



Tutela Aquiliana

Tesina de la Carrera de Derecho de la Universidad de Valparaíso
Chile.

Alumnos: **Loretto Cortés Villarreal**
Jaime Piña Alvear
Profesor Guía: **Pamela Prado Lòpez.**
Agosto 2010.

Índice

- I. Los derechos de crédito y la tutela aquiliana.
 - 1.1 Eficacia de los derechos de crédito.
 - 1.2 Protección de los derechos de crédito.
 - 1.3 Circunstancias bajo las cuales puede resultar lesionado un crédito por un tercero.
 - 1.4 Argumentos a favor y en contra de las acciones indemnizatorias.

2. Tutela aquiliana en el derecho comparado.
 - 2.1 Derecho Francés
 - 2.2 Derecho Italiano
 - 2.3 Derecho Alemán

3. Grupos de casos
 - 3.1 Caso SEUR
 - 3.2 Caso Tarjeta de Crédito
 - 3.3 Caso Top Toys vs. Hasbro

4. La tutela aquiliana en el Derecho Chileno.

5. Los contratos incompatibles como hipótesis de lesión del derecho de crédito.
 - 5.1 Contratos incompatibles.
 - 5.2 Medios de protección del acreedor.
 - 5.2.1 Responsabilidad del deudor.
 - 5.2.2 Responsabilidad del tercero.
 - 5.2.3 Acción de reparación.
 - 5.2.4 Concurso de responsabilidades.

Introducción

En la actualidad, una de las herramientas más utilizadas en el plano económico, es la figura del contrato y sus diversas clases.

Este vínculo que surge entre partes, crea entre ellas tanto derechos como obligaciones recíprocas, convirtiéndolas usualmente en acreedoras y deudoras a la vez, sin perjuicio de los contratos unilaterales.

Al hablar de las obligaciones que surgen, se nos presenta -durante la vigencia del contrato- una posibilidad, que es la situación que se produce cuando una de las partes incumple sus prestaciones. Diversas causas pueden ser el origen de esta situación, siendo el centro de nuestra investigación una de ellas, concretamente, la intervención de terceros, extraños a la relación contractual.

La intervención de un tercero, nos introduce en un problema al momento de determinar el grado de responsabilidad que éste puede tener en el incumplimiento de una obligación, en cuyo origen no ha participado. Esto debido, a que no podemos desconocer el llamado efecto relativo de los contratos, que en nuestro Derecho se le reconoce a los créditos, en virtud del cual, el acreedor sólo puede hacer valer responsabilidad a su contraparte -deudor- por no cumplir lo pactado.

Sin embargo, es menester preguntarse ¿qué ocurre con el tercero y su responsabilidad en el hecho?, ¿es posible configurar realmente responsabilidad y bajo qué régimen?

El tema a tratar es la llamada “tutela aquiliana del crédito”, figura que se nos muestra como un modo de protección para el acreedor que no ha podido satisfacer su interés, posibilitándolo para obtener una reparación por parte de este tercero que ha impedido el cumplimiento del contrato.

Siendo así, ahondaremos en uno de los casos posibles, que es aquel que se da cuando se celebra un contrato entre dos partes, en la época de cumplimiento, una de ellas no cumple debido a otro contrato celebrado entre ésta y un tercero, que imposibilita llevar a cabo la prestación del primero. Nos situamos en el ámbito de los contratos incompatibles.

Creemos que este es un tema de profundo interés debido siendo un tema tratado desde el siglo pasado en la doctrina occidental dentro del área de la responsabilidad civil extracontractual, nuestra doctrina no se ha preocupado de realizar un análisis más profundo de esta institución, a diferencia de lo que ocurre a nivel comparado, especialmente por la vía jurisprudencial, esto principalmente por la gran variedad de casos que han captado el interés de los estudiosos del derecho, los que se analizarán en el desarrollo de este trabajo.

El enfoque central de esta tesina será intentar demostrar si de acuerdo a las normas vigentes en nuestro ordenamiento jurídico, ¿es realmente posible perseguir la

responsabilidad de un tercero que interfiere en un contrato ajeno?, y en caso afirmativo, ¿cuáles serían las vías para ello?, y además, clarificar que es lo que ocurre en el caso en que tanto deudor como tercero, actuando de forma conjunta y dolosa, se conciertan para incumplir un crédito determinado, con la intención de causar daño al acreedor.

Por lo tanto, no nos limitaremos solamente a la responsabilidad de este tercero, y aunque no cabe duda que nuestro acreedor puede dirigirse contra su deudor vía responsabilidad civil contractual, podríamos postular que su responsabilidad no corresponde restringirla sólo al mencionado régimen de responsabilidad sino que, por su grado de compromiso con el tercero y el perjuicio provocado al acreedor podríamos llegar más allá y pensar que también debe responder extracontractualmente, lo que nos lleva a un caso de concurrencia o concurso de responsabilidades interesante de resolver para estos efectos.

La metodología que utilizaremos para estos efectos será haciendo referencia principalmente a la dogmática jurídica contemporánea y de las últimas décadas, tanto chilena como extranjera.

En el capítulo 1, realizaremos un estudio preliminar sobre la protección que le brinda nuestro ordenamiento a los derechos de crédito, para luego pasar a examinar las circunstancias en que un tercero puede intervenir en un contrato ajeno, citando los argumentos en favor y en contra esgrimidos por la doctrina para fundar o no pretensiones indemnizatorias en su contra.

En el capítulo 2 haremos un breve análisis de las distintas regulaciones existentes en los ordenamientos comparados sobre el tema, haciendo también alusión a varios leading cases.

En el capítulo 3 se desarrollarán grupos de casos que revisten características particulares, relacionándolos con nuestro ordenamiento.

En el capítulo 4 nos referiremos brevemente a la tutela aquiliana en nuestro ordenamiento.

En el capítulo 5 trataremos la particular situación de los contratos incompatibles como hipótesis de lesión del derecho de crédito, pasando por la responsabilidad del deudor y del tercero, para finalmente analizar el concurso de responsabilidades que se puede presentar en este caso.

I. Los derechos de crédito y la tutela aquiliana.

1.1 Eficacia de los derechos de crédito.

En las cátedras de derecho civil se suele señalar la máxima de que los derechos de crédito sólo son eficaces entre acreedor y deudor, por lo tanto, estos son inoponibles frente a terceros, y a la vez sólo son ejercitables en relación a la persona determinada del deudor.

El acreedor facultado a obtener la prestación debida del obligado, no puede exigirla de terceros y se podría concluir que ningún tercero puede infringir el crédito, sencillamente porque éste no le impone a su respecto ningún deber. De ser así, únicamente el deudor puede violar el derecho de crédito, sea por incumplir la prestación, sea por cumplirla defectuosa o tardíamente (Bustamante, 2006, pp. 378).

Contrariamente, haciendo una comparación con los derechos reales, estos serían eficaces frente a todos, por su carácter *erga omnes*, consecuentemente oponibles a terceros. Esto nos lleva a una segunda característica que se predica de los derechos reales, esto es, que los terceros deben respetarlos y no obstaculizar su ejercicio, siendo responsables ante cualquier violación o perturbación a su titular.

Díez-Picazo respecto al tema señala que no es una característica peculiar del derecho real la existencia de un deber de respeto general frente al mismo, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos (Díez-Picazo, 1996, p.63). El profesor Alterini sigue la misma línea, señalando, que “a veces éstos son oponibles directamente a persona o personas determinadas (así el derecho creditorio y el de familia), y otras veces no tienen sujeto determinado como destinatario del poder del titular (como los de la personalidad o los reales)...” (Alterini, 2008. P. 28)

Planiol ha dicho al respecto que *“la diferencia consiste en esto: la abstención impuesta por la existencia de un derecho real no disminuye en nada las facultades naturales o legales de las otras personas; se les pide solamente que no dañen al titular del derecho; todos los derechos que les son propios continúan intactos. Por lo contrario, la abstención que constituye el objeto de un derecho de crédito, cuando la obligación es de no hacer, disminuye sobre un punto concreto las facultades legales del deudor: su obligación le impide hacer una cosa que le sería permitida según el Derecho común. La existencia de un derecho de crédito constituye, pues, siempre una ‘carga excepcional’ para el deudor, un ‘elemento del pasivo’ de su patrimonio, mientras que la abstención universal ordenada por la ley para asegurar el respeto a las personas y a los bienes no puede considerarse como una carga: es el estado normal”*.

Sin embargo, según Díez-Picazo la eficacia erga omnes de los derechos reales exigiría especiales condiciones de forma y publicidad (Díez-Picazo, 1976, pp. 324-325). En nuestro país, por ejemplo, la publicidad de los derechos reales sobre inmuebles deriva principalmente de su acceso al Registro Conservatorio de Bienes Raíces, sea respecto de la inscripción de dominio o frente al gravamen real de la hipoteca, cuestión que no está

presente en el caso de los créditos, no existiendo un régimen de publicidad de estos, salvo algunos casos en particular.

Como no existe un sistema de publicidad específico para los derechos de créditos, se dificulta notablemente el conocimiento de su existencia para los terceros. Podemos encontrar, no obstante, el caso de los créditos que han accedido al Registro de Propiedad, como ocurre con la condición que consta en el título respectivo, inscrito u otorgado por escritura pública son oponibles a los terceros (art. 1491 CCCH en relación con el art. 53 del reglamento del registro conservatorio de bienes raíces), por lo que, estos no pueden alegar que son terceros de buena fe que desconocen su existencia.

Lo anterior, no significa que el derecho se transforme en derecho real, pues la inscripción únicamente le otorga eficacia frente a los terceros, pero continúa siendo un derecho de naturaleza personal (Bustamante, 2006, pp. 381).

Las normas de publicidad registral son fundamentales porque permiten a los demás sujetos tener conocimiento de los créditos ajenos, en el contexto del comercio jurídico (Fernández Arévalo, 2001, pp. 503).

Por consiguiente, como no existe un régimen de publicidad general que permita conocer los distintos contratos en virtud de los cuales, los sujetos con los que cualquier persona se va a relacionar jurídicamente, son también deudores de otros, los terceros difícilmente podrán saber de su existencia y podrían colaborar, aún sin mala fe, con el deudor en la lesión de estos créditos, sin ser al parecer responsables por los daños y perjuicios sufridos por su titular a consecuencia del hecho.

Pueden, y sin ningún remordimiento, desconocer la existencia de dichos créditos, debido a que no existiría deber negativo alguno de abstinencia, incluso se ha señalado que no existiría un deber de los terceros de reconocerlos ni de respetarlos.

Von Tuhr expresa que el acreedor no tiene pretensión alguna contra el tercero que frustre o dificulte el cumplimiento, sosteniendo que el acto del tercero es ineficaz y sólo le obliga a la reparación del daño frente al deudor si constituye delito (Von Tuhr, 1998, pp. 212 y ss.).

Sin embargo, es posible reconocer que en cierto grado la comunidad toda debe respetar toda relación creditoria ajena, según afirma el Prof. Alterini, lo que en sus palabras, es propio de cualquier derecho subjetivo, ya que *“por más relativo que sea, todos y cada uno de los sujetos de Derecho que no están vinculados por la obligación deben respetar la facultad del acreedor. Esto, por cuanto uno de los fundamentos de la convivencia social jurídicamente regulada es el respeto de los derechos subjetivos o facultades ajenas, en los cuales no es lícito inmiscuirse, (...)a menos, claro está, que el Derecho permita, en situaciones particulares, esta intromisión...”* donde se puede citar a la acción oblicua o subrogativa, hoy sustentada en normas difuminadas de nuestro ordenamiento (arts.: 1677, 2466, 1238 CCCH), pero que si se encuentra regulada en el artículo 1196 del código civil argentino, donde se faculta al acreedor de un deudor negligente en ejercer sus créditos para dirigirse contra sus deudores. De esta manera, según

el Prof. Alterini, en el fondo “*todos los derechos subjetivos tienen una nota de oponibilidad Erga Omnes, o sea, cierto carácter absoluto*”. (Alterini, 2008, pp. 27 y ss.)

Si bien las obligaciones del contrato son relativas, la existencia del contrato como sus efectos son oponibles a todos, esto no quiere decir que todos los terceros tienen que cumplirlo, sino que todos tienen el deber de respetarlo y no dañarlo injustamente.

Para Gonzales Barrón el derecho de crédito puede ser destruido por un tercero, pero eso no lleva a que el tercero se convierta en deudor y satisfaga directamente el interés del acreedor, sino simplemente a que deberá resarcir el daño irrogado, pero en ningún caso es el deudor de la relación jurídica. (Gonzales Barrón, p.16)

1.2 Protección de los derechos de crédito.

Podemos ver a través de nuestro ordenamiento que los derechos de crédito cuentan con una protección frente a su incumplimiento, sea que nos encontremos frente a un caso donde se sabe de antemano que el deudor no va a cumplir, o que en definitiva ya no cumplió, y se trataría de lo que hoy se conoce en el medio como los remedios contractuales, que no son más que todas las vías con las que cuenta el acreedor para obtener la satisfacción de su interés. En doctrina se mencionan como remedios contractuales, entre otros, los siguientes: la ejecución forzosa o cumplimiento en naturaleza, la resolución del contrato o la indemnización de los perjuicios, la resolución unilateral del contrato, la acción por vicios ocultos o redhibitorios, etc. (Pizarro Wilson, 2008, pp. 256).

Estos remedios en su mayoría sólo buscan la responsabilidad del deudor, siéndoles indiferente una eventual intervención de terceros en la medida que este deudor satisfaga el interés del acreedor.

Podemos afirmar, sin embargo, que no sólo el deudor puede violar el derecho de crédito, porque aun cuando este no cumpla con sus obligaciones, las razones por las cuales se lleva a cabo este incumplimiento pueden abarcar incluso la participación de terceros extraños a la relación contractual.

Una de las formas en que el acreedor puede hacer valer esta responsabilidad, es a través de la tutela aquiliana, mediante la cual se busca determinar si el incumplimiento de un contrato puede involucrar a su vez un daño atribuible a la responsabilidad de un tercero, quien ha realizado una conducta que hace imposible el cumplimiento de aquel por parte del deudor (Alcalde Silva, 2008, pp. 13). Ángela Fernández, señala que la expresión *tutela aquiliana del crédito* alude a la lesión del derecho de crédito por un tercero, lesión extracontractual frente a la lesión contractual que sea imputable al deudor.

Estaríamos en presencia de una lesión indirecta de un derecho personal, debido a que el daño es causado por el comportamiento desplegado por una persona distinta de aquella que sufre la lesión.

1.3 Circunstancias bajo las cuales puede resultar lesionado un crédito por un tercero.

Según el profesor Bustamante, éstas son heterogéneas y no susceptibles de un tratamiento conjunto (Bustamante, 2006, pp. 375). Nos encontramos con los siguientes casos:

- a. Lesión imputable a tercero consistente en la pérdida de la cosa debida
- b. Lesión imputable a un tercero consistente en la insatisfacción por muerte o lesiones producidas a la persona del deudor (obligaciones personalísimas y aquellas en que no concurre el *intuitus personae*)
- c. Lesiones consecuencia de un acto o contrato del tercero que incide en la posición jurídica del acreedor, y
- d. Lesión con la concurrencia de responsabilidades del deudor y del tercero.

El grado de participación que corresponde al tercero no es indiferente para determinar las consecuencias que se siguen del ilícito aquiliano, éste puede participar en el incumplimiento de un contrato como autor, cómplice o beneficiario del dolo ajeno (Alcalde Silva, 2006, pp. 14).

Según la regla contenida en el artículo 2316 del CCCH – “Es obligado a la indemnización el que hizo el daño...” – en sede civil se incluirían los grados de participación que el derecho penal designa como autoría, en el artículo 15 del código penal; complicidad, artículo 16 del mismo código y; encubrimiento, artículo 17 del mismo, siempre que la conducta sea determinante para la materialización de los perjuicios (Barros Bourie, 2006, pp. 935).

Si la conducta del tercero fue necesaria y suficiente, es decir, es el único responsable del daño al acreedor contractual, lo será conforme a las reglas de a responsabilidad extracontractual (artículos 2314 y 2316 del CCCH).

La lesión culpable de un crédito, considerándolo como derecho subjetivo, es entonces una situación creada y reconocida por el derecho nacional, frente a lo cual se genera para el sujeto infractor la obligación de reparar el daño causado (Bustamante, 2006, pp 365). El acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho.

En cuanto si se exige o no una actitud positiva por parte del tercero al intervenir en un contrato ajeno, es decir, tener el conocimiento del vínculo contractual que liga a su contraparte, a nivel comparado la opinión generalizada es que la mera negligencia no es suficiente para configurar responsabilidad, ya que, tanto la autonomía privada como la dinámica misma del contrato, se verían afectadas. De esto se sigue que el supuesto necesario es la mala fe por parte del tercero.

Según Alterini, se ha sostenido la vigencia de un principio de imputabilidad subjetiva, según el cual no hay responsabilidad sin culpabilidad; a la vez que no puede

haber culpabilidad sin que el acto principie por ser voluntario en sentido jurídico, esto es, que haya sido obrado con discernimiento, intención y libertad (Alterini, 2008, p. 157).

Ahora bien, cuando tercero y deudor han sido cómplices, sus responsabilidades serán acumulativas, siempre que el tercero tenga conocimiento de la existencia y contenido del contrato y obre con dolo o culpa (Alessandri, 1983, pp. 63). Cada responsabilidad se registrará por su estatuto propio, sin perjuicio del ejercicio de ambas acciones en conjunto.

Por último, se puede dirigir contra aquellos terceros que se han aprovechado del dolo ajeno, aunque no hayan incurrido en el ilícito personalmente.

Al analizar las condiciones que se deben dar para configurar el ilícito, el profesor Barros nos señala dos caminos. Una primera opción consiste en asumir que el derecho a obtener la prestación del deudor contractual está protegido genéricamente respecto de terceros, de modo que éstos incurren en un ilícito si contratan con el deudor con conocimiento de que de ello se seguirá un incumplimiento de esa obligación contractual. Pero el mero conocimiento puede ser tenido por un umbral demasiado elemental de protección del crédito contractual frente a terceros extraños, de modo que se entienda que no basta la actitud pasiva del demandado para que haya lugar al ilícito civil, sino que éste haya inducido al deudor a contratar con conocimiento de que ello suponía un incumplimiento del contrato (Barros, 2006, p.997).

Un alcance más restringido de lo que entendemos por ilícito, exigiría una actitud positiva de inducción al incumplimiento contractual, que implicaría el firme propósito de que el deudor no cumpla la obligación contraída con anterioridad. (Barros, 2006; p. 998)

La disputa acerca del alcance de la protección de derechos contractuales por vía extracontractual se expresa en diversas propuestas de denominación del ilícito: el concepto de *interferencia en contrato ajeno* alude al mero conocimiento como constitutivo de la culpa que genera responsabilidad; por el contrario, la idea de *inducción a un incumplimiento contractual* hace referencia a la acción positiva del demandado, esto es, al uso de medios ilícitos en prosecución de sus propios fines. (Barros, 2006; p. 998)

Una de las formas en que se lleva a cabo esta inducción consistiría en formular una oferta incompatible con el contrato vigente a favor del deudor con el propósito de obtener un beneficio económico mayor.

A nivel europeo y norteamericano contemporáneos es generalmente aceptado que la inducción al incumplimiento es un ilícito extracontractual que otorga acción en contra del tercero (Barros, 2006, p. 998).

Para el profesor Barros, el contrato ajeno en el cual se interviene debe vincular de forma efectiva a las partes, de modo tal, que estas se encuentren imposibilitadas de ponerle término de forma unilateral.

1.4 Argumentos a favor y en contra de las acciones indemnizatorias.

A nivel doctrinal, se han planteado una serie de argumentos tanto a favor como en contra del reconocimiento de acciones indemnizatorias por la intervención de terceros en una relación contractual, donde los últimos junto con no darle valor, la muestran como una institución completamente innecesaria.

Rechazando esta posibilidad, se ha planteado, en orden a consideraciones de mercado y a la función económica del contrato, que de acuerdo a la lógica existente en el plano económico, se busca una óptima asignación de los recursos, por lo que los recursos deben estar disponibles en la mayor extensión que resulte posible, materializándose en la celebración de diversos contratos y que, en la medida que un tercero esté dispuesto a pagar más por la prestación, el contrato frustrado no traería mayor bienestar en comparación al nuevo contrato, y finalmente asumiendo que el acreedor contractual queda protegido a través de acciones indemnizatorias o incluso de ejecución en equivalencia (artículo 1551 CCCH), pareciera resultar socialmente más eficiente que el deudor se obligue para con quien esté dispuesto a pagar más por la misma prestación (Barros Bourie, 2006, pp. 995).

Claramente una mejor oferta, llevará al deudor a dudar en concretar lo pactado y finalmente dejar de cumplir. No se necesita meditar mucho para estar de acuerdo en que en los tiempos actuales, el dinero y bienestar material, juegan un rol relevante en casi la totalidad de la actividad humana, con mayor razón en el ámbito contractual.

Razonando de esta manera, no habría inconveniente en que el deudor, teniendo en mente un mayor beneficio económico producto de los contratos que lleva a cabo, deje de cumplir alguna obligación, en la medida que este incumplimiento le reporte mayores utilidades, sea cual sea la causa de dicho incumplimiento.

Por lo tanto, se suele decir que permitir una acción tal, protegiendo de forma extracontractual a las partes de una relación prestacional, traería como consecuencia una disminución de la confianza, necesaria en los asuntos económicos y por consiguiente, poca actividad contractual, aunque esto se podría refutar señalando que antes que poca actividad contractual, los contratantes, y especialmente tratándose de negocios de gran envergadura, tendrían mucho mayor cuidado a la hora de celebrar sus contratos, analizando todas las ofertas detenidamente, y optando por la más conveniente.

Estos fundamentos citados por el profesor Barros, dicen relación con la llamada teoría de los incumplimientos eficientes, que viene de los teóricos del análisis económico del derecho, quienes consideran a esta teoría uno de sus mayores aportes. (Barros Bourie, 2006, pp. 995).

Podríamos resumir esta teoría a partir de la siguiente afirmación: en algunos casos, la no ejecución de un contrato no sólo debe ser posible, sino que también eficiente, y esto sin que acarree mayores consecuencias al no cumplidor, lo que se logra restringiendo los derechos del acreedor contra el deudor, específicamente respecto a la indemnización de perjuicios, evitando el cumplimiento forzado en virtud del principio de eficiencia. Así, el incumplimiento eficiente de un contrato se produce cuando el valor obtenido por las

expectativas de incumplimiento, menos los costos del incumplimiento, son mayores que los beneficios de cumplir el contrato, y de ocurrir esto, el deudor puede compensar al acreedor con una suma igual que lo que le hubiese reportado el cumplimiento del contrato, y aun así, la parte que incumple obtendría beneficios (Barcia Lehmann, 2001).

En esta postura opuesta a las tutela aquiliana, también podemos mencionar a Gunther Gonzales Barrón – Juez Superior de la Corte de Justicia de Lima, autor peruano que no justifica la incorporación de la figura de la tutela aquiliana en su derecho interno.

Para él, desde un tiempo a esta parte a nivel latinoamericano, ha surgido un curioso vocabulario importado que no representa nada ni constituye una mejora técnica respecto a los términos jurídicos de uso inmemorial. Son pura palabrería hueca que en nada beneficia, y que sólo confunde (Gonzales Barrón, pp. 2).

Señala que el derecho no evoluciona por el cambio de etiquetas, de clasificaciones, o por inventar categorías jurídicas inútiles, pues en realidad se trata de una cuestión irrelevante o simplemente formal (Gonzales Barrón, pp. 2).

Esto se explicaría, por la presencia en nuestros autores de un pseudo-complejo por copiar la última palabra o doctrina empleada por los doctrinarios europeos, pero que la mayoría de las veces, no modifican para nada la situación pre-existente.

Entre los términos importados encontramos a la tutela aquiliana.

Un primer argumento en contra de la inutilidad de esta figura, es la posibilidad de obtener la misma protección por la vía subrogativa, en virtud de la cual, el acreedor puede dirigirse contra el deudor de su deudor cuando éste sea negligente e insolvente, por lo tanto, en caso de otorgar una acción indemnizatoria al acreedor, éste no tiene una acción directa por tutela aquiliana, sino que la tiene indirectamente por esta vía subrogativa, lo que en nuestro ordenamiento nos acarrea las consecuentes complejidades para configurar el ejercicio de dicha acción, además de las desfavorables consecuencias que puede traer en caso de existir excepciones perentorias de carácter personal por ejemplo, y todo lo que implica asumir la posición de un deudor-acreedor cuya colaboración en juicio lógicamente no es de esperar (Gonzales Barrón, pp. 13).

En segundo lugar, la tutela aquiliana y su aplicación es bastante excepcional y queda reducida a casos específicos, a lo que se deriva que no pueda ser considerada como un remedio de protección general, como si lo sería la responsabilidad extracontractual, sin embargo dicha afirmación podemos ver que cae por sí misma en el entendido de que la tutela aquiliana modernamente nace a partir de casos específicos, que posteriormente serán analizados y, donde un derecho moderno exige la regulación para la mayoría de los casos posibles, para poder el juez contar con una solución para el caso concreto.

El citado autor, indica que queda reducida a los casos en que el deudor no pueda cumplir la prestación por imposibilidad sobrevenida por ausencia de culpa de su parte, extinguiéndose su prestación sin responsabilidad, por lo que se podría intentar un

resarcimiento subsidiario sobre el patrimonio del tercero, en vista que no es exigible esta misma prestación en contra del deudor (Gonzales Barrón, pp. 15).

Sin embargo, frente a esta opinión, podríamos replicar y señalar, que en la mayoría de los casos, el deudor es tan responsable como el tercero, contribuyendo ambos en el incumplimiento.

Pero, Gonzales Barrón, se pregunta, ante esta situación ¿por qué el tercero tendría que resarcir al acreedor por un crédito que sigue estando en el patrimonio de éste y, por tanto, en nada se perjudicó? (Gonzales Barrón, p.15). Aquí aparece el tercer argumento en contra.

Tenemos que tener presente que el acreedor tenía un determinado crédito antes de la intervención del tercero. Posterior a ella, el acreedor sigue teniendo el mismo crédito en su patrimonio, con la clara posibilidad de exigir su resarcimiento al deudor, en caso de imputársele culpa en el incumplimiento. Consecuencialmente en su patrimonio no hay daño resarcible, por lo tanto, no habría acción indemnizatoria en contra del tercero. Sin embargo, podemos razonablemente preguntarnos acaso si frente a supuestos donde efectivamente hay culpa tanto de tercero como del deudor, ¿podemos entender que el tercero se encuentra exento de responsabilidad sólo por el hecho de no ser parte en el contrato?, es decir, en caso de no poder el acreedor satisfacer su interés en el patrimonio de su deudor, ¿no podría acaso legítimamente dirigirse contra aquel cuya culpa o dolo lesionó directamente su interés? Y es este uno de los temas que trataremos más adelante, donde no sólo es responsable este tercero, sino que además, dependiendo del régimen de responsabilidad que le apliquemos, su responsabilidad es solidaria, lo que se sustenta en el artículo 2314 de nuestro CCCH.

Sin embargo, según Barros existirían buenas razones para entender que el incumplimiento contractual es generalmente ineficiente desde el punto de vista del bienestar general. Si se asume que el contrato es un mecanismo convencional para movilizar recursos desde un destino a otro, sería opuesto a dicha afirmación que esa asignación se realice de manera unilateral, de forma diferente a la que se acordó y sin tener en cuenta el interés del contratante afectado por el contrato con un tercero ajeno. Incluso, se justificaría, al menos bajo ciertas circunstancias, el proteger extracontractualmente los derechos del contratante, en términos que se desincentive a terceros de participar en el incumplimiento. La acción contra estos terceros puede tomar relevancia en la medida de que las acciones contractuales no satisfagan el interés del acreedor, ya que: los juicios indemnizatorios son costosos y generalmente suponen algún aspecto aleatorio; la parte contraria puede resultar insolvente para hacer valer la responsabilidad; la prueba de los perjuicios a menudo supone la publicidad de información que el demandante quisiera mantener reservada; el incumplimiento puede incluso producir daños en las relaciones con terceros, que suelen no ser alcanzados por la acción indemnizatoria (por ejemplo en el caso del incumplimiento de un proveedor). Finalmente cabe agregar el costo de inseguridad que afecta la eficacia del contrato como instrumento jurídico que permite razonablemente predecir su futuro (Barros Bourie, 2006, pp. 996).

Siendo así, un incumplimiento contractual, no sólo vela únicamente por el interés individual del deudor, de manera unilateral, sino que además constituye una conducta que se opondría a uno de los principios base de todo derecho privado, hablamos del principio de la buena fe, y esto al ir en contra de la palabra empeñada, independientemente de haber legalizado dicha palabra, y sólo por mezquinas razones de mercado.

2. Tutela aquiliana en el derecho comparado.

Es necesario indicar, que esta figura fue expuesta principalmente por Francesco Busnelli, autor italiano, según el cual, el derecho de crédito se puede lesionar por cualquier tercero, y no solo por incumplimiento del deudor, lo que llevaría a pensar que se trata de un derecho absoluto pues cualquiera puede atacarlo (Caffera y Mantero, pp. 46).

2.1 Derecho Francés:

En el derecho francés, entre los argumentos que se podrían dar en contra de esta figura, encontramos el principio de la relatividad de los contratos, consagrado en el artículo 1165 del Code.

No obstante, no es considerado como un obstáculo por la mayoría de los tratadistas franceses, debido a que este principio no otorgaría la libertad para lesionar los derechos subjetivos ajenos. Lo que sí implicaría, es la idea de que los derechos y obligaciones que nacen de un contrato vinculan a acreedor y deudor, no pudiendo obligar a un tercero a cumplir lo pactado (Bustamante, 2006, pp. 367).

Se sostiene la existencia en su derecho, de un deber de respeto de los derechos subjetivos ajenos, que incumbe a todos, y tanto doctrina como jurisprudencia están de acuerdo en que la violación de uno de estos derechos por parte de un tercero constituye un acto ilícito, que puede generar responsabilidad para aquel, concurriendo los demás requisitos.

Enfocándonos en un plano favorable a la existencia de la tutela aquiliana en el derecho francés, un gran argumento sería el artículo 1382 del Code, el cual se encuentra redactado en términos bastantes amplios, permitiendo establecer que rige un sistema de atipicidad del daño en sede de responsabilidad civil extracontractual. Consecuencialmente, al no determinarse taxativamente qué derechos o bienes jurídicos son merecedores de tutela jurídica, cualquier acción u omisión que lesione un interés jurídico protegido puede generar una hipótesis de responsabilidad civil extracontractual, todo lo cual quedaría inserto en el principio "*alterum non laedere*".

Sería admisible la tutela, siempre que exista un daño cierto, generado por una conducta culpable y antijurídica del tercero (Bustamante, 2006, pp. 368). Por lo tanto, no responderán siempre y en todos los casos.

Para algunos, es necesario que exista un acuerdo fraudulento entre el deudor y el tercero (Dagot, 1988, pp. 282 y 283), pero para la mayoría, solo basta el simple conocimiento por parte del tercero de la existencia del derecho violado (Duclos, 1984, pp. 451 a 454). La conducta del tercero sería culpable y antijurídica por el sólo hecho del conocimiento, calificándola de mala fe, debido a que contraviene este deber general de respeto de los derechos subjetivos ajenos, por ende debe responder en base al artículo 1382 del Code.

La doctrina francesa, sin embargo, esta conteste sobre la naturaleza de la responsabilidad del tercero que colabora con el deudor en la lesión del derecho de crédito ajeno, éste respondería de los daños y perjuicios causados según las reglas de la responsabilidad extracontractual.

2.2 Derecho Italiano:

Los tratadistas italianos han mostrado gran interés en esta figura, sobre todo en los casos en que la lesión de un derecho de crédito se produce por la acción del deudor con la colaboración de un tercero.

Su estudio se inicio como consecuencia de un famoso caso denominado la tragedia de Superga resuelto por la Corte Suprema de Casación, fallado el 4 de julio de 1953.

En el citado fallo, la Corte Suprema de Casación, a los fines de desestimar la acción de la parte demandante (la Associazione Calcio Torino) frente a la compañía aérea, acude a la clásica distinción entre derechos absolutos y derechos relativos. Según la Corte italiana sólo se configura un hecho ilícito cuando se viola una norma que tutela un derecho subjetivo absoluto. Igualmente considera que los derechos de crédito, por efecto de su carácter relativo, sólo pueden ser violados por el deudor. En conclusión, la Corte Suprema de Casación afirma que los titulares de los derechos de crédito (la Associazione Calcio Torino) no están habilitados para demandar, con fundamento en el artículo 2043 del Código, una indemnización a un tercero (la compañía aérea) que con su conducta ha provocado la lesión del derecho de crédito ajeno (Bustamante, 2006, pp. 369).

En un comienzo no reconocían la existencia de la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero todo cambiara con la sentencia de la Corte Suprema de Casación de 26 de enero de 1971 que resuelve el caso Moroni (Busnelli, 1971, pp 1286 a 1296).

Este fallo supero la distinción clásica entre derechos absolutos y relativos, declarando que quien provoca dolosa o negligentemente la muerte de un sujeto (deudor, a su vez, de una obligación de hacer personalísima) y causa daño a la esfera jurídica ajena debe responder extracontractualmente.

Igualmente, una parte minoritaria de la doctrina italiana, enfatizando en el carácter relativo de los créditos y citando el artículo 1372 del Código, no reconocen la protección aquiliana de estos.

Sin embargo, concordamos con Bustamante en el sentido de que dichos autores confunden cosas distintas como son la relatividad de los derechos de crédito, consagrado en el artículo 1372, y el deber de respeto a todos los derechos subjetivos ajenos.

Otro argumento que dan, es de política legislativa. Temen que aumenten descontroladamente las demandas en sede extracontractual, provocando un perjuicio en la fluidez del tráfico jurídico.

Hoy en día, la gran mayoría de la doctrina italiana sostiene la existencia de la tutela aquiliana del crédito en su derecho. El crédito no sólo puede ser lesionado por el deudor, sino que también por actos de terceros, y el principio de la relatividad de los derechos de crédito no es obstáculo para la existencia de un deber general de respeto de los derechos subjetivos ajenos. El acto del tercero es ilícito, porque viola este deber general.

En cuanto a las consecuencias de aceptar la existencia de esta figura, hay que tener presente el artículo 2043 del Código: *“Cualquier hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño”*. Este artículo da la posibilidad al titular del crédito lesionado de demandar al tercero la reparación de los daños y perjuicios que el acto le ha causado.

El sistema de responsabilidad extracontractual italiano, al igual que en el mencionado sistema francés, es de atipicidad de daños, es decir, no establece qué derechos o bienes jurídicos son dignos de tutela jurídica, por lo tanto, cualquier acción u omisión que produzca un daño injusto en la esfera jurídica ajena puede dar origen a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual, aún más, el artículo 2043 del Código no distingue entre derechos absolutos y relativos, por lo que, ambas clases de derechos subjetivos están incluidos en la aplicación de la disposición (Bustamante, pp. 372, 2006)

El artículo emplea la expresión “daño injusto”, no en el sentido de antijurídico, sino en el sentido distinto de daño no justificado (Fernández, 1996, pp. 43). Frente a esto, es menester preguntarnos si la lesión de un derecho de crédito constituye o no un daño injusto, teniendo presente que el crédito es un derecho subjetivo que forma parte del patrimonio de su titular, siendo digno de protección por el Derecho.

La mayoría de los tratadistas italianos señalan la lesión de crédito por un acto de un tercero constituye un daño injusto (Busnelli, 1987, pp. 286; Diez Picazo, 1996, pp. 63; Fernández, 1996, pp. 25; Vattier, 1989, pp. 850 y 851), y el acreedor está habilitado para demandarlo con fundamento en el artículo 2043 del Código.

2.3 Derecho Alemán:

En principio no se reconoce la tutela aquiliana, fundándose especialmente en el artículo 823 del BGB, según el cual, el legislador alemán optó por un sistema de responsabilidad civil extracontractual de tipicidad de los daños (Vattier, 1990, pp 2073), enumerando los que considera resarcibles. Incluso, la reforma de 10 de mayo de 2002 (Lamarca, 2001) no fue capaz de cambiarlo, pese a que uno de los propósitos era adaptar en cierta medida el derecho alemán de daños a los estándares europeos en cuyas propuestas de

armonización destaca un concepto de daño jurídicamente relevante de textura bastante más abierta (Swan, 2003, pp. 7-8; Martín Casals, 2002, 13-16).

Sin embargo, podríamos dudar al analizar el nº1 del citado artículo, en cuanto a preguntarnos cuál es el sentido de la expresión “cualesquiera otro derecho”. Si le damos un sentido amplio, incluiríamos aquí a los créditos personales. Los tratadistas alemanes contra argumentan indicando que tal expresión no significa que la responsabilidad extracontractual nazca siempre que se lesione cualquier derecho, y entienden por “derechos correlativos” según el texto del artículo 823-1º del BGB, todos los derechos absolutos y sólo tales derechos (Larenz, 1978, pp. 294-295).

Sostienen que la violación de un derecho de crédito, a pesar del carácter general que tiene la fórmula del artículo 823 del BGB, no cae dentro de esta disposición.

La protección de un crédito frente a lesiones de terceros, se debe buscar en otros instrumentos presentes en el BGB dentro de la responsabilidad contractual, uno de ellos lo encontramos en los artículos 275, 285 y 326, que permiten al acreedor dirigirse contra los terceros que han ocasionado la insatisfacción de su interés en los términos en que la obligación fue contraída, utilizando para ello las acciones que correspondían originariamente al deudor, y sólo excepcionalmente se ha admitido la protección extracontractual del crédito en dos casos:

- i) cuando el tercero ha colaborado con el deudor en el incumplimiento (artículo 826 BGB.), y
- ii) cuando la conducta del tercero causa la muerte o lesiones físicas al deudor de alimentos legales, impidiendo a éste cumplir su obligación (artículo 844 BGB.) (Alcalde Silva, 2008, pp. 20).

Analizada la tutela aquiliana en los más importantes Códigos Civiles del Derecho comparado, podemos concluir que la tendencia actual es establecer sistemas flexibles con una cláusula general de responsabilidad por culpa y dejando a la jurisprudencia y a la doctrina la tarea de desarrollar las reglas y criterios necesarios para señalar qué supuestos generan responsabilidad (Martín Casals, 2005, pp. 284).

Un ejemplo lo encontramos en el Anteproyecto suizo, cuyo artículo 41 señala “La persona a quien se pueda imputar jurídicamente el daño sufrido por otra está obligada a repararlo” y, en su apartado segundo, añade que “en particular, el daño puede imputarse a la persona: a) cuya conducta culposa lo ha causado...”

3. Grupos de Casos:

Ahora, antes de pasar a nuestro ordenamiento, haremos una referencia a casos de reciente ocurrencia en ordenamientos comparados, especialmente casos ocurridos en el ámbito latinoamericano y español, y cuál ha sido su solución, frente a distintos tipos de regulaciones.

3.1 Caso SEUR

En el año 2003 encontramos el comentario realizado por el autor Fernando Gómez Pomar a la sentencia del Tribunal Supremo Español 1º de 28/01/2002 (Gómez Pomar, 01/2003), donde se suscita de forma muy ilustrativa la relación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, y los hechos que dan lugar a la sentencia, como bien relata el autor, son los siguientes:

El 20 de julio de 1995 doña Margarita V. G. L., demandante en el asunto resuelto por la sentencia comentada, recibió la notificación de una sentencia adversa del Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León que resolvía un proceso contencioso-administrativo en el que era parte (la sentencia civil no especifica la naturaleza del asunto contencioso-administrativo). El plazo para la interposición del recurso de casación frente a la misma ante el Tribunal Supremo era de diez días, contados desde el siguiente a la notificación de la sentencia (art. 96 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 27.12.1956 (BOE núm. 363 de 28.12.1956); actualmente, art. 89.1 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, de la Jurisdicción Contencioso Administrativa (BOE núm. 167 de 14.7.1998)), por lo que vencía el 1 de septiembre de 1995.

El 28 de agosto el abogado que representaba a doña Margarita en el proceso contencioso-administrativo envió desde Valladolid el texto del recurso a la procuradora, en Madrid, para que procediera a la interposición de aquel. El envío se realizó utilizando los servicios de la empresa de mensajería y transporte urgente SEUR (el correo electrónico estaba por aquellas fechas casi en sus comienzos en España; hoy el caso sería casi insólito en su exacta presentación fáctica según Gómez, sin embargo, cabe tener en consideración que en nuestro país se podría presentar, quizás no en la misma situación ya señalada, pero si en el caso que un procurador necesitara presentar una apelación por ejemplo desde Cabildo, y que por diversas razones no pudiera viajar a Valparaíso, encargando dicha labor a un colega ubicado en el puerto a través de algún sistema de encomiendas). Se empleó la modalidad de envío denominada SEUR-24, que garantizaba la entrega de lo enviado en un plazo de 24 horas desde su recogida del remitente. El envío, sin embargo, no fue entregado a la procuradora destinataria hasta el 5 de septiembre, por lo que se malogró el recurso ante el Tribunal Supremo.

Doña Margarita reclamó frente a SEUR (la sentencia del TS no menciona la fundamentación de su pretensión indemnizatoria) la indemnización de los daños y perjuicios que le había deparado la pérdida de la posibilidad de recurrir. El Juzgado de primera instancia de Valladolid desestimó la demanda, pero la Audiencia Provincial estimó la apelación y condenó a SEUR a indemnizar a la demandante los gastos (hechos inútiles por el vencimiento del plazo) del recurso, más los daños morales por la privación del derecho al recurso, daños y perjuicios que se determinarían en ejecución de sentencia.

El Tribunal Supremo, finalmente, desestima el recurso presentado por SEUR.

De estos hechos se pueden distinguir claramente 2 relaciones contractuales, primeramente la relación entre doña Margarita y el abogado donde hay un contrato de servicios legales, cuyo contenido sería al menos el cumplimiento de las tareas precisas para

el asesoramiento y la defensa jurídica de la clienta en el proceso contencioso-administrativo en cuestión, entendiendo que en este tipo de contrato la mayoría de las obligaciones son de medios y no de resultados (Pizarro Wilson, 2008, pp. 257-258). Luego, entre el abogado y la empresa SEUR mediaría un contrato de transporte terrestre por el que la segunda se obliga a portear lo entregado por el primero hasta el destino indicado, que sería el de la procuradora en este caso (Gómez Pomar, 01/2003, pp. 3).

Este mismo hecho de la demora en la entrega por la empresa SEUR, supone un incumplimiento esencial de su parte del contrato de transporte, pero implica además la imposibilidad de cumplir con el contrato entre doña Margarita y el abogado, puesto que la resolución que se busca impugnar ha devenido en firme por causa de la demora en la entrega.

Por tratarse de un contrato de transportes, la consecuencia que acarrea el incumplimiento de SEUR estaría en los artículos 372 y 1107 del código de comercio español, según los cuales el valor de los efectos transportados que el porteador deberá abonar al cargador en caso de pérdida o extravío de los mismos es el valor declarado por el propio cargador (en este caso el abogado) de acuerdo a la primera norma, regla que sería una aplicación específica de la norma más general del 1107 que limita la indemnización de los daños y perjuicios en caso de incumplimiento contractual a los previstos (en el caso los valores declarados por el cargador y aceptados por el porteador) o previsibles en el momento de contratar. Los daños que excedan de tal límite, aun cuando efectivamente se hubieran producido, no serán de cargo del deudor, salvo que se trate de un deudor doloso.

Sin embargo, el Tribunal Supremo no aplicó el artículo 372, sino que recurrió al artículo 368 del código de comercio español, que prevé una indemnización de perjuicios a cargo del porteador por la demora en la entrega, pero a juicio del autor igual sería aplicable la limitación de la primera norma citada, en virtud de que nunca podría obtener el cargador una indemnización más alta por retraso que por pérdida, porque esta sería más que un retraso de duración infinita (Gómez Pomar, 01/2003, pp. 4).

Esta regla de limitar la indemnización a los perjuicios previstos o previsibles sería la aplicable al caso, y se trataría de la regla más eficiente en casos en los cuales existe una asimetría de información entre los contratantes en cuanto al valor de la prestación, esto porque en el contrato de transporte, el cargador sabe de antemano cuánto vale para él la prestación de este contrato, a diferencia del porteador que no puede distinguir aquellos envíos donde su valoración es más alta, caso en que se justificaría un mayor cuidado, de aquellos en que esta valoración es simple o común, esto asumiendo que nada le ha señalado el cargador al porteador al respecto. Como bien ejemplifica Gómez, correos o una empresa de mensajería no pueden distinguir, si se les entrega cerrado el sobre, la carta ocasional de aquella de cuya recepción depende una vida (Gómez Pomar, 01/2003, pp. 4).

Por ello resulta del todo recomendable el efecto de esta limitación de responsabilidad, que consiste en el que se revele información importante al porteador para la ejecución del contrato, esto ya que si este mayor valor que tiene la prestación para el cargador permite una mejora en el servicio del porteador, o incluso permite a éste que se asegure de la forma más adecuada frente a las contingencias que puedan afectar de manera

negativa al cumplimiento, el interés de ambos contratantes requeriría que la información relativa a tal valor superior sea comunicado a la otra parte. Así la limitación de responsabilidad en caso de no revelar esta información, que haría al daño resultante imprevisto e imprevisible, constituye un poderoso incentivo para que el cargador de esta forma prefiera revelar el mayor valor cuando la información aumente el valor total del contrato, aun cuando esto implique lógicamente un aumento en el precio del servicio.

Efectivamente podemos observar que un mayor valor de lo transportado, al aumentar la responsabilidad que asume el porteador, y por tanto, el costo que le representa el contrato, acarrea un aumento del valor del transporte. Incluso las empresas de transporte clasifican sus servicios en razón del valor de lo que se transporta, ofreciendo mayor rapidez, un mayor cuidado y/o mayor responsabilidad en caso de demora o pérdida de lo transportado (Gómez Pomar, 01/2003, pp. 4).

Por consiguiente la responsabilidad de la empresa SEUR frente al abogado se determinaría por el valor de lo enviado que se declara en el mismo contrato de transporte, y no por la magnitud de los daños que el retraso o la pérdida le hayan supuesto al cargador o a un tercero ajeno al contrato de transporte, que en este caso es la clienta del abogado, doña Margarita.

De esta manera, aunque la responsabilidad por el incumplimiento al envío pueda ser perseguida por doña Margarita frente al SEUR al amparo del artículo 1186 del código civil español, donde la pretensión contra el porteador sería el así llamado "*commodum repraesentationis*" (norma equivalente a nuestro artículo 1677 del CCCH, de cuyo estudio recientemente se ha dedicado Jaime Alcalde Silva, en su artículo "*El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Código Civil" de Chile*"), o cumpliendo los requisitos de la acción oblicua o subrogativa ya mencionada, que se ampara en el artículo 1111 del c.c. español, igualmente en ambos casos la responsabilidad de la empresa SEUR estará limitada a lo que hubiera podido obtener el abogado de ejercer el mismo esta pretensión, esto es, el valor de lo transportado.

Sin embargo, respecto de este último punto vale hacer el siguiente alcance: si bien las normas que regulan el caso en análisis establecen un límite de responsabilidad para el evento de la pérdida o retraso, encontramos en nuestro código de comercio el artículo 206, cuyo texto en su inciso segundo, luego de regular el caso en que se estipula una multa indemnizatoria en caso de retardo, señala lo siguiente:

Artículo 205: "El pago de la multa no exime al porteador de la obligación de indemnizar los perjuicios que el interesado en el arribo de las mercaderías hubiere sufrido por efecto directo o inmediato del retardo."

Norma que a primera vista nos abriría las puertas a obtener un resarcimiento mucho más extenso que lo que nos permite la regulación del legislador español, quien a pesar de cambiar la regulación del contrato de transporte, con la reciente ley 15/2009 sobre contrato terrestre de mercaderías, ésta en su capítulo V sobre la "Responsabilidad del Porteador" no contiene norma alguna similar a la del artículo 205.

Ahora nos ocuparemos de examinar la solución en sede extracontractual para el caso en estudio.

En este contexto, ¿cabría entender que el perjuicio sufrido por Doña Margarita al perder la oportunidad de recurrir a una sentencia desfavorable a causa del retraso de SEUR sufre un daño injusto que SEUR estaría obligada a reparar sobre la base del artículo 1902 del c.c. español? (norma equivalente a nuestro artículo 2314 del CCCH) (Gómez Pomar, 01/2003, pp. 5).

Pues bien, a juicio de Gómez, el Tribunal Supremo español, aun cuando no lo haya señalado expresamente, pareciera que así lo ha entendido, al condenar a SEUR a indemnizar a la demandante los gastos hechos más los daños morales por la privación del derecho al recurso, reconociendo de esta manera la tutela aquiliana del crédito, donde el interés al cumplimiento del contrato de servicios jurídicos se ve dañado por la acción de un tercero. Aunque a juicio de Gómez, igualmente se podrían calificar estos daños como patrimoniales, ya que los daños sufridos por la demandante no resultan de una previa lesión de su persona o en bienes de su propiedad, y la posición de la mayoría de los juristas españoles que se han ocupado del tema, como Carlos Vattier, son favorables en admitir, en principio, la responsabilidad del causante del daño en estas situaciones, y no excluirla de raíz con un carácter general, como ocurriría en los sistemas del *common law* (Gómez Pomar, 2003, pp. 5).

Se debe advertir de todas maneras, la diferencia del caso en cuestión, con los típicos casos de daño puramente patrimonial o daño a intereses contractuales, siendo estos últimos por ejemplo el caso de una empresa de construcción o reparación de calles y avenidas, que accidentalmente dañan una línea eléctrica, o rompen una matriz de agua, deteniendo por ejemplo la cadena de elaboración de algún alimento en una industria cercana al lugar, sufriendo los correlativos perjuicios las empresas que en su proceso productivo se valían del agua o de la electricidad, no existiendo relación contractual alguna entre el autor del daño y aquél cuya prestación o servicio se ha vuelto imposible o interrumpido, como sería la empresa constructora y la empresa de aguas respectivamente, y por no existir solución contractual, la única vía de reparación sería la extracontractual. En cambio, en el caso en análisis, existe una relación contractual entre el autor del hecho dañoso (SEUR) y aquel cuya obligación se ha vuelto ineficaz, y la solución prevista para el particular sería la indemnización limitada al valor de lo transportado, a diferencia de lo que podría ocurrir con nuestro ordenamiento, si tenemos a la vista el artículo 205 del código de comercio ya mencionado.

Si se admitiera la vía extracontractual ya en el ordenamiento español, esto no haría sino que burlar la consecuencia contractual que se supone prevista para el caso en particular, y como en el ámbito extracontractual no rige la limitación de responsabilidad a los daños previstos o previsibles, si el daño que hubiera sufrido la demandante hubiese sido de una gran magnitud, SEUR tendría que haber indemnizado todos los perjuicios efectivamente sufridos. Por ello resulta del todo razonable que el Gómez considere que no sería razonable que se pudiera recurrir a la vía extracontractual, en el entendido de que ya existe una solución en el ordenamiento para la hipótesis en cuestión.

Finalmente, cabe destacar el que el tribunal haya optado por la vía de calificar como moral específicamente el daño consistente en la privación del derecho al recurso, reiterando a juicio de Gómez una inclinación de este tribunal por calificar como moral el resarcimiento de perjuicios de carácter patrimonial, aunque tal vez, de difícil prueba, lo que ha sido particularmente frecuente en diversos casos de reclamación por lucro cesante de parte de individuos y empresas (Gómez Pomar, 2003, pp. 6).

3.2 Caso Tarjeta de Crédito

Se trata de una sentencia del año 1997, citado por los profesores Caffera y Montero, donde se afirma la admisibilidad teórica de la tutela aquiliana, y que según su lenguaje se trataría de un caso de tutela aquiliana en “fase genética” (inducción positiva a contratar), esto por situarse la injerencia del tercero en un momento previo a la obligación, y se refiere a la situación de una notaria (escribana pública) que certifica de manera falsa la situación patrimonial de una persona, lo que trae como consecuencia que una empresa que otorga tarjetas de crédito le conceda financiamiento al individuo sobre quien hubo falsa certificación, crédito que finalmente resulta no cumplido, sin contar esta empresa con bienes donde cobrarse, al contrario de lo que habría declarado primitivamente la notaria, siendo agravado además con una posterior intervención de la funcionaria que volvió a asegurar la solvencia del sujeto en cuestión, frente a inquietudes del acreedor (Caffera y Montero, pp. 53-54).

Lo interesante de esta sentencia, es que toma como uno de los elementos la idea de la causalidad, ya que según ésta, la intervención de la notaria en el período precontractual fue decisiva para el otorgamiento de las tarjetas de crédito, y que más aún en la reunión posterior, la participación de la funcionaria reasegurando la solvencia del cliente fue determinante para mantener la vigencia de estas tarjetas (Caffera y Montero, pp. 55).

Se trata de que la particular condición de la notaria fue lo que incidió causalmente, pues la afirmación de cualquier otro sujeto no habría sido causa adecuada para provocar este daño, que es el otorgamiento de la tarjeta de crédito junto con la imposibilidad de hacerse pago de dichos créditos.

En cuanto a la ilicitud del actuar de la notaria, señalan los autores que la información entregada a través de un certificado notarial corresponde a un caso de información-servicio, que generaría responsabilidad por ser el acto de cumplimiento de un deber, y que incluso, si la información estuviera dirigida a un destinatario concreto, se podría dirigir contra la notaria contractualmente, en el caso que se entendiese que entre el cliente y la notaria se pacta una estipulación en favor de otro, por la cual la notaria asume frente a la entidad crediticia (tercero beneficiaria del certificado) la obligación de brindarle información exacta. Sin embargo, si la estipulación es en general, sin destinatario determinado, pareciera ser difícil admitir esta construcción (Caffera y Montero, pp. 55-56).

Sobre los daños, la sentencia le imputa a la notaria error y omisión; y sobre los daños resarcibles, cabe destacar que estos nunca podrán superar el valor de los bienes cuya titularidad se certifica, pues ése sería el único daño conectado causalmente y en forma directa con el accionar dañoso de la demandada (Caffera y Montero, pp. 56-57), sin

embargo podríamos decir que esto valdría sólo respecto de los daños patrimoniales, y no respecto del daño moral.

3.3 Caso Top Toys con Hasbro

Se trata de una sentencia dictada el 18 de Febrero de 2008 por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de Argentina, caratulada "Top Toys Juguetes S.A. c/ Hasbro Argentina S.A. S/Ordinario, analizada por el profesor argentino Pablo Van Thienen (Van Thienen, pp. 11), y los hechos son los siguientes:

Hasbro International, Inc. suscribió con Top Toy Juguetes SA un contrato de distribución exclusiva sobre determinados juguetes fabricados por el primero. Por su parte Hasbro International, Inc., constituyó una sociedad subsidiaria: Hasbro Argentina SA poseyendo el control accionario con aproximadamente el 51% del capital y votos.

Hasbro Argentina SA comenzó a importar productos de Hasbro International, Inc., compitiendo en el mercado local contra Top Toy Juguetes SA (distribuidor exclusivo) del controlante.

Constatada la violación contractual Top Toy Juguetes SA alertó a Hasbro Argentina SA sobre dichos incumplimientos lo que generó la réplica de ésta desconociendo dicho contrato.

Top Toy Juguetes SA demandó ante los tribunales argentinos a Hasbro Argentina SA reclamando indemnización por lucro cesante y por daño emergente como consecuencia de la violación a la exclusividad pactada.

Hasbro Argentina SA opuso como defensa la excepción de falta de legitimación pasiva aun cuando sí reconoció formar parte del "Grupo Hasbro", y para hacer la relación del grupo la cámara tomó los siguientes datos que revelan el vínculo grupal: Ambas empresas (Hasbro Internacional y Hasbro Argentina SA) son asesoradas por el mismo estudio jurídico; el representante legal de Hasbro Argentina suscribió documentos en nombre de Hasbro Internacional; el presidente de Hasbro Argentina al absolver posiciones reconoció que Hasbro Internacional Inc. poseía el 50%; y que del informe de Securities and Exchange Commission surge que Hasbro Internacional Inc. denuncia a Hasbro Argentina SA como una filial.

En primera instancia se rechazó la demanda haciendo lugar a la excepción de Hasbro Argentina SA, fallo que la Cámara revocó.

En este caso es razonable pensar que Hasbro Argentina conocía, o razonablemente debía conocer, la existencia del pacto de exclusividad, y que su contrato con Hasbro International implica una conducta antijurídica que lesiona el derecho de crédito de Top Toys. Tal y como afirma la sentencia, Hasbro Argentina, como subsidiaria de Hasbro Internacional, no puede válidamente sostener que desconocía la exclusividad concedida por ésta, invocando su calidad de tercero a la relación contractual, siendo que Hasbro Argentina no es un real tercero.

Los rubros que Top Toys alegó para la indemnización fueron los siguientes: el daño emergente, descompuesto por el daño efectivamente sufrido más el lucro cesante, en cuanto a la ganancia dejada de percibir, donde buscó resarcirse de la frustración del acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiera obtenido de no haber Hasbro Argentina competido en el mercado importado los productos bajo exclusividad”, frente a lo cual la sala cambió esta calificación de lucro cesante a más bien pérdida de la chance, entendiéndola a esta como la interrupción de un proceso que pudo conducir a Top Toys a obtener una utilidad (pérdida de la chance), más no se trata de la privación de una ganancia cierta a la cual tenía derecho (lucro cesante). (Van Thienen, pp. 13).

4. La tutela aquiliana en el Derecho Chileno.

Desde el punto de vista de nuestro derecho, tanto derechos reales como de crédito, pertenecen a la categoría de derechos subjetivos y como tales son dignos de protección por parte de nuestro derecho ante ataques ilícitos de terceros (Bustamante, 2006, p. 364).

En términos generales, la tendencia paulatina de la doctrina nacional es la de articular un elenco unitario y coherente de remedios ante el incumplimiento contractual, destinado a superar el estado de insatisfacción del interés del acreedor que este ha producido, lo que le permite un mayor grado de certeza al proteger su crédito, con la posibilidad de elegir el que resulte más adecuado (Pizarro Wilson, 2008, pp. 255).

La tutela aquiliana es uno de estos remedios.

Cabe hacer presente, que en nuestro derecho, el estudio de la responsabilidad del tercero que ha tenido participación en el incumplimiento de una obligación contractual no aparece recogido en la práctica forense (Pizarro Wilson, 2005) , pero ello no es impedimento para aceptar la protección extracontractual de un crédito recurriendo a una norma como el artículo 2314 del código civil nacional, cuyas palabras - concretamente, “interés legítimo” (Alessandri Rodríguez, pp. 210) - son lo suficientemente flexibles para incluir cualquier lesión a un bien jurídico digno de tutela y, siempre que entre el afectado y el autor no exista una relación contractual a la cual se puedan conectar los daños. Será necesario y así se exigirá, que el acreedor demuestre el conocimiento del tercero respecto de la existencia del contrato (Alessandri Rodríguez, pp. 63).

Aceptar una forma de protección frente a esta hipótesis supone superar la restricción impuesta por el efecto relativo de las relaciones obligatorias, manifestado en los artículos 578 y 1545 de nuestro código civil, que impide que den lugar a deberes de cuidado para terceros ajenos a la relación contractual. Sin embargo, no podemos desconocer que el contrato, en cuanto hecho jurídico, expande sus efectos (El contrato, en sus efectos expansivos, puede alcanzar a terceros absolutos, no para crear directamente un derecho o una obligación en el patrimonio de ellos, sino en cuanto es factible traerlo a colación o formular una pretensión basada en el contrato ajeno), y por ello “*en cuanto al efecto expansivo que se atribuye a los contratos en cuanto hechos jurídicos, a la necesidad de*

ampliación de la protección del crédito, el considerar que el incumplimiento siempre tiene cierta dosis de ineficiencia del punto de vista del bienestar general y el costo de inseguridad que afecta la eficacia del contrato como instrumento jurídico que permite razonablemente predecir y programar el futuro, son razones de bastante peso para aceptar la existencia de una tutela de los derechos personales en sede aquiliana” (Alcalde Silva, 2008, pp. 20)..

5. Los Contratos incompatibles como hipótesis de lesión del derecho de crédito.

5.1 Contratos incompatibles.

La interferencia del tercero en la relación contractual, sin que medie legitimación alguna del deudor (existe la posibilidad de lesionarlo con la legitimación, ya sea que el tercero actúe junto al deudor o en sustitución de éste) y que resulta perjudicial para el acreedor, puede manifestarse en una actividad contractual entre el tercero y el deudor que implica el incumplimiento de una obligación previa de este último para con su acreedor, quien resultará perjudicado (Bustamante, 2006, pp. 375).

La hipótesis de contratos incompatibles son muy variadas, pero todas tienen en común la celebración de un contrato que resulta incompatible con uno anterior cuyo deudor es parte también de aquél. El cumplimiento del segundo contrato implica forzosamente el incumplimiento del primer contrato, por lo que es posible afirmar que entre los créditos emanados de ambos hay una clara incompatibilidad (Bustamante, 2006, pp. 378).

Se produce una colisión de dos créditos como consecuencia de ambos contratos y el conflicto se resolverá con el sacrificio de uno de ellos. Para Guido Tedeschi “Cuando se dispone de un bien que no puede ser de unos más que con exclusión de otros, el sistema no puede conceder permisos a actividades incompatibles, surgiendo en este caso la colisión de derechos” (Tedeschi, 1929, pp. 210), sin embargo, para él, la voluntad humana puede conceder derechos opuestos.

Para José López Berenguer, “La colisión surgirá cuando con relación a unos mismos bienes o servicios se reconozcan en distintos negocios idénticos derechos a personas diferentes”.

Precisando más, resulta innecesaria la identidad de los bienes o servicios objeto de los negocios incompatibles; puede tratarse también de bienes o servicios distintos, sobre los cuales surjan derechos distintos a favor de diferentes titulares, cuya incompatibilidad no tenga como presupuesto la concurrencia objetiva, sino la concurrencia funcional de estos derechos distintos”.

Estos derechos de crédito, podrán o no estar sometidos a normas o reglas especiales de publicidad, lo que incidirá relevantemente en la solución.

Un ejemplo en este sentido, serían los artículos 686 inciso primero, 724 y 1817 de nuestro código civil sobre la venta separada de un mismo inmueble a dos personas, caso en el cual será preferido el comprador que haya entrado en posesión, es decir, el que haya inscrito su título translativo de dominio en el Registro Conservatorio.

Art. 686. Se efectuará la tradición del dominio de los bienes raíces por la inscripción del título en el Registro del Conservador.

Art. 724. Si la cosa es de aquellas cuya tradición deba hacerse por inscripción en el Registro del Conservador, nadie podrá adquirir la posesión de ella sino por este medio.

*Art. 1817. Si alguien vende separadamente una misma cosa a dos personas, **el comprador que haya entrado en posesión será preferido al otro**; si ha hecho la entrega a los dos, aquel a quien se haya hecho primero será preferido; si no se ha entregado a ninguno, el título más antiguo prevalecerá.*

La otra posibilidad es la hipótesis en que no estén sometidos a especiales normas o reglas de publicidad, como sabemos, en Chile los derechos de crédito no gozan de un sistema de publicidad, lo que dificulta su conocimiento por terceros.

Los supuestos de incompatibilidad pueden generarse entre créditos consistentes en dar, hacer o no hacer, a favor de sujetos distintos, es decir, obligaciones incompatibles entre sí, donde el cumplimiento de una, implica el incumplimiento de la otra.

Deberíamos aplicar a falta de norma el principio de anterioridad en el tiempo. Generalmente las incompatibilidades se generan entre una prestación de hacer y una de no hacer (Bustamante, 2006, pp. 378).

El conflicto por lo tanto, aparecerá cuando el primer acreedor conozca la existencia del segundo contrato incompatible con el suyo y demande el incumplimiento de su contrato o bien la resolución y, en ambos supuestos, la indemnización de daños y perjuicios que se le causen como consecuencia del segundo contrato (Bustamante, 2006, pp. 376).

El deudor es libre para pagar a cualquiera de sus acreedores, pero al cumplir su contrato con el tercero, esta incumpliendo el primero con el primitivo acreedor.

5.2 Medios de protección del acreedor.

Frente a esta hipótesis, nuestro derecho no deja desvalido al acreedor lesionado y le proporciona ciertos medios de protección: puede accionar contra el deudor exigiendo el cumplimiento y/o la indemnización de daños y perjuicios, la duda se plantea en el caso del tercero, porque es de la ejecución del contrato entre éste y el deudor de donde surgen los perjuicios para el primer acreedor.

Si aceptamos una responsabilidad para el tercero, esta será extracontractual, debido a que el contrato que vincula al deudor con el primer acreedor no le es vinculante.

Desde el punto de vista de sus efectos, la responsabilidad extracontractual es definida por Roberto Ruggiero, quien es citado por Orlando Tapia, como “aquella que consiste en el deber de resarcir el daño causado a la víctima por el hecho lesivo”. Definición que calza con la hipótesis planteada (Tapia, 2006, pp. 130).

La pregunta ahora es ¿Cómo debe accionar el acreedor? Estamos ante un problema de acumulación de responsabilidades, una contractual y la otra extracontractual, derivados de un mismo hecho perjudicial. Unidad de daño y unidad de hecho, pero pluralidad de responsabilidades de responsables, y responsabilidades de distinto carácter (Yzquierdo Tolsada, 1993, pp. 114 y ss.).

Cabe recordar, que se han hecho intentos de unificación y sistematización de la responsabilidad civil, y según palabras del profesor Tapia, es partidario en este sentido Yzquierdo Tolsada en España y detractor Rodríguez Grez en nuestro país, para quien existen diferencias sustanciales entre la responsabilidad contractual y extracontractual, de las que se sigue que se trata de dos ámbitos muy diversos, sujetos a normas diferentes y, lo que es más importante, a efectos y principios también distintos. (Rodríguez Grez, 2007, p.23)

5.2.1 Análisis de la responsabilidad del deudor.

El deudor es responsable por el incumplimiento ante el primer acreedor. Su obligación podía consistir por ejemplo en un *dare* con finalidad traslativa del uso y goce, o en un *facere*, o en una conducta omisiva, un *non facere* (atendiendo a la clasificación que hace nuestro código civil, a las obligaciones según su objeto en el artículo 1460).

Podemos señalar un ejemplo proporcionado por los hermanos Mazeaud: El arrendador de una fábrica ha prometido vendérsela a su arrendatario; sin embargo, violando su promesa la vende a un tercero, también industrial, que tenía conocimiento de la convención celebrada entre arrendador y arrendatario relativa a la fábrica, y que si la ha adquirido a pesar de dicha circunstancia, ha sido con el objeto de eliminar a un competidor en el mercado de productos, como lo sería el arrendatario si hubiera comprado la misma fábrica (Mazeaud y Tunc, 1977, p. 197)

La celebración del segundo contrato frustra la finalidad previamente perseguida por las partes en el contrato que resulta incumplido. Tal responsabilidad es contractual, y se regirá por lo previsto en el contrato, y en su defecto, por las disposiciones del código civil (Bustamante, 2006, pp. 379).

Esta responsabilidad está regulada en el código civil a propósito del efecto de las obligaciones. En el caso que el deudor no cumpla con la prestación contraída previamente, independientemente de cual sea la naturaleza de la dicha obligación, el acreedor posee, en virtud de la ley, diversos medios para obtener en primer lugar el cumplimiento forzado, y cuando esto no sea posible el pago de una suma de dinero que le compense lo que le habría significado el cumplimiento íntegro y oportuno de la obligación, es decir, una

indemnización de perjuicios. Más aún, se le otorgan ciertos derechos con la finalidad de conservar el patrimonio del deudor, en donde se hará efectivo el cumplimiento, en virtud del artículo 2465 del código civil.

La obligación que nace del incumplimiento del contrato, en otras palabras, de la responsabilidad contractual (la de indemnizar los perjuicios causados al acreedor por el incumplimiento) es totalmente diversa de la obligación que emana del contrato mismo (la de cumplirlo) (Tapia, 2006, pp. 42).

Para Orlando Tapia, la responsabilidad contractual, se traduce en el resarcimiento de los perjuicios que el deudor debe satisfacer a favor del acreedor a consecuencia del incumplimiento, y que no es otra cosa que “una aplicación lisa y llana del principio general que informa a nuestra legislación, en cuya virtud todo el que injustamente causa un perjuicio a otro, debe repararlo”. En materia contractual, dicho principio puede enunciarse de la siguiente manera: “nadie puede ser lesionado injustamente en su patrimonio por un acto ajeno” (Tapia, 2006, pp. 107-109).

Por lo tanto el acreedor podrá demandar esta responsabilidad, encontrándose en una buena posición en el respectivo procedimiento, ya que lo único que deberá probar es la existencia de la obligación infringida. La responsabilidad contractual nace por el sólo hecho del incumplimiento, sin necesidad de probar la culpabilidad del deudor

La condiciones necesarias para hacer valer este tipo de responsabilidad, para Tapia, se pueden reducir a las siguientes: existencia de un contrato válido (cumpliéndose los respectivos requisitos legales exigidos), celebrado entre la “víctima” del incumplimiento y el responsable del mismo, que el daño sufrido por el acreedor sea la consecuencia del incumplimiento de dicho contrato, y por último que el deudor se haya constituido en mora. (Tapia, 2006, pp. 50)

5.2.2 Responsabilidad del tercero.

Si el incumplimiento contractual es imputable al hecho o culpa de un tercero, incumplimiento que, por definición, se traduce en la frustración de las expectativas del acreedor, debe generar para aquél responsabilidad por la lesión del derecho de crédito (Bustamante Salazar, 2007 pp. 168).

Alterini señala que el obrar del tercero que interfiere en la posición jurídica del acreedor o lesiona algún derecho del deudor, con el efecto de perturbar el cumplimiento de su obligación frente a aquél, genera su responsabilidad (Alterini, 2008, pp. 946).

En el caso del tercero, es menester tener presente dos principios que pugnarían entre sí:

- a. la libertad de contratación y
- b. el respeto a los derechos ajenos.

El primero no debemos entenderlo en el sentido que los terceros puedan contratar ignorando los derechos de crédito ajenos, y el segundo no implica que el tercero este obligado a realizar una previa y exhaustiva investigación de la situación jurídica del que será su deudor (Bustamante Salazar, 2006 pp. 379).

Podemos desprender de estos principios que los terceros están obligados a respetar los créditos ajenos y que sólo se les imputará su lesión cuando tengan conocimiento, o en dadas circunstancias, no puedan sino desconocer su existencia. Fernández Arévalo sostiene que el tercero será responsable cuando conociera o pudiera razonablemente conocer la existencia del derecho de crédito que resultara lesionado con el contrato que él otorgue (Fernández Arévalo, 1996, pp. 340).

Según Vallet de Goytisolo, citado por el profesor Bustamante, en ocasiones es suficiente que el tercero conozca la existencia del derecho de crédito ajeno para que su comportamiento lesivo sea reputado ilegítimo, por ser incompatible la conducta del tercero con el respeto debido al derecho ajeno (Bustamante Salazar, 2006 pp. 380). En otras oportunidades el sólo conocimiento por parte del tercero de la existencia del crédito, no será suficiente para calificar su conducta de lesiva.

El primer criterio para imputar la lesión del crédito ajeno al tercero es el conocimiento por este de la existencia del derecho de crédito. Éste estará de mala fe, ya que, no obstante, conocer la existencia, celebra contratos que implique su lesión o colabore con el deudor en la lesión del derecho ajeno.

En esta materia la mala fe se identifica con conocimiento y la buena fe se identifica con desconocimiento (Gordillo Cañas, 1978, p. 274).

En Chile para que nazca la obligación de reparar, es requisito que la conducta del sujeto se realice con dolo o culpa, lo cual se encuentra establecido en el artículo 2314 del Código Civil.

Art. 2314. El que ha cometido un delito o cuasidelito que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización; sin perjuicio de la pena que le impongan las leyes por el delito o cuasidelito.

Para la teoría clásica o tradicional de la responsabilidad extracontractual, su fundamento, es el concepto de “culpa”. Para que una persona contraiga esta especie de responsabilidad es menester que ella haya ejecutado un hecho culpablemente y que este hecho acarree un daño a otra persona (Tapia, 2006, pp. 132)

Para determinarla, es necesario examinar la conducta del autor del hecho perjudicial, lo cual ha hecho que se llame a esta teoría “de la responsabilidad subjetiva”.

No obstante, existe una segunda teoría respecto a esta responsabilidad, la llamada “teoría del riesgo creado”, en virtud de la cual, el individuo es siempre responsable de los efectos dañosos que traigan como consecuencia los hechos por él ejecutados, aun cuando en ellos no ha mediado culpabilidad de su parte (Tapia, 2006, pp. 134).

Para los partidarios de esta teoría, los tribunales deberían solamente constatar la existencia de una relación de causalidad entre el hecho del cual deriva el daño y este último, para dar por establecida dicha responsabilidad.

Esta teoría fue enunciada por los tratadistas Saleilles y Josserand de esta forma: “Todo acto que crea un riesgo para otra persona, convierte a su autor en responsable del daño que dicho acto pueda causar a aquella, sin que sea de necesidad establecer si ha habido o no culpa de su parte”. (Tapia, 2006, pp. 134)

En base a esta teoría, el tercero, aún cuando no hubiera tenido conocimiento de la existencia y vigencia del vínculo contractual anterior de su contraparte, tendría igualmente la obligación de responder por los daños ocasionados al acreedor de la primera relación contractual.

Analizando la normativa nacional al respecto, claramente nos inclinamos por la primera teoría, sin embargo, no basta la culpa del autor para configurar esta responsabilidad, sino que, además se requiere que dicho acto sea imputable a éste. Esto quiere decir, que el individuo ejecutor de un hecho dañoso lo haya realizado voluntariamente, que sea el resultado de la libre determinación de su autor (Tapia, 2006, pp. 169).

Cumplidos los requisitos para hacer valer responsabilidad extracontractual por parte del tercero, esta se traducirá en una reparación, que en términos sencillos, no es más que la reintegración de la víctima (acreedor del contrato incumplido) al estado y a los derechos de que gozaba antes de haber experimentado el daño, sea esta reparación efectiva o ficticia. Incluyéndose, además, la incorporación a su patrimonio de aquello que le fue impedido de adquirir, a razón del incumplimiento.

En este caso, para algunos, es apropiado dar lugar a una reparación específica, es decir, aquella que deje a la víctima real y efectivamente restablecida en la situación en que se encontraba al momento del incumplimiento. Se puede decir a favor de este tipo de reparación, que esta logra cumplir el objetivo del legislador, que es que el monto de la reparación sea idéntico al daño causado.

Otros, creen y así lo postulan, que se debería aplicar el principio aceptado generalmente en materia contractual, de que los perjuicios se indemnizan en dinero. Sin embargo, no hay disposición en nuestro Código Civil que lo establezca y pareciera ser que el legislador ha querido diferenciar la indemnización que procede en caso de incumplimiento contractual de la que procede en caso de uno extracontractual.

Indudablemente, hay casos en que los daños ocasionados no son posibles de ser reparados materialmente, ya que es imposible hacer que desaparezcan por su propia naturaleza o el detrimento a la víctima no puede cesar. En estos casos, se debe aplicar una reparación en equivalencia que, por lo general, consistirá en el pago de una cantidad de dinero.

Hacemos hincapié en que por lo general se tratará del pago de una suma de dinero, ya que no debe consistir obligatoriamente en aquello. Nada obsta a que se indemnice a través de cualquier otro equivalente.

La reparación, en términos generales, sea cual sea la que corresponda llevar a cabo, debe ser completa, y para que esto se así, según el profesor Orlando Tapia, se deben dar los siguientes requisitos:

1. Que la cuantía de la indemnización se determine, no por la gravedad del hecho ilícito ejecutado, sino por la magnitud del daño causado por éste
2. Que comprenda todos los perjuicios que haya experimentado la víctima y que sean una consecuencia necesaria y directa del ilícito cometido
3. Que no sea superior ni inferior al daño efectivamente causado.

En cuanto al primer requisito, es decir, la cuantía de la indemnización, hay dos corrientes. Para la primera, la cuantía se debe fijar de acuerdo a la culpabilidad de su autor, ya que la indemnización es la sanción de la responsabilidad y esta debe ser proporcional a la falta. Y para la segunda, que es la que cuenta con la mayor aprobación por parte de los tratadistas, la cuantía de la indemnización debe ser igual al daño causado a la víctima (Tapia, 2006, pp. 306).

5.2.3 Acción de reparación.

Aceptado tanto por la mayoría de los tratadistas como por la jurisprudencia de los tribunales, la acción de reparación le corresponderá a todo aquel que por un ilícito civil haya experimentado un daño, aunque sea indirectamente.

Por lo tanto, ninguna otra persona puede invocar en su favor la acción de resarcimiento. Aplicaríamos en este caso el siguiente principio: “sin interés no hay acción”. La víctima se convierte, de este modo, en acreedora de la obligación de resarcir, que pesa sobre el autor del daño.

Frente a esto León Duguit, a quien hace referencia el profesor Tapia, hace presente que considera un absurdo el pensar que un acto contrario al Derecho, como lo constituye un incumplimiento contractual, pueda dar nacimiento a un derecho, ni aun con todo el poder de la ley (Tapia, 2006, pp. 282).

Se debate señalando que este derecho no proviene del hecho ilícito, sino que constituye un aspecto activo de la obligación que pesa pasivamente sobre el autor del hecho en virtud de la ley, obligación legal que consiste en no dañar a otro (Tapia, 2006, pp.282).

En cuanto a los que se ven afectados indirectamente, la Corte Suprema en fallo de casación en el fondo, con fecha 16 de diciembre de 1992 ha dicho: “Si la ley declara que todo daño imputable a malicia o negligencia debe ser reparado, en el caso de daños a las personas, los afectados o damnificados por el hecho culpable, aunque no sean los inmediata

y físicamente ofendidos, pueden exigir la indemnización porque la ley requiere solamente que el daño exista, sin hacer distinciones sobre su naturaleza, ni sobre quiénes sean las personas a que alcance el mal producido por el hecho ilícito”.

Visto ya quien es el titular de esta acción, corresponde analizar contra quién se puede intentar la misma.

Nos encontramos con el artículo 2316 del Código Civil que dice: *“Es obligado a la indemnización el que hizo el daño, y sus herederos. El que recibe provecho del dolo ajeno, sin ser cómplice en él, sólo es obligado hasta concurrencia de lo que valga el provecho”*.

Se debe intentar la acción en contra del causante del daño, en este caso, el tercero que celebra el segundo contrato, cuya celebración impide el cumplimiento de un contrato anterior de su acreedor, deudor de la primera relación contractual. También se contempla a los que sin ser autores materiales, han participado ya sea como cómplices o encubridores.

5.2.4 Concurso de responsabilidades.

Como ya hemos visto, al existir diferencias de régimen entre la responsabilidad del deudor y la del tercero, analizadas ambas de manera independiente, y siendo en principio su responsabilidad contractual y extracontractual respectivamente, se presentan una serie de dicotomías en el ejercicio de ambas acciones, cuya importancia práctica es evidente.

En por lo anterior y, a fin de evitar las incongruencias que acarrea la dualidad de consecuencias jurídicas de ambas acciones (por ejemplo, casos en que se pueden originar dobles reparaciones de un mismo hecho, por alegar los mismos daños en sedes distintas) autores como Díez-Picazo en España, han planteado la necesidad de aunar criterios respecto de la naturaleza de la responsabilidad, abogando por un tratamiento unitario de los supuestos de tutela aquiliana del crédito, en virtud fundamentalmente del carácter único del hecho dañoso, es decir, de un mismo se originan supuestos de responsabilidad contractual y extracontractual. (Alonso Traviesa, 2006, pp. 225)

Ahora corresponde analizar el caso en que el tercero está colaborando con el deudor en la infracción contractual.

Cuando al infringir el contrato, el deudor ha demostrado claramente la intención de perjudicar a su acreedor, esto es, cuando ha dejado de cumplir sus obligaciones con el fin predeterminado de inferirle un daño en su patrimonio, nos encontramos frente a lo que podemos denominar “comisión de actos dolosos en el incumplimiento del contrato” (Tapia, 2006, pp. 554)

Normalmente existirá dolo por parte del deudor, a menos, como señala López Berenguer, que exista en él un olvido o un juicio inexacto sobre la vigencia del contrato anterior (López Berenguer, pp. 78)

En este caso no puede mediar otra razón que el dolo, ya que como señala el artículo 44 de nuestro código civil, este se define como la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro.

No hay que dejar de mencionar que una actitud culpable por parte del deudor, también puede traer aparejada responsabilidad extracontractual, en virtud de un “incumplimiento culpable del contrato”, otra forma que puede revestir la infracción de las obligaciones convencionales (Tapia, 2006, p.555).

Si el dolo del deudor es compartido por la contraparte del segundo contrato, es decir, el tercero, la colisión entre los derechos de este acreedor y los del primer contrato tienen un origen voluntario y doloso, que provoca la solución de la colisión en favor del primer acreedor, aunque el segundo haya recibido primero la prestación. (López Berenguer, pp. 78).

Planteando la posibilidad de que el deudor, contractualmente responsable por el incumplimiento, sea a su vez responsable extracontractual por el mismo hecho, se ha sostenido por algunos autores que si la responsabilidad del cómplice (en este caso el tercero) es delictual o extracontractual, la responsabilidad del autor directo del incumplimiento del contrato debería cambiar de naturaleza y ser también extracontractual (Tapia, 2006, pp. 94). Esto nos lleva a la Teoría de la opción.

En este sentido, se argumenta señalando que como la solidaridad se establece de pleno derecho sólo en materia aquiliana, quedaría así en evidencia el carácter extracontractual de la responsabilidad de ambos. (Alonso Traviesa, 2006, pp. 224).

Se han apoyado además en ciertos fallos franceses que aceptan que el autor y el cómplice del incumplimiento de un contrato son solidariamente responsables (Mazeaud y Tunc, 1977, pp. 199).

No obstante lo anterior, es objetable esta postura, primeramente porque si fuese así, también podría admitirse un razonamiento inverso, es decir, que el carácter contractual de la responsabilidad del deudor influya sobre la responsabilidad extracontractual del cómplice transformando la naturaleza de esta última (Tapia, 2006, pp. 94).

Podemos añadir además, que se replica a quienes sostienen el carácter delictual de la responsabilidad en la solidaridad, que partirían de un error, toda vez que la condena solidaria no derivaría de la aplicación de las normas aquilianas, sino que del hecho de que ambos son individualmente obligados al resarcimiento porque son igualmente responsables del mismo daño, es decir, la obligación solidaria de ambos se sostiene, sin que sea necesario afirmar que su responsabilidad es extracontractual, esto por el sólo hecho de que cada uno de ellos está obligado, por su situación personal, a reparar todo el perjuicio causado (Mazeaud y Tunc, 1977, pp. 199).

Sin embargo, la idea de complicidad entre el deudor y el tercero, que contaminaría la responsabilidad de cada uno, tanto en uno u otro sentido según la postura que se tenga, es

una institución propia del derecho penal y que según palabras de los mismos Mazeaud y Tunc, se trataría de nociones ajenas al derecho civil.

Esta teoría de la opción, parte de la base de que la responsabilidad convencional y la aquiliana serían pretensiones jurídicas distintas y autónomas, que no se excluyen mutuamente, y que por lo mismo, pueden concurrir respecto de un caso concreto, de manera que la víctima (acreedor) en los casos ubicados en las llamadas “zonas fronterizas”, contaría con dos acciones para demandar la reparación del daño causado: primero la que emana del incumplimiento del contrato y en segundo lugar la que proviene del principio general de no causar daño a nadie. Así, el acreedor podría exigir la tutela jurídica por cualquiera de las dos vías, con la única limitación de que estas no se ejerzan simultáneamente, salvo que se haga de manera subsidiaria (Alonso Traviesa, pp. 398).

En virtud de la opción que tome el actor, ésta supeditará el actuar del juez, que se encontraría sometido a la calificación jurídica que hagan las partes, por lo que el juez no podría variar el punto de vista jurídico presentado por el actor, puesto que de lo contrario incurriría en incongruencia, lo que haría la sentencia casable. Luego la interposición de una demanda en base a cualquier régimen, no causaría litispendencia sobre la otra, ya que al ser acciones autónomas, no se daría la identidad necesaria para que opere este efecto, puesto que el elemento jurídico de la causa de pedir cambia de la acción contractual a la extracontractual. Asimismo, la sentencia que resuelve una pretensión indemnizatoria tampoco tendría efecto de cosa juzgada sobre la otra, porque tampoco habría triple identidad (Alonso Traviesa, pp. 401).

Más aún, al no existir una norma como el artículo 400 de la ley de enjuiciamiento civil española actual, que impone a las partes la carga de alegar todos los razonamientos jurídicos que justifiquen determinada pretensión en el acto de imponerla, bajo pena de cosa juzgada, se debería concluir que no opera la cosa juzgada entre ellas, por lo que si se ejerce una de estas acciones y es rechazada, quedaría la otra acción para ser ejercida y eventualmente acogida. Incluso, Jordano Fraga, quien es citado por la profesora Alonso, considera que ambas acciones podrían ejercerse sucesivamente en dos procesos distintos, en caso que no se consiguiera la reparación de todos los daños, recurriendo a la otra acción para exigir los daños no reparados por la primera, lo que sería discutible, ya que podría desestimarse la segunda pretensión por la falta de un interés protegible (Alonso Traviesa, pp. 401-402).

La doctrina tradicional y la jurisprudencia chilena, por regla general, comparten la teoría de la incompatibilidad entre las acciones de responsabilidad contractual y la extracontractual, de forma que el acreedor no podría hacer una suerte de desdoblamiento, dejando de lado el vínculo contractual preexistente, y demandar conforme a las reglas de la responsabilidad extracontractual. (Alonso Traviesa, pp. 510).

Sin embargo, tesis jurisprudenciales recientes, aún minoritarias, han aceptado la teoría de la opción, esto de manera directa o indirectamente, mediante la reconducción al ámbito extracontractual de casos claramente contractuales, y esto se ha observado especialmente en los accidentes del trabajo y la responsabilidad médica, donde los daños

sufridos por incumplimiento del contrato pueden ser reconducidos a la órbita extracontractual. (Alonso Traviesa, pp. 517).

Teniendo a la vista estas 2 posturas, nos parece difícil optar por alguna de ellas, aun cuando teniendo a la vista cuál sería la opción más favorable para el acreedor, deberíamos seguir la teoría de la opción, donde quedará a criterio del juez el establecer de que cantidades se hacen responsables ambos obligados, y para estos efectos será especialmente útil la teoría de la causa adecuada, la que servirá para calificar la intervención de ambas partes y obligarlos a reparar los daños en virtud de su participación en el ilícito.

Estimamos que de todas maneras ambas son responsabilidades distintas, y que se deberían regir por reglas distintas, pero que por las particularidades de la institución en cuestión, donde de un mismo hecho se producen daños indemnizables en ambas sedes, ello no obsta a que en virtud de la diversa naturaleza de estos daños resarcibles, y además por la forma en que decida el acreedor dirigir sus pretensiones en uno u otro sentido, pueden compartir el mismo régimen de responsabilidad.

5.3 Vías por las que el acreedor puede demandar

Ya vimos anteriormente que el acreedor puede ver satisfecha su pretensión contra el deudor por la vía de la responsabilidad contractual, y asimismo, sólo podría dirigirse contra el tercero por la vía extracontractual, por la naturaleza de su intervención en el contrato, y sólo en la medida de que se le imputen daños distintos a los resarcidos en sede contractual, a menos que se asuma que es posible elegir por cuál régimen obtener la satisfacción del interés, es decir, que se sea partidario de la teoría de la opción.

Ahora bien, debemos precisar que en caso de existir un incumplimiento contractual, que revista las especiales características de haberse producido por la intervención dolosa o culposa de un tercero, estando concertado con el deudor para estos efectos, como ocurre en el caso de los contratos incompatibles, el acreedor podría legítimamente intentar una pretensión contra ambos, y esto por la vía de la litis consorcio, en virtud de la cual junto con demandar la responsabilidad del deudor, intentará una acción extracontractual contra ambos.

Esta solución toma en consideración que el acreedor cuenta con dos acciones indemnizatorias, con causas diferentes (una en el incumplimiento contractual y la otra en el ilícito extracontractual del tercero), dando lugar a un concurso de responsabilidades, de suerte que lo pagado por uno de los deudores extingue la obligación respecto del otro (Barros Bourie, 2006, p. 414).

Por ello se ha propuesto la acumulación de ambas acciones a través del ya mencionado litisconsorcio voluntario, figura consagrada en el artículo 18 del código de procedimiento civil, que permita al acreedor dirigirse en un mismo juicio contra el deudor y el tercero (Alonso Traviesa, 2006, pp. 225-226).

En este caso, respecto de la acción por responsabilidad extracontractual, según el artículo 2317 del código Civil, dicha responsabilidad es solidaria, esto por existir pluralidad de sujetos pasivos.

Art. 2317. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los artículos 2323 y 2328.

Todo fraude o dolo cometido por dos o más personas produce la acción solidaria del precedente inciso.

Podemos esgrimir a favor de esto, dos argumentos:

1. Si el primer inciso del citado artículo se refiere a la responsabilidad de aquellos que de forma conjunta han cometido un delito o cuasidelito, no podemos concluir que el inciso segundo haya repetido dicha idea, por lo tanto aludiría a otras circunstancias en donde estaría incluida esta hipótesis.
2. Si ha mediado entre deudor y tercero colusión en el incumplimiento del contrato hay dolo y, existiendo éste, la responsabilidad es delictual de acuerdo a lo prescrito en el inciso segundo del artículo señalado.

Serían obligaciones solidarias, es decir, aquellas que si bien tienen una prestación divisible, puede exigirse en su totalidad a cada uno de los codeudores en virtud de una convención, testamento o la ley. Estaríamos situados en el tercer caso, en donde la ley es la que establece expresamente esta solidaridad.

La aplicabilidad de las reglas de la solidaridad también responde a razones de seguridad e interés social, por cuanto constituye un medio para asegurar la protección de la víctima.

Estamos en presencia de una solidaridad tanto legal como pasiva, según la clasificación de sus fuentes y sujetos obligados respectivamente. Los que están obligados a la reparación tienen la calidad de deudores.

La víctima, en este caso el acreedor de la primera relación contractual, tendrá derecho para perseguir su indemnización de cualquiera de ellos en su totalidad.

Los requisitos exigidos por lo tanto, se traducen en primer lugar en unidad de hecho ilícito y en segundo lugar en pluralidad de autores.

Habrán solidaridad entonces, siempre que los coautores de un ilícito se pongan de acuerdo antes de cometerlo, o cuando no existiendo ningún acuerdo anterior todos ellos concurren a la ejecución del hecho ilícito (Tapia, 2006, pp.300).

Esta pluralidad de agentes y comportamientos deben de concurrir en la producción del resultado dañoso, no siendo necesario que sean concausas, pero sí que tengan un valor relevante en dicha producción.

Mencionamos sin embargo, que según las reglas generales de la solidaridad, aquél que satisfaga la indemnización correspondiente a la víctima tendrá derecho de reembolso contra el otro codeudor de dicha indemnización. Nos referimos concretamente al artículo 1522 de nuestro código civil.

Art. 1522. El deudor solidario que ha pagado la deuda, o la ha extinguido por alguno de los medios equivalentes al pago, queda subrogado en la acción de acreedor con todos sus privilegios y seguridades, pero limitada respecto de cada uno de los codeudores a la parte o cuota que tenga este codeudor en la deuda.

Si el negocio para el cual ha sido contraída la obligación solidaria, concernía solamente a alguno o algunos de los deudores solidarios, serán éstos responsables entre sí, según las partes o cuotas que les correspondan en la deuda, y los otros codeudores serán considerados como fiadores.

La parte o cuota del codeudor insolvente se reparte entre todos los otros a prorrata de las suyas, comprendidos aun aquellos a quienes el acreedor haya exonerado de la solidaridad.

En lo relativo a la parte que debe satisfacer cada uno de los solidariamente obligados, es decir, la cuota que a cada uno corresponde, se han generado dentro de la doctrina ciertas controversias.

La opinión mayoritaria es aquella que señala que deben soportar por partes iguales el pago de la indemnización. Contrariamente existe otra postura que opta por que la indemnización deba repartirse en proporción a su culpabilidad. Sin embargo, es más propicio inclinarnos por la primera de estas posturas, debido a que la determinación del grado de culpabilidad es una labor bastante difícil, por no decir imposible, lo cual no se presentaría en la división por partes iguales de la indemnización (Tapia, 2006, pp.301-302).

Enrique Barros Bourie señala al respecto que si el ilícito consiste en la celebración de un contrato incompatible con el que une al acreedor con el deudor primitivo, aquél cuenta también con una acción de nulidad absoluta para invalidar el segundo contrato, que es contrario a las buenas costumbres mercantiles (Barros Bourie, 2006, p. 1000).

Otra interrogante que nos podemos plantear es si existe o no la posibilidad para el tercero de ampararse en el efecto relativo de los contratos ante la acción del acreedor lesionado, esgrimiendo que el contrato no tiene relevancia para él. Aunque suene bastante lógica la defensa del tercero, no podemos considerarlo como fundamento para autorizar que terceros lesionen legítimamente derechos ajenos, que como derecho subjetivo es merecedor de protección por nuestro derecho.

Conclusión

Hemos visto que los créditos no sólo pueden ser oponibles a la contraparte, sino que también es posible oponerlos a terceros, quienes tendrían una suerte de deber de no perjudicar a los acreedores en su ejercicio.

Además, los sujetos cuentan con medios de protección para estos efectos, y son los actualmente llamados remedios contractuales

Sabemos que hoy ya no sólo el deudor puede dañar el crédito de su deudor no cumpliéndolo, sino que también un tercero puede participar en este cumplimiento, pudiendo dirigirse contra este para exigir la satisfacción de un interés.

Hemos apreciado las distintas regulaciones existentes en los derechos comparados europeos, además de una serie de casos con soluciones distintas, dependiendo del ordenamiento.

Según la regulación existente en nuestro ordenamiento, sabemos que es posible, en virtud del efecto expansivo de los contratos, dirigirse por tutela aquiliana contra el tercero que interviene en un contrato.

Hemos visto la situación de los contratos incompatibles como hipótesis de lesión de un crédito, donde frente a un acuerdo entre tercero y deudor, es posible establecer una pretensión contra ambos, sea individual o conjuntamente, y respecto de este primer punto, hemos demostrado que es posible dirigirse contra este tercero que interviene en contrato ajeno, pudiendo hacerlo por la vía extracontractual o incluso por la vía contractual si se acogiese un eventual contagio de su responsabilidad.

Respecto del segundo punto, en el caso de que tanto deudor como tercero, actuando de forma conjunta y dolosa, se concierten para no cumplir un crédito determinado del deudor, hemos visto que es posible dirigirse a ambos, ya sea por la vía de aceptar la teoría de la opción en nuestro ordenamiento, donde podría sostenerse fácilmente una eventual solidaridad, o bien haciéndolo por la vía de una litis consorcio, donde será el juez quien determine finalmente respecto de que daños se hace responsable cada uno al analizar ambas acciones de responsabilidad.

Bibliografía

Bustamante Salazar, L.: estudios de Derecho Civil II, El perjuicio del Crédito por acto de Tercero (Los Contratos Incompatibles como hipótesis de lesión del Derecho de Crédito), Santiago, 2006.

“Autonomía privada y derechos reales”, en Libro Homenaje a Ramón M^a Roca Sastre, volumen II, Madrid, 1976.

Von Tuhr, A.: Derecho Civil. Parte General del Derecho Civil Alemán, I-1º, Los derechos subjetivos y el patrimonio (traducción directa del alemán por Tito Ravá), Madrid, 1998.

Fernández Arévalo, A.: La lesión extracontractual del crédito, Valencia, 1996.

PIZARRO WILSON, Carlos. La culpa como elemento constitutivo del incumplimiento en las obligaciones de medio o de diligencia. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* [online]. 2008, n.31 [citado 2010-12-01], pp. 255-265. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-68512008000200005&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-6851. Doi: 10.4067/S0718-68512008000200005.

Alcalde Silva, Jaime. El "Commodum Repraesentationis" del artículo 1677 del "Código Civil" de Chile. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* N° 31, Valparaíso dic. 2008.

Barros Bourie, Enrique, Tratado de responsabilidad extracontractual (Santiago, Editorial Jurídica de Chile, 2006).

Barcia Lehmann, Rodrigo, *Revista Armonización de las Legislaciones*, 2001, Año 1 N°1. Extraído de http://www.salvador.edu.ar/vrid/di/r_prog_arm_rev01-01-a3.htm, última visita 05/12/2010

Gonzales Barrón, Gunther Hernán. La inútil doctrina sobre la tutela aquiliana del crédito. *Revista Derecho y Cambio Social*, Número 21 – Año VII – 2010, La Molina, Lima, Perú. Extraído de <http://www.derechoycambiosocial.com/revista021/tutela%20aquiliana%20del%20credito.pdf> Última visita: 05/12/2010.

Alessandri Rodríguez, Arturo, De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno (2ª edición, Santiago, Editorial Ediar-Cono Sur Ltda., 1983) I.

Caffera, Gerardo y Elías Mantero: Tutela Aquiliana del Derecho de Crédito: Un breve análisis teórico a partir de la jurisprudencia uruguayana actual. *Revista de Derecho Universidad de Concepción*, N° 223-224 (1-2): 45-67, 2008.

Dagot, M.: Le pacte de préférence, París, 1988.

Duclos, J.: *L'opposabilité (Essai d'une théorie générale)*, Paris, 1984.

Busnelli, F. D.: "Un clamoroso 'revirement' della Cassazione: dalla 'questione di Superga' al 'caso Meroni'", en *Foro Italiano*, 1971.

Busnelli, F. D.: "La tutela aquiliana del crédito: evolución jurisprudencial e significado actual del principio" en *Rivista Critica del Diritto Privato*, 1987, Nº 2.

Díez-Picazo, L.: *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, volumen I, 5º edición, Madrid, 1996.

Vattier Fuenzalida, C.: *La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos*, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, 1989.

Vattier Fuenzalida, C.: *Los daños de familiares y terceros por la muerte o lesiones de una persona*, en *Centenario del Código Civil (Asociación de profesores de Derecho Civil)*, tomo II, Madrid.

Lamarca i Marqués, Albert, *Anteproyecto de Segunda Ley de modificación de las disposiciones sobre derecho de daños en Alemania*, en *InDret 3* (2001); Lamarca i Marqués, Albert - Ramos González, Sonia, *Entra en vigor la segunda ley alemana de modificación del derecho de daños*, en *InDret 3* (2002); Magnus, Ulrich, *La reforma del derecho alemán de daños*, en *InDret 2* (2003).

(Artículo 2:101 de los Principios de derecho europeo de la responsabilidad civil)
Swan, Stephen, *Bases conceptuales del derecho delictual propuestos por el Grupo de Estudios para un Código Civil Europeo*, en *InDret 2* (2003), Martín Casals, Miquel, *Reflexiones sobre la elaboración de unos principios europeos de responsabilidad civil*, ponencia presentada en el Segundo Congreso de la Asociación española de abogados especializados en responsabilidad civil y seguros realizado en Granada los días 14, 15 y 16 de noviembre de 2002.

Larenz, K.: *Derecho Civil. Parte General* (traducción de Miguel Izquierdo y Marcías-Picavea), Madrid, 1978.

Tratado de derecho Civil, derecho de Obligaciones (traducido y anotado por Pérez González B. y Alguer, J.), volumen II, segunda parte, 3º edición, Barcelona.

Una primera aproximación a los "Principios de Derecho europeo de la responsabilidad civil", Miquel Martín Casals, *Observatori de dret privat europeu i comparat*, Universitat de Girona, *REVISTA PARA EL WWW. INDRET.COM, ANÁLISIS DEL DERECHO*, *InDret BARCELONA*, MAYO DE 2005.

Gómez Pomar, Fernando. "Hacer pagar al mensajero", *Revista Indret, Working Paper Nº 122*, Barcelona, enero de 2003.

Van Thienen, Pablo A, “El caso Top Toy SA VS Hasbro Argentina SA”, pp. 11-16, <http://dl.dropbox.com/u/2160229/Dossier%20Caso%20Hasbro.pdf>, última visita 5/01/2011.

Alterini, Atilio Aníbal, Derecho de Obligaciones Civiles y Comerciales; Roberto M. López Cabana; Oscar J. Ameal. 4ta Edición. Buenos Aires: AbeledoPerrot, 2008.

Pizarro Wilson, Carlos, Comentarios de jurisprudencia. Sentencia de la Corte Suprema de 6 de mayo de 2004, en Revista Chilena de Derecho Privado 4 (2005)

Alessandri Rodríguez, Arturo, De la responsabilidad extra-contractual en el derecho civil chileno (2ª edición, Santiago, Editorial Ediar-Cono Sur Ltda., 1983) I, núm. 138, pp. 210.

Alonso Traviesa, María Teresa, El problema de la concurrencia de responsabilidades (Santiago, Editorial LexisNexis, 2006), pp. 225-226

Yzquierdo Tolsada, M.: Responsabilidad civil contractual y extracontractual, Madrid, 1993, pp. 114 y ss.

Gullón Ballesteros, A.: Curso de Derecho Civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual, Madrid, 1968, p. 63

Vallet de Goytisolo, J. B.: “Determinación de las relaciones jurídicas respecto a inmuebles susceptibles de trascendencia respecto a terceros”, en Estudios sobre derechos de cosas y garantías reales, Barcelona, 1962, p. 174.

Gordillo Cañas, A.: La representación aparente (Una aplicación del principio general de protección de la apariencia jurídica), Sevilla, 1978, p. 274.
<http://fondosdigitales.us.es/tesis/tesis/767/la-representacion-aparente-una-aplicacion-singular-del-principio-general-de-proteccion-de-la-apariencia/> Última visita 05/12/2010.

Fernández Arévalo, A.: “Doctrina de la Sala Primera del Tribunal Supremo acerca de la lesión del crédito causada conjuntamente por el deudor y un tercero”, en Revista de derecho patrimonial, 2001, Nº 5, p. 503.

Tedeschi, G.: “Negoci giuridici incompatibili”. En Arch'ivio Giuridico Filippo Serafini, 1929, pág. 210.

Tapia Suarez. O.: “De la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad delictual entre los contratantes”, Santiago, 2006.

Bustamante Salazar, Luis. La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana. Revista Ars Boni et Aequi, ISSN 0718-2457, Nº. 3, 2007, págs. 165-196.

López Berenguer, J.: “La colisión de derechos originada por los contratos incompatibles celebrados simultáneamente por mandante y mandatario”, Anales de la Universidad de Murcia: Derecho, Vol. XX Núm. 1, pp 73-95.

Rodríguez Grez, P.: De la responsabilidad delictual de los contratantes, en Estudios Jurídicos en homenaje a los profesores Fueyo, León, Merino, Mujica y Rosende, Universidad del Desarrollo, Santiago, 2007, p. 23.