cuales está *Giust. civ.*, 1982, I, 1745, con nota de Di Majo (1749) y de De Cupis (3104)), en donde el adquirente de un cuadro del conocido pintor de

⁹ **Nota del traductor:** Aclaremos que, en este caso el autor se refiere, con el término «negocio», a la actividad económica realizada con fines de lucro; puesto que, en la visita que realizara a nuestro país con ocasión del Primer Congreso Internacional de Derecho Civil Patrimonial organizado por la Pontificia Universidad Católica del Perú con motivo de su 75° aniversario, en una disertación titulada «El debate sobre el negocio jurídico», asumió la posición, defendida por GALGANO y por toda la escuela de Bologna, que menosprecia la figura del negocio jurídico, quitándole toda importancia sistemática y negándole la categoría general para su aplicación en un sistema que no la contempla expresamente, discutiendo en síntesis su tratamiento como categoría «lógica» o «analógica».

Lo cierto del caso es que dicha posición tiene como fundamento matices subjetivos, puesto que parte de la doctrina italiana tiene el desmedido afán de liberarse de lo que se ha venido denominando la influencia «tedesca» (alemana), y con ello eliminar toda institución que se identifique con dicho ordenamiento, siendo la figura del negocio jurídico la que se ofrece como el blanco de los ataques de la doctrina que sigue la mencionada orientación. Baste como ejemplo el leer los agravios realizados por GALGANO en su obra *Il negozio giuridico*, Dott. A. Giuffrè Editore Milano 1988, en contra de la construcción dogmática del negocio.

En lo particular somos de la opinión de que el negocio jurídico es una figura de gran utilidad, sobre todo cuando se desea investigar científicamente el ordenamiento de los actos vinculatorios de los privados, y cuando se quiere abstraer los principios generales con el fin de obtener una lógica que informe a todo el sistema. Además colabora en forma importante con las actividades heterointegrativas del ordenamiento cuando se trata de llenar las lagunas en el contenido de los actos autoregulatorios de los particulares (los negocios jurídicos). En nuestro país el único autor que ha analizado y difundido científicamente la construcción del negocio es sin duda alguna LIZARDO TABOADA CORDOVA, cuya última obra *La causa en el negocio jurídico*, ofrece un análisis teórico científico de altísimo valor para quienes seguimos luchando por el reconocimiento del negocio como eje principal sobre el cual se desarrolla la actividad autovinculadora de los sujetos; tarea inusitada en nuestro medio, en el que se pierde cada día mas el interés por este tipo de análisis, convirtiendo muchas veces al Derecho en un simple instrumento de aplicación de las normas.

Debemos por tanto recordar las monumentales obras de EMILIO BETTI, *Teoria generale del negozio giuridico*; RENATO SCOGNAMIGLIO, *Contributo alla teoria del negozio giuridico*; LUIGI CARIOTA FERRARA, *Il negozio giuridico*; CLAUDIO VARONNE, *Ideologia e dottrina nella teoria del negozio giuridico*; y la obra conjunta de BIGLIAZZI-GERI, BRECCIA, BUSNELLI y NATOLI, *Derecho Civil*; entre otras, en las que se deja entrever que gran parte de la doctrina italiana todavía considera útil a la figura del negocio jurídico.

Chirico había demandado a este último, por cuanto, viendo el cuadro, este habría reconocido la autenticidad de su firma colocada sobre el borde de la tela, firma autenticada por el notario, pero había desconocido la paternidad de la pintura. El adquirente solicita y obtiene el resarcimiento del pintor, el cual, con su comportamiento contradictorio, lo había inducido a error sobre la conclusión del contrato, causándole así una pérdida patrimonial.

Salvo en el caso de las informaciones dadas por el banco suministrante al banco solicitante acerca de la existencia de fondos suficientes para el pago de un cheque de cuenta corriente, la denominada garantía de «buenos fondos» a partir de la cual la jurisprudencia hasta los años 50 había encontrado una responsabilidad extracontractual de la banca suministrante (Cfr. Cass. 7 de febrero de 1979, n. 820, en *Resp. civ. prev.*, 1979, 486 y las otras sentencias citadas en su motivación; Giordano Rao Torres, *Responsabilità per falsa informazione nei rapporti tra banche*, en *Resp. civ. prev.*, 1980, 310 ss.), todas las hipótesis deben ser preliminarmente examinadas bajo el perfil de la existencia de un deber de información (Ranieri, *La responsabilità da false informazioni*, en *Giur. comm.*, 1976, I, 630 ss.). En verdad, si el informador o el banco difunden noticias a los sujetos solicitantes, por estar ligados a ellos mediante un vínculo contractual, la falsedad de las informaciones que ocasiona un daño constituye un incumplimiento regulado por el artículo 1218 del Código Civil. Pero estos casos no están comprendidos en el objeto del presente estudio (Cfr. Trib. Napoli, 26 de julio de 1957 en *Temi nap.*, 1958, I, 320; Cass. 6 de enero de 1984, n. 8753, en *Resp. civ. prev.*, 1984, 674, en los cuales el informador era un mediador o un agente de información comercial). Precisemos que la más reciente doctrina configura el servicio de información ofrecido por los propios bancos, en torno a las cuentas de los cuentacorrentistas, como un deber de naturaleza contractual accesorio a la relación de cuenta corriente, junto con los otros servicios a ella vinculados (Visintini, *I fatti illeciti cit.*, 449; Alpa, *Appunti sul danno da informazione economica*, en *Resp. civ. prev.*, 1977, 523 ss.; Cfr. además en otra parte de la presente obra).

Esta primera aproximación al interior del daño por información es útil para establecer *a priori* el tratamiento aplicable, pero sobre todo es útil para delimitar el campo de indagación únicamente a aquellas hipótesis en las cuales se debate sobre la resarcibilidad de acuerdo a la cláusula general de injusticia. Quien recientemente ha investigado este campo, casi ha individualizado una constante entre

esta categoría de daños y aquella originada por la inducción al incumplimiento mediante la conclusión de un contrato incompatible con las obligaciones asumidas con anterioridad. Esta constante se encuentra en el hecho de que ambas están caracterizadas por la necesaria presencia del dolo en la conducta del tercero, salvo que los deberes de información deriven de usos bancarios o de la ley (Cfr. Visintini, *I fatti illeciti*, cit. 448). A este segundo grupo pertenecen los casos como aquellos decididos por la Cass. 7 de febrero de 1979, n. 820, cit., sobre el tema de la responsabilidad del banco suministrante por haber brindado erróneamente la información de contar con fondos suficientes para una determinada operación. En este caso existe, en efecto, una práctica bancaria en base a la cual los bancos intercambian información que se presume verdadera en interés de la totalidad del sistema bancario. El daño injusto está dado aquí por la negligente información que causa un empobrecimiento injustificado en el patrimonio del informado.

Todos los otros casos, dado que no se ha codificado un derecho a obtener una correcta información (Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 11), ni un deber general de los asociados a declarar siempre la verdad, constituyen hipótesis de daño injusto cuando vulneran un interés que es merecedor de protección, así como cuando un interés análogo encuentra tutela en un ámbito distinto al Código Civil. El juicio acerca del merecimiento de tutela del interés lesionado, que se ha puesto como base de la valoración sobre la injusticia del daño, puede en efecto extenderse a intereses diversos de los derechos nominados. «Por lo que poco importa que el método utilizado sea aquel de calificar, como derechos, intereses jurídicamente relevantes, que no son derechos estrictamente considerados por la norma. Se trata de un tributo que los jueces pagan a la exigencia de un sistema de tutela que aún se basa sobre la titularidad de derechos subjetivos» (Di Majo, en *Giust. civ.*, 1982, I, 1750, comentando la sentencia sobre el caso De Chirico en la parte considerativa del fallo, en la que se alude al artículo 41 de la Constitución, considerando el derecho de autodeterminarse libremente en el desarrollo de la actividad negocial; y al artículo 2 de la Constitución, en cuanto se refiere a la confianza sobre la veracidad de las declaraciones).

Los casos de responsabilidad por haber contratado como consencuencia de información falsa, dan lugar a un interés que es tutelado en el ámbito contractual por el artículo 1439, 2o. párrafo, del Código Civil, que prevé la anulación del contrato por dolo aunque haya sido

perpetrado por un tercero¹⁰. «Pero si la acción contractual no le es conferida (porque no puede probar que el engaño del tercero era conocido por el otro contratante) o es inútil (porque el otro contratante es insolvente), no queda otro remedio para el adquirente que la acción extracontractual por daño contra el tercero» (Galgano, en *Contr. impr.* 1985, 11). Norma igualmente utilizable para tal efecto es aquella del artículo 1440 del Código Civil que prevé en caso de dolo incidental, el resarcimiento del daño por parte del contratante de mala fe.

En estos casos la injusticia del daño está dirigida a tutelar un interés que en el ámbito contractual encuentra una protección típica a través de un complejo de normas dirigidas a garantizar la libertad de contratar. El mismo interés tutelado en el ámbito contractual puede encontrar su reconocimiento a través de la cláusula general de injusticia: siendo ésta la manera más correcta de interpretar tal cláusula, atribuyéndole un contenido preciso en relación al caso por decidir.

Se ha dicho ya que la libertad contractual puede ser lesionada también en sentido negativo: es decir, cuando las falsas informaciones induzcan a no concluir un contrato que, sin ese factor, se habría concluido. Se trata, en otros términos, de pensar en un caso opuesto a aquel De Chirico, en el cual el pintor, por los más múltiples motivos, repudia la paternidad de un cuadro auténtico, interrumpiendo así las tratativas entre un potencial adquirente y un galerista. Tal proceso ha efectivamente ocurrido y ha visto sucumbir al conocido pintor frente a la demanda de daños interpuesta por el galerista, al menos en dos instancias (cfr. Trib. Roma, 21 de enero de 1989, en *Corr. giur.*, 1989, 860, con nota de Carbone; App. Milano, 14 de enero de 1975, en *Arch. civ.*, 1975, 894).

A esta especie de lesión han sido reconducidos los daños sufridos por empresarios a causa de la divulgación de noticias falsas sobre productos industriales publicadas en diarios o periódicos: los denominados *Warentests*. Naturalmente este caso es muy diferente de aquel en el cual el descrédito se refiere a la persona del empresario, y constituye por ello la lesión de un derecho de la personalidad (cfr. Giuliani, en *Contr. impr.*, 1985, 80 ss., 82 ss.; Alpa Bessone, *I fatti illeciti*, cit., 204 ss.). Se debe además recordar que doctrina y jurisprudencia concuerdan en considerar

que el descrédito de los productos no constituye violación de un derecho fundamental e inviolable; así como que la libre iniciativa económica-privada no es una situación subjetiva referible a la persona del empresario (así Trib. Roma 23 de julio de 1984, en *Foro it.*, 1984, I, 1969, con nota de Troiano, que en su motivación cita a la Corte Constitucional, 17 de abril de 1969, n. 84; Trib. Milano, 28 de setiembre de 1972, en *Giur. it.*, 1973, I, 2, 1, reformada por la Corte de Apelación Milano, 16 de octubre de 1973, en *Giur. Ann. dir. ind.*, 1973, 1192 (403), sobre el punto de la falta de relación de causalidad. Cfr. las fundamentadas reservas de Visintini, *I fatti illeciti*, cit., 425, según las cuales los casos particulares vienen resueltos valorando los límites que la jurisprudencia ha puesto al delito de difamación, llegando con ello a afirmar la existencia del derecho que se niega en el comienzo del razonamiento).

Ni siquiera pueden ser invocadas, para tal efecto, las reglas individuales para la condena del tercero a título de concurso. En verdad, aquí no es posible encontrar complicidad alguna; ni siquiera cuando se tenga la prueba de que, inmediatamente después de la difusión del equivocado texto comparativo, haya existido un rompimiento en las tratativas (cfr. Trib. Milano, 28 de setiembre de 1972, cit., dato al cual parece atribuir notable importancia Giuliani, en *Contr. impr.*, 1985, 87 ss, según el cual sólo en estas condiciones existe la prueba del daño, mientras que en caso contrario se está en el ámbito del peligro de daño, no tutelable según las reglas de los artículos 1223 ss del Código Civil; en sentido contrario Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 13 y Visintini, *I fatti illeciti* cit. 424 ss. para los cuales la prueba de la ruptura de las tratativas importa sólo para la cuantificación del daño, pero no para demostrar su existencia). En este caso no se puede hablar de tutela de un contrato, porque el contrato no existe, ni se puede construir el ilícito sobre el falso supuesto de la lesión de un derecho de crédito porque falta una obligación.

Ni siquiera se puede recurrir a la figura del ilícito doloso, ya que muy frecuentemente las pruebas técnicas no configuran en sí mismas algún *animus nocendi* en lo que respecta al fabricante de los productos. Puede sin embargo tomarse en consideración la lesión de la expectativa de vender al mejor precio los productos elaborados, expectativa perjudicada por la difusión del *Warentest*. A esta se con-

¹⁰ **Nota del traductor:** Aunque el Código Civil italiano y peruano consideren al dolo como una causal de anulabilidad del negocio, en lo particular somos de la opinión que el dolo, al incidir tan preponderantemente sobre la voluntariedad, propiciaría que el acto declarativo pueda ser considerado en algunos casos, como aparente, conllevando a que se pueda calificar a la declaración como inexistente, por lo que se generaría un supuesto reconducible al art. 1219 inc. 1 del Código Civil peruano.

Por demás no queda claro como se pueda otorgar eficacia, aunque en forma provisional, a una declaración producto de un engaño intencional sobre el declarante.

trapone el derecho de quien publica o divulga, en otras formas, tales investigaciones, derecho que, además puede fundarse directamente sobre el artículo 21 de la Constitución, dirigido a garantizar una correcta información al consumidor, necesaria para asegurar la transparencia del mercado, la que sirve de presupuesto al funcionamiento de la libre competencia.

El interés de contratar válidamente, por lo tanto, se contrapone con el derecho constitucionalmente garantizado a una libre información; y en este contexto el primero puede prevalecer en tanto la publicación de datos científicos errados fuese reconocible por un periodista de mediana preparación profesional. Sólo en estas condiciones la actividad del informante es *non iure*, es decir, no está justificada según el ordenamiento jurídico, y conlleva a entender que existe una dolosa preordenación dirigida a ocasionar daños a los intereses ajenos (así Trib. Roma 23 de julio de 1984, cit., con precedentes ulteriores citados en la parte final de la motivación). Con la precisión que tal hipótesis conlleva, porque el interés protegido es aquél de los artículos 1338 y 1398 del Código Civil, el daño resarcible está limitado al interés contractual negativo, y no ya al perjuicio sufrido por la falta de conclusión del negocio. No sería en efecto congruente atribuir al contratante, en lo que respecta al tercero, derechos de amplitud superior a aquellos que puede actuar contra el falso procurador de aquellos que injustificadamente han frustrado las tratativas (así Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 13 ss.; Vettori, *La violazione del contratto*, cit., 327).

7. EL CASO PENNZOIL-TEXACO.

Para terminar esta investigación sobre las diversas *fattispecie* de responsabilidad por interferencia de un tercero en la actividad contractual de otros, vale la pena referirse brevemente a un caso que ha monopolizado la opinión pública americana y que no ha dejado de atraer la atención de los comparatistas. En efecto, la Pennzoil anunció una oferta pública de venta (*tender offer*) de las acciones de la Getty Oil y paralelamente inició una tratativa para llegar a la restructuración de la Getty y a la gestión conjunta de ambas empresas operando una fusión (un amplio examen del *Memorandum of Agreement* está dirigido por Draetta, *Criteri redazionali di lettere di intento alla luce dei casi Pennzoil e Sme*, en *Dir. comm. internaz.*, 1987, 243 ss.). Estaba en juego la explotación de pozos petroleros de propiedad de la Getty lo cual interesaba también a la Texaco. Apenas fue publicada por la prensa la noticia de que se había llegado a un acuerdo entre la Pennzoil y la Getty para proceder a la fusión, la Texaco contactó con la Getty y, en los dos días siguientes, adquirió de

los propietarios el capital accionario mayoritario de la sociedad, anunciando a la prensa además la próxima aprobación por parte del concejo de administración de la Getty. En el contrato fue inserta la cláusula mediante la cual los vendedores se comprometían a proteger al adquirente de las eventuales acciones por daños interpuestas por la Pennzoil.

Este particular caso de inducción al incumplimiento (*tort of inducing breach*), mas allá de la singularidad de la investigación, se presenta especialmente significativo para lo que se refiere al monto del resarcimiento que, sumando *compensative and punitive damages* (daños compensatorios y punitivos), ascendía fácilmente a los diez mil millones de dólares. Con toda certeza se trata del resarcimiento de daños de importe más alto en toda la historia de la economía capitalista.

Dejando de lado el examen de la compleja investigación judicial en sus diferentes fases (Marino, *La responsabilità da induzione all'inadempimento (il caso Pennzoil-Texaco)*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 850 ss.; Pardolesi, en *Foro it.*, 1987, IV, 297 ss.) y los aspectos relativos a los *punitives damages* (Cfr. Ponzanelli, *I punitive damages, Il caso Texaco e Il diritto italiano* en *Riv. dir. civ.*, 1987, I, 405 ss.), alguna observación puede ser desarrollada sobre la función del *tort of inducing breach*.

Esta institución seguramente ha perdido en el sistema del *Common Law* su originaria función punitiva en lo referente al que transfiere el *servant* al *master* (Cfr. Ziccardi, *L'induzione all'inadempimento*, cit., cap. I). Consecuentemente, ha venido a menos la discusión sobre un preciso intento de causar un daño por parte del tercero cómplice, para que pueda existir un pronunciamiento sobre la responsabilidad. Es suficiente que éste conozca el vínculo contractual sobre el cual interfiere, no siendo necesario que conozca en detalle el acuerdo y el significado legal de los pactos contractuales, y que el tercero induzca o persuada al contratante a no cumplir (Cfr. Marino, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1988, 858 ss.). En sustancia, no es requerido el dolo específico por parte del cómplice para pronunciarse sobre su responsabilidad, elemento éste deducible de su concreta intención de producir un daño mediante el incumplimiento, sino que solamente es suficiente la prueba de la voluntariedad del evento por parte del tercero, quien conoce de la existencia de un contrato válido, en cuya ejecución interfiere. Se tiene entonces, un evidente menoscabo de los intereses de uno de los contratantes producido por la conducta del tercero, según la naturaleza del interés del contratante perjudicado que haya sido lesionado. Aquello, como se ha evidenciado en el caso examinado, ha llevado a la

creación de nuevas figuras de ilícitos etiquetadas como *property rights*, consistentes en derechos contractuales o en meras expectativas económicas.

La Corte Estadounidense ha considerado que, en el caso tratado, la publicidad dada al contacto comercial entre la Getty y la Pennzoil, el precio de 28 dólares de más por acción ofertada en relación al precio ofrecido en la *tender offer* de la Pennzoil, y la cláusula de protección contenida en el contrato celebrado entre la Texaco y los detentadores del capital de control de la Getty, han sido elementos de por sí suficientes para configurar el *Tort of inducing breach*. No es posible prever si el precedente (el fallo) asumirá en el futuro la categoría de un *leading case*, pero lo cierto es que este pronunciamiento está destinado a inaugurar nuevos horizontes en los cuales la inducción al incumplimiento pueda escapar de su tradicional calificación entre los ilícitos de dolo unidos a un específico *animus nocendi*.

8. ¿INDUCCIÓN AL INCUMPLIMIENTO O LESIÓN DE LA PROPIEDAD EN LA INFLUENCIA PERJUDICIAL EJERCIDA POR LA SOCIEDAD DOMINANTE?

El problema se plantea en el supuesto de que existan dos sociedades, una de las cuales está en posición de dominio, y se quiera encontrar una responsabilidad aquiliana de la dominante (y de sus administradores en conjunto) en lo que respecta a la dominada por el daño que ésta ha sufrido como consecuencia de la ilícita interferencia en la propia actividad social. Se plantea además el caso cuando son dañados los socios en minoría de la sociedad controlada y el daño consista en la pérdida de valor de las acciones poseídas, o bien, cuando los terceros acreedores de la sociedad controlada sean dañados por el incumplimiento de las obligaciones asumidas por esta última. Este fenómeno ha sido normalmente estudiado con referencia a los grupos en los cuales pueden surgir situaciones de conflicto de intereses bastante típicos. Me refiero a la situación que se crea cuando, con la contraposición de intereses contractuales entre sociedades diferentes, se tienda a privilegiar solamente la posición de alguna de ellas en detrimento de las otras. De aquello deriva que, en tal situación, los perjudicados son sólo los socios de la minoría de la sociedad controlada y, en caso de insolvencia, la propia sociedad controlada y los acreedores sociales (Cfr. Allergi, *Contributo allo studio della responsabilità civile degli amministratori*, Milano, 1979, 181 ss.; Libonati, *Il gruppo insolvente*, Firenze, 1981, 202 ss.).

Recientemente, sin embargo, se ha sometido al examen de la jurisprudencia un caso de interferencia

ilícita en la actividad de la sociedad controlada que, desde el punto de vista fáctico, y por el modo en el cual ha sido resuelto, prescinde de la necesidad de pronunciarse sobre la responsabilidad en base al presupuesto de la existencia de un grupo que se mueva según una dirección unitaria.

Esta *fattispecie* de daño recibe un tratamiento expreso en la ley accionaria alemana de 1965, que en su párrafo 317 prevé una responsabilidad de la sociedad dominante que ha inducido a la sociedad dependiente a concluir contratos perjudiciales o a asumir decisiones con resultados de por sí perjudiciales. Análoga responsabilidad está prevista en favor de los socios de la sociedad dominada por el daño que hayan sufrido independientemente del perjuicio sufrido por la sociedad (Cfr. para el examen de todos estos problemas Galgano, *Le società per azioni*, en *Trattato di dir. comm.*, VII, Padova, 1988, 206 ss.; Id., *Responsabilità della società controllante per la pregiudizievole influenza esercitata sulla società controllata*, en *Contr. impr.*, 1988, 359 ss.). Este tipo de responsabilidad, que no puede definirse como contractual, está dirigida a tutelar el interés de la sociedad controlada, de los socios minoritarios y de los acreedores sociales, interés que se encuadra en la cláusula de injusticia del artículo 2043 del Código Civil, bajo la forma del derecho a la conservación del propio patrimonio (así Trib. Orvieto, 4 de setiembre de 1987, en *Giur. it.*, 1988, I, 2, 86). Ella encuentra la fuente de legitimación en el artículo 3, último párrafo, D.L. N. 26 de 1979 (convertido en la Ley 3 de abril de 1979, n. 95, mejor conocida como la Ley Prodi), sobre la administración extraordinaria de las grandes empresas en crisis (Cfr. Jaeger, *La responsabilità solidale degli amministratori della capogruppo nella legge sull'amministrazione straordinaria*, en *Giur. comm.* 1981, I, 407 ss.; Borgioli, «*Direzione unitaria*» e responsabilità nell'amministrazione straordinaria, en *Riv. soc.*, 1982, 13 ss.; Cass., 3 de noviembre de 1983, n. 6469, en *Dir. fall.*, 1984, II, 90, con nota de Ragusa Maggiore), y en el artículo 2395 del Código Civil. La primera norma establece que los administradores de la sociedad que ha ejercido la dirección responden *in solidum* con los administradores de la sociedad administrada por los daños que ésta hubiera sufrido, sobre la base del ligamen societario y de una dirección unitaria del grupo (Cfr. Maffei Alberti, *Provvedimenti urgenti per l'amministrazione delle grandi imprese in crisi*, en *Le nuove leggi civ. comm.*, 1979, 754 ss. que ha subrayado las numerosas carencias técnicas de la formulación de la norma). La segunda norma prevé una responsabilidad directa de los administradores por los daños sufridos por los socios o por los terceros a causa de sus actos dolosos o culposos (Galgano, *La società per azioni*, cit., 211 ss.; Carnevali, *La responsabilità civile degli amministratori per danno ai risparmiatori*, en *Contr. impr.*, 1988, 83 ss.).

El interés protegido a través de la cláusula general de injusticia en el caso propuesto es igual al tipificado por el artículo 3 de la Ley Prodi y por el artículo 2395 del Código Civil. Cuando la empresa controlada estuviese en administración extraordinaria sería aplicable la *fattispecie* típica, y análogamente sería aplicable el artículo 2395 del Código Civil, cuando el daño fuese causado por los mismos administradores de la sociedad. Pero fuera de estas hipótesis típicas, el interés del socio perjudicado puede recibir tutela bajo el perfil de la injusticia del daño, y es tal, aquél ocasionado por la sociedad controlante o por sus administradores en el ejercicio de una perjudicial influencia sobre la sociedad dominada.

El interés digno de tutela de la sociedad y del socio perjudicado ha sido indicado resumidamente por el Trib. Orvieto, 4 de setiembre de 1987, cit., como el «deber de no dañar injustamente la integridad del patrimonio ajeno». Fórmula análoga ha sido adoptada por la Cass. 4 de mayo de 1982, n. 2765, cit., para el caso De Chirico, y también por la Id., 25 de julio de 1986, n. 4755, en *Nuova giur. civ. comm.*, 1987, I, 386 ss. Esta, ha sido ya considerada como una definición de intereses lesionados que no brilla particularmente por su claridad: dañar la integridad patrimonial de un sujeto no significa necesariamente producir un daño a su patrimonio (Cfr. Di Majo, *Il problema del danno al patrimonio*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, 315 ss.; Alpa, *La ingiustizia del danno*, en Alpa Bessone, *La responsabilità civile*, I, Torino, 1987, 192 ss.; Galgano, en *Contr. impr.*, 1985, 11). Sin embargo, la sola calificación del daño como perjuicio patrimonial no es suficiente para determinar la resarcibilidad. El interés que en realidad resulta protegido es, en una primera aproximación, aquel encaminado a la ejecución del contrato una vez que éste ha sido válidamente estipulado; es la expectativa de la realización del objeto social que asume diversos lineamientos según los sujetos que la hacen valer. Para la sociedad dependiente perjudicada por la interferencia de la dominante y de sus administradores, tal interés se traduce patrimonialmente en el daño por pérdida del capital social y se verifica normalmente sólo en caso de disolución, mientras que para los socios de la sociedad controlada el daño se traduce en la pérdida del valor de las opciones y de las cuotas poseídas. En este sector de ilícitos la individualización del interés lesionado que denota el Trib. Orvieto es menos genérico de aquel encontrado por la Cass. en otras sentencias ya citadas. Mientras en aquellas, la lesión de la integridad del patrimonio ajeno no es sino la transposición sobre el plano del daño del incierto principio del *neminem laedere*, esta lesión en particular encuentra en el artículo 2394, I parágrafo, del Código Civil una precisa referencia: «los administradores responden

frente a los acreedores sociales por la inobservancia de los deberes inherentes a la conservación de la integridad del patrimonio social». En este sector, por lo tanto, cuando se hace referencia a la tutela del patrimonio ajeno injustamente lesionado, se entienden tutelados contextualmente los intereses sobre la propiedad de la sociedad (patrimonio social), que se reflejan sobre el contenido del derecho de propiedad de los accionistas representados por los valores de las acciones y de las cuotas. Sin embargo, el daño se verifica como consecuencia de la violación de obligaciones que incumben a los administradores de la sociedad controlada. Esto trae como consecuencia que la tutela del interés del acreedor en el cumplimiento termine por expresar el modo equivalente del interés por la conservación del propio patrimonio, en el sentido de que los dos puntos de vista describen el aspecto dinámico y el aspecto estático del mismo fenómeno.

Por estos daños pueden responder conjuntamente los administradores de la sociedad controlante, la misma sociedad controlante, e incluso los administradores de la sociedad controlada. Estos últimos, aún siendo ejecutores de una voluntad externa, no dejan de ser exonerados de la observancia de las obligaciones que les incumben por el cargo que ostentan (Bonelli, *La responsabilità della società controllante per gli illeciti delle proprie controllate*, en *Dir. comm. internaz.*, 1987, 354, con nota al caso «Amoco Cadiz», 18 abril 1984).

Las modalidades mediante las cuales se produce el daño son múltiples y envuelven frecuentemente difíciles indagaciones sobre el plano de la relación de causalidad (sobre este aspecto insiste en modo particular Scognamiglio, *La responsabilità della società capogruppo: problemi ed orientamenti*, en *Riv. dir. civ.*, 1988, I, 388). Puede ser difícilmente demostrable que, siguiendo las directivas impartidas por la sociedad controlante a través de sus administradores, se haya verificado la ocurrencia de un daño, y ello al menos por dos razones. La primera es que la relación de dependencia entre las sociedades no se traduce en la obligación para la sociedad dominada de adecuarse a las directivas del socio de la mayoría: los administradores de la sociedad son llamados (formalmente) a rendir cuentas sólo a la asamblea y no a cada socio en particular. La segunda es que la relación de dominio se expresa mediante la participación en el control de la asamblea de la sociedad dependiente. Por ello se debería dar importancia al hecho de que, frecuentemente, las directivas de la sociedad controlada deberían estar dirigidas a realizar los intereses comunes de las dos sociedades (Cfr. Bonelli, en *Dir. comm. internaz.* 1987, 351, según el cual se debe tratar de un control capaz de hacer

que las sociedades dominadas aparezcan como instrumentos de la planificación de la sociedad controlante, y que en sustancia resulte una unidad empresarial).

El caso decidido por el Trib. Orvieto demuestra lo contrario, y es sintomático que la acción de daños haya sido promovida también por los socios minoritarios de la sociedad controlada. Es decir, por quienes en la práctica pueden representar intereses afectados por la preponderancia de los intereses del grupo.

Se ha observado finalmente que, contrariamente a las hipótesis más frecuentes de inducción al incumplimiento, en esta *fattispecie* no es requerido el dolo del cómplice en la forma de un específico *animus nocendi*. Ni el artículo 3 de la Ley Prodi, ni el artículo 2395 del Código Civil, y ni siquiera el parágrafo 317 de la Ley accionaria alemana lo requieren expresamente. Es necesario en cambio, la prueba del incumplimiento de los administradores de la sociedad dañada con respecto de las obligaciones que les incumben, siendo necesaria además la prueba de que tal violación es derivada directamente de la actividad de la sociedad controlante, o bien de que ésta ha participado de algún modo en el incumplimiento. Dadas ciertas condiciones, la interferencia de la sociedad controlante y de sus administradores deviene en ilícita y como tal es fuente de responsabilidad.

Aquello que la sentencia del Trib. Orvieto ha puesto en evidencia es que la sociedad controlante responde por un hecho propio, inclusive en concurso con los administradores de la sociedad controlada. Por lo que la norma a la que se debe hacer referencia es el artículo 2043 del Código Civil y no ya el artículo

2049 del Código Civil, porque es la ilícita interferencia con sus consecuencias la que califica la conducta, constituyendo el criterio de imputación; y no la relación de prevalencia que no subsiste de ninguna manera en el caso tratado (sobre este punto disiente Bonelli, en *Dir. comm. internaz.*, 1987, 348). Pero hay más. Del examen de la sentencia emerge que la *ratio decidendi* no se ha formado indagando sobre los conceptos «dirección unitaria», «grupo de empresas», «unidad empresarial, no obstante el fraccionamiento de la hacienda»; éste habría sido el modo más lógico de resolver el caso aplicando analógicamente el artículo 3 de la Ley Prodi. En cambio, el tribunal ha tenido bien presente la relación de control bajo los más diversos aspectos, tales como el poder de dominio del administrador delegado por parte del socio de la mayoría, con el objeto de deducir la responsabilidad, o por la constatación de la presencia de un grupo con dirección unitaria, y con ello poder verificar las modalidades por medio de las cuales se ha llevado a cabo la interferencia ilícita de la sociedad controlante. En sustancia, la empresa controlante ha sido declarada responsable una vez admitida la negligencia de los administradores de la sociedad controlada, consistente en la elaboración de un plan de restructuración y mejora que resulta desastroso, atendiendo a que la labor de los administradores no era autónoma ni independiente y a que éstos eran meros ejecutores de la voluntad de la sociedad controlante. De ello se explica cómo la solución del caso haya seguido principios afirmados en aplicación de la cláusula general del artículo 2043 del Código Civil, bien teniendo sobre su base el modelo del artículo 3 de la Ley Prodi, el de los artículos 2395 y 2394 del Código Civil, en lo que se refiere a la definición del interés lesionado.