

vSociedad Controlante - Sociedad Controlada - Contratos - Contratos en Particular -
Responsabilidad Contractual - Daño - Pérdida de Chance

Tribunal: Cám. Nac. de Apelaciones en lo Comercial - Sala C

Autos: Top Toys Juguetes S.A. c/Hasbro Argentina S.A. s/Ordinario

Fecha: 19-02-2008

Cita: IJ-XXIX-491

Sumarios :

1. Corresponde responsabilizar a la demandada por comercializar juguetes mientras estaba vigente un contrato de licencia exclusivo entre la actora y la empresa licenciante, en tanto la existencia de un vínculo de relación y control entre la demandada y la licenciante evidencian un conocimiento acabado de la existencia, alcances y modalidad operativa del contrato celebrado anteriormente con la actora.
2. Dado que se probó que existe entre la demandada y la empresa fabricante una relación de control, correspondía a la accionada citar a la licenciante a los fines de probar la morigeración de la exclusividad pactada con la actora.
3. Para la cuantificación del concepto "pérdida de chance" se toma en cuenta la cantidad de unidades importadas, el porcentaje de los productos que pudieron comercializarse y la ganancia aproximada obtenida por producto vendido.
4. El contrato de licencia se ubica entre los denominados "colaborativos", los convenios de colaboración empresaria son aquellos en los que una parte despliega su actividad en concurrencia con la actividad ajena.
5. El campo propio de la licencia industrial es el de aquellos derechos industriales respecto de los cuales el orden jurídico otorga un derecho de monopolio o exclusividad, incluyendo también casos en que se transmite simple información técnica, por un precio y durante un tiempo determinados, al cabo del cual quien recibe tal información debe cesar en su uso.
6. La práctica contractual de "asistencia técnica" aparece asociada con la entrega de "información técnica" o de una "licencia industrial".
7. La posición dominante por la situación de control no importa por sí misma comunicación de responsabilidad por las obligaciones contraídas por algunas de las sociedades involucradas, sino que son fenómenos frecuentes en el acontecer societario que no ha de percibirse con disvalor o negativamente.

Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial - Sala C

Buenos Aires, 19 de Febrero de 2008.-

El Dr. Juan Manuel Ojea Quintana dice:

I.- La causa

i. En fs. 14/30 promovió demanda Top Toy's Juguetes S.A. contra Hasbro Argentina S.A. reclamando el monto que surja de la multiplicación de la cantidad de juguetes que la demandada importó y vendió, en violación al derecho del accionante, con más un resarcimiento por los daños mediatos provocados. Todo ello, más intereses y costas.

Sostuvo que Top Toys Juguetes S.A. se dedica a la fabricación y comercialización de juguetes. En ese contexto celebró varios contratos de licencia con Milton Bradley Intemational Inc. y con Hasbro Intemational Inc. -ya sea por sí misma, como en su carácter de continuadora de Milton Bradley-, por medio de los cuales le otorgaron el derecho y licencia exclusivas para fabricar, reproducir y vender los productos allí especificados. Aseguró que, a pesar de ello, la demandada importó productos licenciados a sabiendas, de que las licencias se encontraban vigentes.

ii. Corrido el traslado de la demanda, en fs. 40/49 lo contestó Hasbro Argentina S.A.

Reconoció que si bien forma parte del grupo "Hasbro", no es filial ni está sujeto a las directivas de Hasbro Intemational Inc. Manifestó que no está vinculada contractualmente con la actora y que ignora los contratos de licencia invocados por su contraria, respecto de los cuales es seguro que se encontraban algunos de ellos rescindidos y otros finalizados por vencimiento del plazo. En razón de ello, afirmó que los daños alegados, no pueden ser reclamados a su parte pues se trata de un tercero ajeno a la contratación. Solicitó el rechazo de la demanda con costas.

II.- La sentencia de primera instancia

Mediante el pronunciamiento de fs. 1124/1138 el a quo rechazó la demanda interpuesta por la actora; a quien le impuso las costas.

Para resolver en ese sentido, sostuvo el entonces juez de grado que los contratos de licencia suscriptos por Top Toys Juguetes S.A. con Hasbro Intemational Inc. se hallaban vigentes a febrero de 1999 y que las importaciones realizadas por Hasbro Argentina S.A. tuvieron lugar durante la vigencia de tales contrataciones. Mas de tales contingencias no podía seguirse la existencia de conducta antijurídica atribuida por la actora a Hasbro Argentina S.A.

Para arribar a tal conclusión consideró fundamentalmente que esos contratos vincularon a personas jurídicas extrañas al proceso, siendo la accionada ajena a los mismos. Estimó que para verificar con total certeza la actuación antijurídica de la demandada y así atribuirle responsabilidad por la presunta violación a las licencias, debió citarse a juicio a quienes fueron parte en los contratos en cuestión; lo cual no sucedió en autos.

III.- El recurso

i. En fs. 1143 apeló la accionante, fundando el recurso en fs. 1219/1228. Se agravió por cuanto el a qua teniendo por acreditados los hechos por ella invocados, rechazó la demanda por no haberse citado a juicio a Hasbro International Inc. para determinar con certeza si

medió actuación antijurídica de la demandada. Afirmó que la responsabilidad de Hasbro Argentina S.A. es evidente ya que conocía pormenorizadamente la relación contractual anudada entre la actora y Hasbro International Inc. Manifestó que resultaba irrelevante la no participación de esta última en el proceso y que el a qua sostuvo una defensa hipotética nunca planteada en autos. Por ello, solicitó se revoque la sentencia apelada con costas.

ii. Frente a ello, en fs. 1237/1242 la accionada adujo que la sentencia no tuvo por acreditados los hechos invocados por la actora en relación con la vigencia de los contratos en cuestión, la exclusividad de la importación de todos los productos mencionados en la demanda y la participación de Hasbro Argentina S.A. en la relación contractual entre la actora y Hasbro International Inc. Aseguró que no fue acreditada la alegada antijuricidad de su conducta y que la recurrente no probó los daños demandados.

IV.- La solución

1. Ha de discernirse aquí si se verificó o no la alegada conducta antijurídica de la parte demandada, consistente en vulnerar ciertos contratos de licencia que Top Toys Juguetes S.A. había suscripto con Hasbro International Inc.

El reproche formulado consistió en atribuir a Hasbro Argentina S.A. la importación de ciertos productos materia de los contratos de licencia, con lo que la exclusividad pactada a su respecto habría quedado desvirtuada ocasionándole, según la actora, daños cuyo reconocimiento aquí persigue.

De su lado la accionada resistió ese criterio manteniendo ser ajena al vínculo entre la actora y Hasbro International Inc. por lo que nada de antijurídico tuvo su conducta.

2. Marco Teórico

El contrato de licencia se ubica entre los denominados "colaborativos". Los convenios de colaboración empresaria son aquellos en los que una parte despliega su actividad en concurrencia con la actividad ajena, si bien de manera independiente.

La colaboración es uno de los rasgos fundamentales de este tipo de acuerdos. Son contratos de derecho privado que ponen el acento en la intermediación y en la promoción de negocio, en el que dos empresas se ponen de acuerdo en la realización de un emprendimiento común, cooperando para el óptimo funcionamiento de la empresa conjunta, brindándose apoyo de manera mutua.

Aparecen distintos tipos contractuales en la práctica mercantil, presentándose con los nombres de "know how", "licencia industrial" y "asistencia técnica".

Licencia designó históricamente un acto del soberano por el que éste atribuía a alguien una exención o privilegio del que los otros se hallaban excluidos. Más modernamente es aquella relación por la cual el titular de un derecho de exclusividad, mediante la percepción de un

precio, libera a otro de la general obligación de abstinencia que constituye la contra partida de su derecho de exclusividad o monopolio.

El campo propio de la licencia industrial es el de aquellos derechos industriales respecto de los cuales el orden jurídico otorga un derecho de monopolio o exclusividad. Mas también incluye casos en que se transmite simple información técnica, por un precio y durante un tiempo determinados, al cabo del cual quien recibe tal información debe cesar en su uso.

Difícilmente esas prestaciones se conciertan aisladas; de ahí que el derecho a utilizar información técnica aparezca asociado con el derecho a usar marcas, modelos ornamentales, y con una promesa de asistencia técnica dirigida a asegurar el adecuado dominio de la técnica transmisible.

Por fin debe resaltarse que en la práctica contractual la "asistencia técnica" aparece asociada con la entrega de "información técnica" o de una "licencia industrial" (conforme Sergio Lepera, *"Cuestiones de derecho comercial moderno"*, pág. 320/21, Astrea, 1979).

3. Los contratos. Su vigencia hasta febrero de 1999.

i. De la documentación aportada por la parte actora (v. expediente de medida cautelar N° 5.577/2000; fs. 4/13, fs. 26/36 y 47, fs. 48/74) se infiere –como lo hizo el a quo en un desarrollo analítico certero– que los contratos referidos a los productos "Pulgas locas", "Quien es quien", "Juego de la vida", "Simón" y "Operation", concluyeron para la licenciante en febrero de 1999, sin que quepa aquí discernir el alcance y la responsabilidad que cupo a la actora y a Hasbro International Inc. en la resolución de los mismos.

Asimismo, de la evaluación de esa documentación con relación a los contratos de los productos "My little Pony", "Gloworm" y "Scruples", no puede predicarse que finiquitaron por vencimiento del plazo, debiendo seguirse el criterio seguro empleado por el juez de grado que los ha considerado finalizados en febrero de 1999, habida cuenta el intercambio epistolar analizado.

Cierto es que se destacó en la anterior instancia la provisoriedad de las conclusiones por la no participación procesal en autos de la licenciante. Mas como se verá infra se hallaba en inmejorables condiciones la aquí demandada en orden a contrarrestar la alegada ausencia de vigencia contractual durante las importaciones de los productos, al conocer la relación entablada entre las partes por su manifiesta vinculación con Hasbro International Inc.

ii. Lo anterior proyecta como consecuencia que al tiempo de realizarse las importaciones los contratos se hallaban vigentes; por donde ha de discernirse entonces si tales importaciones configuraron o no lesión al derecho de la actora licenciataria imputable a la demandada Hasbro Argentina S.A.

iii. De los elementos de juicio colectados en autos surge la acreditación de las mentadas importaciones realizadas por Hasbro Argentina S.A. durante la vigencia de los. contratos aludidos *supra*.

(a) No desconoció la demandada la realización de importaciones, mas sí refirió que la exclusividad fue concedida exclusivamente sobre dos productos: "Escrúpulos" y "Quién es quién".

Si bien es cierto que se publicitó la contratación relativa a tales productos mediante la inscripción en la Dirección Nacional del Derecho de Autor (v. fs. 445/454), ello no implicó que la mencionada exclusividad abarcara solamente esos dos juguetes. Precisamente el tenor de los contratos ya mencionados en el punto 3 precedente da cuenta de que tal elemento abarcaba a la totalidad de los productos (v. expediente sobre medida cautelar cit.).

(b) Del informe proporcionado por la Aduana surge el detalle de los despachos de importación durante los períodos señalados (v. fs. 572, 828, 851,990 Y 1042; fs. 831, 838, 839 y 998; fs. 898; fs. 892, 894 y 1024; fs. 902, 910, 934, 944 y 966; y fs. 564, 565, 910, 934, 952, 977, 1007, 1040, 1041).

4. Juegos importados comprendidos en la "exclusividad" pactada

El tema de la exclusividad es nota común a todos los contratos celebrados entre la actora y Hasbro Intemational Inc. -Milton Bradley Intemational Inc.-.

Así se desprende de la documentación acompañada en el expediente sobre medida cautelar n° 5.577/2000 (v. cláusula primera de las copias de los contratos obrantes a fs. 4/11, del 11.4.1979; fs. 13/19, del 30.12.1984; fs. 20/25, certificado el 12.8.1988; fs. 26/47 del 1.1.1980; fs. 48/54 del 28.10.1988 y fs. 55/61 del 20.10.1988).

5. *Quid* de la relación entre Hasbro Intemational Inc. y Hasbro Argentina S.A.

Resulta ostensible en autos la relación de agrupamiento que unía a Hasbro Intemational Inc. y Hasbro Argentina S.A.

(a) Las dos sociedades están representadas por el mismo estudio jurídico M&M Bomchil, con domicilio en la calle Suipacha 268, piso 12 de la Ciudad de Buenos Aires.

(b) El representante legal de Hasbro Argentina S.A. -Dr. Marcelo Bombau- ha sido el firmante de ciertas carta documento remitidas por Hasbro Intenational Inc. (del 22.4.99, 10.5.99, 22.6.99 Y 19.7.99; v. copias obrante a fs. 148/150 del juicio sobre medida cautelar n05.577/2000, respectivamente).

(c) El presidente de Hasbro Argentina S.A. al absolver posiciones reconoció que Hasbro Intemational Inc. posee el 50% o el 51 % del paquete accionario de la aquí demandada (v. fs. 200; respuesta primera). Ese dato dirimente surge, por lo demás, del informe brindado por la Inspección General de Justicia (v. fs. 503)

(d) Del informe de S.E.C. (Security Exchange Comisión) surge que Hasbro International Inc. denuncia a Hasbro Argentina S.A. como una "sociedad subsidiaria" (v. fs. 812 y la documentación arrojada y reservada en dicha oportunidad).

Ciertamente se hallaba Hasbro Argentina S.A. en inmejorables condiciones para refutar, en su caso, la tesis de la contraria y los datos proporcionados precedentemente. Sin embargo nada hizo en tal sentido más allá de la demostración sobre la tarea de gestión o de management llevada a cabo por el accionista Importador Universo, quien no ostentaba la mayoría accionaria.

A este último respecto cuadra señalar que esa tarea llevada a cabo por el accionista uruguayo no puede reputarse como de control de la sociedad, puesto que ese control en todo caso lo detentaba la accionista mayoritaria (art. 33, 10 de la LS).

6. Responsabilidad de Hasbro Argentina S.A. en la lesión del crédito de Top Toys. Juguetes S.A.

Los datos precedentemente relacionados permiten concluir que se verificó objetivamente no sólo un vínculo de agrupamiento entre Hasbro International Inc. y Hasbro Argentina S.A., sino una relación de control efectivo de la primera con relación a la segunda, de suerte que resulta indudable que medió conocimiento acabado de la existencia, alcances y modalidad operativa de la relación contractual anudada entre Top Toys Juguetes S.A. y Hasbro International Inc.

La personalidad jurídica diferenciada que formalmente cabe predicar de ambos sujetos de derecho no puede servir para alegar el desconocimiento de los contratos tal como lo planteó la aquí demandada. El aludido vínculo grupal y la situación de control descriptos ponen de relieve la debilidad del argumento ensayado por la accionada.

No es que la posición dominante por la situación de control importe por sí misma comunicación de responsabilidad por las obligaciones contraídas por algunas de las sociedades involucradas. Ellos son fenómenos frecuentes en el acontecer societario que no ha de percibirse con disvalor o negativamente (v. Otaegui Julio C, "Invalidez de actos societarios", Buenos Aires, 1978, p. 291, CNCom, Sala B, junio 13-1991 "Noel Carlos M. y otra el Noel y Cía. S.A."; íd. Sala D, abril 8-1987 in re "Chausovsky Rubachik Roberto M. C/Catyc S.A. s/sumario").

Mas cuando se verifica un ejercicio disfuncional o abusivo de tal estado de control dominio con perjuicio a terceros, corresponde sí el reproche legal que aquí se realiza a la demandada (art. 1071 Cód. Civ).

En lo que aquí concierne: (a) si los contratos celebrados por la actora con Hasbro International Inc. preveían la exclusividad de aquélla para la comercialización de los productos; (b) Y si Hasbro Argentina S.A. integraba el grupo "Hasbro" como controlada, por donde debía conocer inequívocamente los términos de aquella contratación -con la esencial cláusula de exclusividad-; (c) la importación de esos mismos productos por Hasbro Argentina S.A. significó violentar ilícitamente sa exclusividad.

Podría objetarse que al no formar parte Hasbro Argentina S.A. de ningún contrato que la vinculara con Top Toys Juguetes S.A., le sería aplicable el principio derivado del art. 1195 del Cód. Civ. que en su parte final señala que los contratos no pueden perjudicar a terceros.

De su lado el art. 1199 de ese cuerpo legal, agrega que no pueden ser invocados por los terceros ni series opuestos.

Ahora bien, la norma manda "no perjudicar a terceros" de los contratos, importando ello una consecuencia lógica de una norma implícita que reside en el denominado por la doctrina "efecto relativo de los contratos".

Ello significa que los contratos producen efectos entre sus partes; esto es entre quienes contrataron; pero no constituyen institutos que pueden ser empleados contra sujetos distintos de los contratantes.

Sin embargo en el caso debe tenerse en consideración un elemento adicional que altera lo hasta ahora desarrollado: que la sociedad aquí demandada Hasbro Argentina S.A. - no desconocía lo acordado entre Top Toys S.A. y Hasbro International Inc.

Véase que quedó demostrada *supra* en autos la relación existente entre las dos sociedades Hasbro.

Frente a esa realidad no puede válidamente sostenerse que la demandada no estuviera al tanto de los términos y alcances de la contratación entre Top Toys S.A. Y Hasbro International Inc., puesto que cuando se habla del efecto relativo de los contratos, se apunta a los terceros ajenos. Mas en el caso se advierte con meridiana claridad que no se trata de ese supuesto. Recuerdo que partes en el contrato son las personas que lo celebran en el carácter de titulares de derechos y entre quienes opera este efecto relativo. Y si bien prima Jade los efectos no se producen respecto de los terceros, es necesario precisar quienes son ellos.

Los terceros son las personas ajenas al vínculo establecido entre acreedor y deudor (conf. op cit. T. 11., pág. 570).

Ciertamente en el caso y a la vista de la vinculación mantenida entre las sociedades antes nombradas, se arriba a la conclusión de que Hasbro Argentina S.A. no es estrictamente una tercera ajena desconocedora de la relación contractual citada.

7. Irrelevancia de la no participación en autos de Hasbro International Inc.

Si el *prius* del discurso lógico es que Hasbro Argentina S.A. formaba parte del grupo y no podía desconocer los términos y alcances de la relación contractual anudada entre Hasbro International Inc. y Top Toys Juguetes S.A., es descalificable entonces el argumento relativo a la no participación de Hasbro International Inc. en el juicio. Hasbro Argentina S.A., por lo demás pudo traerla y, asimismo, demostrar en su caso si se hallaba o no morigerada o modificada la exclusividad alegada por la parte actora.

8. La indemnización

Tratándose el caso aprehendido por la órbita de la responsabilidad contractual, la extensión y alcance de la indemnización se encuentra regulado por el artículo 520 del Código Civil, que limita el resarcimiento a las consecuencias inmediatas y necesarias de la inejecución. Pues bien, en lo que atañe a la cualidad de inmediatas, ellas no son sino las que resultan según el curso natural y ordinario de las cosas, como expresa el artículo 901 del Código Civil (Belluscio - Zannoni, "Código Civil...", Astrea, Bs. As., 2002, t. 2, pág. 726).

Mas no con el alcance del art. 521 del Código Civil, como pretende la reclamante, ya que las circunstancias que rodearon el incumplimiento bajo examen no permiten inferir per se la existencia de un accionar malicioso de la demandada ni tampoco se arrimaron elementos de juicio que demuestren tal hipótesis.

Acaso pudiere conjeturarse que la responsabilidad reprochada responda a la órbita extracontractual -aunque, en rigor, el incumplimiento del pacto de exclusividad concierne a los contratos ya mencionados *supra*-. Sin embargo, y aún asumiendo esa mera hipótesis, es perceptible aquí la ausencia de evidencia fáctica suficiente tendiente a la acreditación de la relación de causalidad entre la conducta de Hasbro Argentina S.A. y las alegadas consecuencias mediatas.

En teoría, la indemnización está integrada por dos elementos: a) El daño emergente, es decir, el daño efectivamente sufrido por el acreedor con motivo del incumplimiento (...); b) el lucro cesante, es decir, la ganancia o utilidad que ha dejado de percibir el acreedor con motivo del incumplimiento (conf. Borda, "Tratado de Derecho Civil Argentino - Obligaciones", Perrot, Bs. As., 1967, T. 1, pág. 125).

En el *sub lite* el accionante procura la percepción de un resarcimiento en concepto de lucro cesante, por la frustración del acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiera obtenido de no haber la demandada violentado la exclusividad de la que gozaba para la venta de ciertos productos de Hasbro Internacional Inc. en el territorio argentino.

Considero que asiste razón a la apelante y que el verificado incumplimiento de Hasbro Argentina S.A. configuró un daño que debe ser reparado. En efecto, la colocación en el mercado de los juegos importados por esta última, sin duda alguna menguó la posibilidad de la reclamante de obtener utilidades por la provisión de tales productos.

Si se tiene en cuenta que le había sido otorgada a Top Toy's la exclusividad para la comercialización de los mentados juegos y, en consecuencia, el derecho a lucrar con esa actividad; la participación de la accionada en el abastecimiento de los productos lógicamente derivó en una disminución de las ganancias a las que, según acontece en el curso natural y ordinario de las cosas (arts. 520 y 901 del Código Civil), hubiera accedido la reclamante de no hallarse satisfecho cierto sector del mercado ocupado por Hasbro Argentina en infracción a lo pactado.

Cabe señalar en este orden que no puede predicarse aquí *stricto sensu* la existencia de un lucro cesante sino el de la pérdida de una chance. Véase que en el caso se ha interrumpido un proceso que razonablemente pudo conducir a la actora a obtener una utilidad (pérdida de

chance), mas no se trata de la privación de una ganancia cierta a la cual tenía título o derecho la reclamante al verificarse el incumplimiento contractual (lucro cesante).

La chance es la posibilidad de un beneficio probable, futuro ya que integra las facultades de actuar del sujeto en cuyo favor la esperanza existe. Privar de ésta al sujeto conlleva daño, aún cuando pueda ser dificultoso estimar su entidad, porque lo perdido, frustrado, en realidad es la chance y no el beneficio esperado como tal. La pérdida de esta oportunidad configura un daño actual -no hipotético resarcible cuando implica una probabilidad suficiente de beneficio económico que resulta frustrado por culpa del responsable y puede ser valorada en sí misma, aún prescindiendo de su resultado final incierto, en su intrínseco valor económico de probabilidad, convirtiéndose así en un daño actual resarcible (CNCom., Sala A, in re: "Pérez Elizabeth c/Fiat Argentina SA sI ordinario", del 17/9/2004; y antecedentes y citas allí efectuados).

Dicho de otro modo, la pérdida de chance configura una frustración de una posibilidad de obtener ingresos (Orgaz, Alfredo, "El daño resarcible ", Depalma, Buenos Aires, pág. 70).

Sin perjuicio de la señalada distinción entre los rubros citados, a título aproximativo debe recurrirse al arbitrio matemático para el cálculo de la indemnización como si se tratara de lucro cesante y, sobre esa base, aplicar un porcentaje en función del grado de probabilidad que tenía de obtener la rentabilidad perdida por la chance frustrada.

De la documentación arrimada al cuaderno de prueba de la parte actora certificados de importación, principalmente- se desprende que, hallándose vigentes los mencionados contratos con Hasbro International Inc., la demandada importó:

- a) "Travel guess who": 10.800 unidades (v. fs. 572, 828, 851, 990 Y 1042).
- b) "Escrúpulos": 10.800 unidades (v. fs. 831, 838, 839 Y 998).
- c) "Simon": 200 unidades (v. fs. 898).
- d) "Playskool Gloworm": 1.620 unidades (v. fs. 892, 894 Y 1024).
- e) "Operation": 11.346 unidades (v. fs. 902, 910, 934, 944 Y 966).
- t) "My little Pony": 155.772 unidades (v. fs. 564, 565, 910, 934, 952, 977, 1007, 1040, 1041).

Es dable poner de relieve que, con excepción del juego indicado en el inciso f) que comprende diversos modelos con distintos costos, en general la cantidad de unidades indicada responde al mismo producto con variaciones insignificantes en el precio de los mismos.

Para la cuantificación del concepto "pérdida de chance" serán utilizadas las siguientes pautas: a) la cantidad de unidades importadas; b) el porcentaje de los productos que

podieron comercializarse, que se estima prudencialmente en al menos un 50% de los juegos importados; y c) la ganancia aproximada obtenida por producto vendido, que puede deducirse de la pericia contable obrante a fs. 638/655 sin perjuicio del déficit probatorio verificado en autos con relación a los parámetros que llevaron a la actora a estimar la utilidad por producto en las sumas especificadas en el cuadro de fs. 22 vta.-.

De modo que, con sustento en las bases de cálculo precisadas y echando mano al criterio prudencial que posibilita la doctrina del art. 165 del C.P.C.C.N., cabe fijar este rubro en la suma de seiscientos mil pesos (\$600.000) -en tanto eran comercializados en dicha moneda.

A ello deberán adicionarse réditos calculados desde la primera intimación cursada por la actora a fin de que la demandada dejase de importar (v. fax remitido el 18.1.1999; copia obrante a fs. 168/169), según la tasa activa que percibe el Banco de la Nación para sus operaciones de descuento a 30 días, plazo vencido plenario del fuero en autos: "S.A. La Razón s. quiebra s. incidente de pago de los profesionales" del 27.10.94), sin que corresponda su capitalización corn., Sala A, *in-re*: "Banco Liniers S.A. c/Nayrnarkl Victor Sergio s/Ejec.", del 16-08-1996; y doctrina plenaria recaída *in-re*: "Calle Guevara, Raúl-Fiscal de Cámara s/Revisión de Plenario", del 25-08-2003).

V.- Conclusión

Por lo expuesto, si mi criterio fuera compartido por mis distinguidos colegas, corresponderá revocar la sentencia apelada haciendo lugar a la demanda promovida por Top Toy's S.A. contra Hasbro Argentina S.A. y condenando a esta última a que abone a la accionante en el plazo de 10 días -de consentido o ejecutoriada este decisorio- la suma de \$600.000 con más sus intereses. Costas a la demandada vencida (art. 68 C.P.C.C.N.). Así voto.

Por análogas razones los Dres. Monti y Caviglione Fraga adhieren al voto que antecede.

Por los fundamentos del acuerdo que antecede, se revocar la sentencia recurrida haciendo lugar a la demanda promovida por Top Toy's S.A. contra Hasbro Argentina S.A. Y condenando a esta última a que abone a la accionante en el plazo de 10 días -de consentido o ejecutoriada este decisorio- la suma de \$600.000 con más sus intereses conforme lo señalado precedentemente (considerando IV apartado 8, último párrafo).

Las costas se imponen conforme lo señalado supra (considerando V).

El Dr. Juan Manuel Ojea Quintana actúa conforme lo dispuesto en la Resolución N° 542/06 del Consejo de la Magistratura y Acuerdo del 15.11.06 de esta Cámara de Apelaciones.

José L. Monti - Bindo B. Caviglione Fraga - Juan M. Ojea Quintana

Relaciones de grupo y sus efectos en el contrato de distribución comercial: un antecedente que preocupa

El caso TOP TOY SA vs HASBRO ARGENTINA SA

Por Pablo A. Van Thienen

“El tribunal condenó a Hasbro Argentina SA a indemnizar los daños causados a Top Toy Juguetes SA como consecuencia del incumplimiento contractual de Hasbro International, Inc, controlante de Hasbro Argentina SA. La sala C entendió configurado un ejercicio abusivo del “control” haciendo un “uso inverso” del artículo 54 LSC: ya no se trata de extender la responsabilidad al controlante, sino al controlado por uso abusivo del control.”

Relaciones de grupo y sus efectos en el contrato de distribución comercial: un antecedente que preocupa.

El caso TOP TOY SA vs HASBRO ARGENTINA SA[1]

Por Pablo A. Van Thienen[2]

El tribunal condenó a Hasbro Argentina SA a indemnizar los daños causados a Top Toy Juguetes SA como consecuencia del incumplimiento contractual de Hasbro International, Inc, controlante de Hasbro Argentina SA.

La sala C entendió configurado un ejercicio abusivo del "control" haciendo un "uso inverso" del artículo 54 LSC: ya no se trata de extender la responsabilidad al controlante, sino al controlado por uso abusivo del control.

Los hechos:

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 aún cuando sí reconoció formar parte del "Grupo Hasbro".

En primera instancia se rechazó la demanda haciendo lugar a la excepción de Hasbro Argentina SA.

Decisión de la sala:

El nudo gordiano del caso es: si la importación realizada por Habro Argentina SA de "Pulgas Locas", "My Little Pony", "Juego de la Vida " importó violación al pacto de exclusividad asumido por Hasbro International Inc.

Para hacer responsable a la subsidiaria argentina del Grupo Hasbro frente al contrato de distribución exclusiva, la sala C sostuvo el siguiente criterio:

1. Relación de grupo: Datos que revelan el vínculo grupal: A) Ambas sociedades están asesoradas por el mismo estudio jurídico (M&Mbomchil), B) el representante legal de Hasbro Argentina (Dr. Marcelo Bombau) suscribió las cartas documentos en representación de Hasbro International Inc., C) el presidente de Hasbro Argentina al absolver posiciones reconoció que Hasbro International, Inc poseía el 50%, D) del informe de la Securities & Exchange Commission surge que Hasbro International, Inc. denuncia a Hasbro Argentina SA como una "Subsidiary".

"A Subsidiary is a corporation of which more than 50% of the voting shares are owned by another corporation term as the parent company. Subsidiary is the preferred term when control exists".

2. Responsabilidad de Hasbro Argentina SA: Quedó demostrado no sólo relación de grupo sino control efectivo. Siendo esto así medió conocimiento acabado de la existencia, alcance y modalidad operativa del contrato que unía a Top Toy con Hasbro Int. Inc. La personalidad jurídica diferenciada no puede servir para alegar desconocimiento del contrato. La relación de control debilita este argumento.

3. Relación de control, responsabilidad y artículo 1071 del C.c: La sola existencia de control no importa comunicación de responsabilidad. Ésta opera cuando el control se ejerce abusivamente.

4. Artículo 1195 del C.c: No puede válidamente sostenerse que Hasbro Argentina SA como subsidiaria de Hasbro International, Inc., desconocía la exclusividad concedida por éste, invocando aquel ser un "tercero" en la relación contractual. Está claro que el artículo 1195 del C.c se refiere a los llamados "terceros" realmente ajenos a la relación contractual. Hasbro Argentina SA no es un real tercero.

5. Indemnización reclamada por Top Toy Juguetes SA: (i) Daño emergente: daño efectivamente sufrido + (ii) lucro cesante: ganancia dejada de percibir. Es importante señalar que de acuerdo con este último rubro Top Toy Juguetes SA buscó resarcirse de "... la frustración del acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiera obtenido de no haber Hasbro Argentina SA competido en el mercado importado los productos bajo exclusividad".

6. Opinión de la sala respecto del rubro "lucro cesante: La colocación en el mercado de los juegos importados por Hasbro Argentina SA disminuyó la posibilidad para Top Toy de obtener utilidades. La participación de Hasbro Argentina SA importó una reducción de ganancia para Top Toy, ganancia a la que hubiera accedido de no haberse importado esos productos por Hasbro Argentina SA captando un mercado que le pertenecía por contrato a Top Toy.

7. ¿Lucro cesante o pérdida de chance?: No puede predicarse aquí un lucro cesante sino la pérdida de una chance. Se ha producido aquí la interrupción de un proceso que pudo conducir a Top Toy a obtener una utilidad (pérdida de chance) más no se trata de la privación de una ganancia cierta a la cual tenía derecho (lucro cesante). Entendámoslo bien la CHANCE es la posibilidad de un beneficio probable y futuro. La pérdida de Chance implica PRIVAR de esa posibilidad.

8. Estimación de valor de esa chance: Estimar su valor es complejo porque lo perdido no es el beneficio económico como tal sino la pérdida de <<la>> OPORTUNIDAD.

9. Chance, probabilidad y valor económico: La pérdida de esa oportunidad que configura un daño actual es resarcible cuando implica una PROBABILIDAD SUFICIENTE DE BENEFICIO ECONÓMICO que resulta frustrado. Esto es el VALOR ECONOMICO DE LA PROBABILIDAD. La pérdida de esa probabilidad (chance) importa lisa y llanamente la frustración de una posibilidad de obtener ganancias o la frustración de una ganancia posible.

10. Estimación del rubro: Debe recurrirse al arbitrio matemático para el cálculo de la indemnización como si se tratara de lucro cesante y, sobre esa base, aplicar un porcentaje en función del grado de PROBABILIDAD de obtener la renta perdida.

11. La fórmula de cálculo:

$$\text{VALOR ECONÓMICO DE LA CHANCE} = \text{Unidades importadas} / \% \text{ de productos que pudieron comercializarse (estimado en 50\%)} \times \text{ganancia aproximada obtenida por producto vendido.}$$

12. Valor económico de la pérdida de chance:

\$600.000

Mi opinión:

1. Premisas para extender responsabilidad contractual en la relación de grupo:

Para condenar a la sociedad subsidiaria en Argentina del Grupo Hasbro por incumplimiento contractual de Hasbro International, Inc., el tribunal partió de la siguiente premisa:

(i) si el contrato preveía exclusividad y

(ii) si Hasbro Argentina SA integraba el grupo Hasbro debía conocer inequívocamente la exclusividad pactada.

Ergo, la importación por Hasbro Argentina SA significó violentar el pacto de exclusividad.

En estos términos el juez consideró que la relación de grupo no permitía a Hasbro Argentina desconocer la relación contractual habida entre su controlante y Top Toy. Ese "conocimiento" del contrato, importó para el tribunal adherir a la subsidiaria al contrato de distribución como si fuera parte del negocio. Así las cosas el contrato le era oponible a Hasbro Argentina SA.

2. Contratación del mismo despacho jurídico para extender responsabilidad:

Vale la pena destacar otros elementos que el tribunal tomó como relevantes para acreditar no sólo relación de grupo sino control efectivo y, por ende, responsabilidad: 1) que tanto Habro International, Inc como su subsidiaria argentina estaban asesoradas por el mismo despacho jurídico y 2) que el presidente de Hasbro Argentina SA respondió las cartas documentos en representación de Habro International, Inc. Esta suerte de <<confusión>> en la representación legal llevó al juez a considerar que Hasbro Argentina SA no podía alegar su condición de tercero ajeno al contrato.

El juzgador interpretó que como resultado de la íntima relación de grupo entre ambas empresas la subsidiaria no podía desconocer que la importación de productos Hasbro para ser comercializados en el mercado argentino, se realizaría en violación del pacto de exclusividad firmado por su controlante con Top Toy Juguetes SA.

Así las cosas parece que la responsabilidad contractual de controlado y por ende la desestimación de personalidad jurídica fincó en el asesoramiento legal: la contratación del mismo estudio jurídico. Algo que suena ciertamente preocupante !!

3. Probabilidad de y pérdida de chance:

Señalamos en primer lugar que desconocemos el plazo del contrato. No sabemos si la relación comercial era por tiempo determinado o indeterminado. Esto es vital para el cálculo de la indemnización. Sin embargo, el juzgador entendió que el reclamo por lucro cesante requerido por Top Toy Juguetes SA no encajaba en este rubro indemnizatorio sino, más bien en el rubro pérdida de chance.

Para el tribunal la pérdida de chance es la pérdida de la "oportunidad" de ganar. Esta oportunidad tiene que ver con la "probabilidad" cierta de obtener esa ganancia. Bajo esta fórmula la sala llega a la siguiente conclusión: el Valor Económico de la Chance resulta de calcular la ganancia obtenida por cada producto y a esa ganancia asignarle una probabilidad: en este caso 50%.

No resulta claro el cálculo realizado por el tribunal de acuerdo con la fórmula propuesta: Unidades importadas / % de productos que pudieron comercializarse (estimado en 50%) x ganancia aproximada obtenida por producto vendido.

Sin duda esta fórmula no está aludiendo a la "probabilidad" mencionada antes, puesto que las probabilidades de ocurrencia de un evento (en este caso la ganancia) nada tienen que ver con el 50% estimado de venta de productos, de acuerdo con el cálculo efectuado por la sala.

Este porcentaje tiene más que ver con el mercado compartido con Hasbro Argentina SA donde el tribunal concluyó que tanto Top Toy como Hasbro Argentina terminarán compartiendo el mismo mercado compitiendo por los mismos productos.

Ahora bien, la ruptura del pacto de exclusiva no importó para Top Toy la pérdida del 50% del mercado sino algo más, la pérdida del 100 x 100.

Considerada la pérdida de chance como la pérdida de una oportunidad cierta de obtener una ganancia y, medida esa oportunidad en términos de probabilidades, está claro que para Top Toy la probabilidad de perder esa oportunidad de ganancia es del 100% más allá del porcentaje de mercado que finalmente termine atendiendo.

4. El costo de la indemnización como costo de oportunidad:

Sin duda condenar a Hasbro Argentina SA a indemnizar a Top Toy Juguetes SA por la suma de \$600.000 en concepto de pérdida de chance no deja de llamar la atención puesto que analizado ese coste desde un análisis económico, no podemos menos que estimar que esta cifra termina motivando e incentivando conductas oportunistas alentando el incumplimiento contractual. Está claro que para Hasbro Argentina SA será más barato asumir el coste de oportunidad de "pagar los platos rotos" de su controlante, que perder el mercado argentino y, mejor aún, compartirlo con Top Toy Juguetes SA.

Mi conclusión:

Este antecedente debe ser mirado con cautela y recelo puesto que encierra profundos riesgos jurídicos:

1. Configuración de relación de grupo por contratación de mismo despacho jurídico.

2. Extensión de responsabilidad contractual a la subsidiaria por incumplimiento del controlante.
3. Uso inverso del artículo 54 LSC por ejercicio abusivo de control.
4. La prórroga de jurisdicción pactada en el contrato puede ser dejada sin efecto ante la acreditación de relación de grupo.
5. Sustitución del rubro lucro cesante por el rubro pérdida de chance reduciendo sustancialmente el monto indemnizatorio.
6. Reducción de coste de oportunidad alentando el incumplimiento contractual.
7. El antecedente "Skytech vs Samsung Argentina SA" se opone a la jurisprudencia del caso Hasbro.

Título: La protección extracontractual del contrato

Autor: De Lorenzo, Miguel Federico

Publicado en: LA LEY 1998-F, 927-Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 1583

Sumario: SUMARIO: I. El crepúsculo de la relatividad contractual. -- II. El problema de la tutela "aquiliana" del contrato. -- III. La lesión al contrato y el daño injusto. -- IV. El "leading case" "Torello" de la Suprema Corte de Buenos Aires, sobre la lesión a posiciones contractuales. -- V. Un análisis jurídico al "análisis económico del derecho".

I. El crepúsculo de la relatividad contractual

El tema de la protección extracontractual del contrato se encuentra hoy en las fronteras de la responsabilidad civil (1). Esto puede explicarse, por varias razones. De un lado, en los últimos años, el contrato ha dejado de ser una ciudadela herméticamente cerrada (2), para transformarse en un mundo abierto o --según la inolvidable metáfora de Ripert-- en una chose vivante(3). No sólo su potencial obligatorio se ha enriquecido notablemente (4), sino que además, al ceder sus fronteras formales, sus efectos y su existencia como situación jurídica (5) se extendieron --en desobediencia a un precepto engañoso aunque tradicional y cosmopolita como el art. 1199 del Cód. Civil (6)-- más allá de las partes que acudieron a su formación (7). El crepúsculo de una regla secular como la relatividad de las convenciones no sólo obligó, en consecuencia, a una revisión del concepto moderno del contrato, sino que en gran medida permitió nuevos andariveles de responsabilidad entre las partes de un contrato y las de otro (jurídicamente) vinculado --v.gr. a través de la creciente acción directa (8); o en los supuestos de extensión de efectos entre contratos conexos (9), y aun entre las partes y terceros ajenos a su órbita(10).

En segundo lugar, el principio emergente del art. 1199 del Cód. Civil llegó a un punto de inflexión, cuando a partir del reconocimiento del contrato como situación jurídica externa tuvo que enfrentarse con la evolución de un sistema de responsabilidad civil atípico (11) que había dejado en el camino el dogma del derecho subjetivo absoluto como límite de la antijuridicidad(12). A partir de ese momento, el principio de la relatividad del contrato (ex art. 1195 y 1199) tuvo que repartir su convivencia con el alterum non laedere (ex art. 1109). Bajo la primera norma, el principio se mantuvo como inherente a la estructura interna del contrato; con la segunda, en cambio, entroncado con el perfil externo del hecho jurídico generador de una situación jurídica que, como tal, debe ser respetada por todos(13). Esta distinción básica, permitió superar la confusión entre el problema de la eficacia contractual (inter partes y respecto de terceros) y el de la posibilidad de lesión de la esfera contractual por parte de terceros ajenos a ella (14). La "relatividad" contractual quedó redimensionada: las obligaciones nacidas del contrato son relativas (art. 503, Cód. Civil) en el sentido que

sólo el deudor está obligado a su cumplimiento sin que pueda incidir sobre la esfera jurídica de sujetos extraños a ella. Por el contrario, tanto la existencia del contenido contractual como sus efectos, son oponibles a todos (15). Con este entendimiento puede decirse que el crédito es también, como la relación real, como toda relación directamente protegida, un derecho absoluto: no en el sentido --se entiende-- que todos los terceros están llamados a cumplirlo, sino en el sentido que todos los terceros tienen el deber de respetarlo no dañándolo injustamente (16). Dicho de otro modo: absoluto no en los términos de los arts. 508 y 511 del Cód. Civil (deber de prestar), cuanto del art. 1109 del Cód. Civil (deber de no dañarlo) (17). Es por ello que la oponibilidad del contrato a terceros, en rigor, trasunta un problema ajeno a la órbita del art. 1199 del Cód. Civil (18). Ello, claro está, sin perjuicio, del estrecho vínculo que media entre uno y otro ámbito, al punto que la existencia jurídica del contrato frente a los penitus extranei --se ha dicho-- no es más que un complemento necesario de su fuerza obligatoria (19).

II. El problema de la tutela "aquiliana" del contrato

Para un examen ordenado del tema, puede resultar oportuno distinguir según que el comportamiento del tercero, que ocasiona un perjuicio al derecho de crédito ajeno, consista en una actividad contractual, o bien, en una actividad material. La primera de estas modalidades suele manifestarse (a) a través de la estipulación entre el tercero y el deudor de un contrato que resulta incompatible con el cumplimiento por este último a un débito negocial preexistente; la segunda, en cambio, se presenta (b) a través de la lesión de la vida o salud del deudor, o del objeto de la prestación debida por éste. Se verá brevemente la primera, para luego analizar prolijamente la segunda.

A. Contrato incompatible con otro precedente. Ha sido sin dudas esta hipótesis, la que ha originado posturas aprensivas a la protección extracontractual del crédito. Basta pensar en el ejemplo de la adquisición, por parte de un tercero, de un bien que el enajenante había prometido con anterioridad en venta o en locación a otro. O el contrato de trabajo (o de locación de obra) celebrado con una persona que, siendo deudor en otro contrato de la misma naturaleza, interrumpe su cumplimiento. O, en fin, el contrato celebrado con quien, a su vez, se halla vinculado con otra persona por una cláusula de exclusividad o de precio impuesto. En todos estos casos ejemplificativos, la tensión entre el principio de la "libertad contractual" y el principio del "respeto del derecho ajeno" [alias oponibilidad erga omnes del contrato] aflora en toda su intensidad demostrando que el problema, en última instancia, no puede ser resuelto sin previa valoración de los intereses involucrados, y en especial, del nivel de culpabilidad del tercero.

La doctrina, en búsqueda de una demarcación entre la preeminencia de la libertad contractual con respecto al área del *neminem laedere*, coincide en puntualizar que el tercero de buena fe que contrata con el deudor no puede incurrir en responsabilidad alguna frente al acreedor de éste que ve frustrado su crédito. Se trata de una regla elemental y necesaria para el desenvolvimiento del tráfico económico (20). Sin embargo, no pocos problemas se presentan a la hora de determinar cuál era el grado de diligencia que debió haber empleado el tercero a fin de imponerse de la existencia de un negocio jurídico incompatible con el que celebró. En general, media consenso en excluir la imputabilidad sobre la base que el tercero no realizó diligencias tendientes a constatar que su contrato podría resultar

incompatible con otro. La moderna complejidad del tráfico, por cierto, no consentiría un deber de diligencia tan exasperado (21). Además, es probable que en definitiva, el verdadero derecho que otorga el art. 1199 del Cód. Civil a los terceros es, precisamente, el de no imponerles la carga de indagar previamente sobre si existe una obligación incompatible con la que se va a contraer(22). Pero superada esta hipótesis de mínima, reinan las divergencias: para algunos, bastaría la culpa (23), para otros el simple conocimiento rectius la mala fe] del negocio incompatible(24), y para otros, en suma, el ilícito sólo se configuraría frente al dolo del tercero (25). En estos dos últimos supuestos, el problema a su vez desemboca en otro aún más delicado como es el de determinar si existe en nuestro ordenamiento un ilícito de dolo, es decir casos en los cuales la lesión de un interés sólo resulta antijurídica cuando es lesionado con intención. Aspecto sumamente complejo pues, como puede apreciarse, en estos casos, media una mixtura entre la ilicitud y la imputabilidad.

Sin embargo, en ciertos supuestos el dolo abandona su papel corriente (junto a la culpa) como factor de atribución, o sea como selector de la persona a quien debe transferirse el daño sufrido por la víctima, para asumir funciones diversas. Tal lo que acontece, por ejemplo, cuando el dolo funciona como criterio de expansión del área resarcible (arts. 521 y 905, Cód. Civil); o cuando, lisa y llanamente el dolo se convierte en un verdadero criterio de selección del daño abriendo la puerta a la tutela en casos que, de no haber mediado, ella no hubiera sido viable (arg. arts., 594, 968, 3269, Cód. Civil). En este último supuesto -- extensible analógicamente (art. 16, Cód. Civil) a la complicidad en la violación de un contrato-- nos hallamos, precisamente, frente a un "ilícito de dolo": el daño no es tal en tanto no haya sido ocasionado con dolo. O dicho de otra forma, el interés sólo es protegido frente a comportamientos dolosos. En síntesis, en ciertas ocasiones, no resultando el dolo indiferente en la tarea de valoración comparativa de los intereses involucrados, puede tener incidencia en la determinación misma de la "injusticia" del daño (26).

Es lo que ocurre, por caso, frente a la responsabilidad por información económica inexacta suministrada por cortesía. Dando por sentado, que en caso de informaciones inexactas, el interés jurídicamente tutelado es "la confianza inculpable" (detrimental reliance o affidamento) éste, sin embargo, sólo hallaría protección ora frente a información suministrada profesionalmente [información servicio], ora cuando, aun brindada amigablemente como consejo, haya sido intencionalmente inexacta (27).

B. La lesión a la esfera jurídica del deudor. En este caso la acción del tercero se dirige sobre el patrimonio o la persona misma del deudor, y a través de ella se afecta el crédito sea en su exigibilidad, sea en su eficacia (28). Es también denominada lesión mediata del crédito (29).

El marco restrictivo a una tutela aquiliana del crédito, bajo esta modalidad, no ha sido siempre afrontado con sinceridad de fundamentos. Más allá de los diversos argumentos técnicos que se han esgrimido para determinar en cada supuesto la procedencia o no de su resarcimiento, lo cierto es que el núcleo del problema reside, sin dudas, frente a una solución positiva, en el agobiante peso que implicaría para el autor del ilícito (o su aseguradora) afrontar una eventual "lluvia" o multiplicidad de acciones en cadena (30).

Conscientes de las consecuencias excesivas que ello implicaría para el autor del ilícito (y aun para los mismos familiares de la víctima pues, deberían compartir en par condicio la solvencia del demandado con el concurso de múltiples acreedores) (31), en general, doctrina y jurisprudencia --como veremos más adelante-- han articulado diversos mecanismos para establecer, puntualmente, en qué casos el menoscabo al acreedor de la relación jurídica debe ser reparado externamente a través de la tutela extracontractual.

En una primera etapa --bajo el predominio de una responsabilidad civil todavía anquilosada en la identificación de la antijuridicidad como lesión a un derecho subjetivo absoluto-- la exclusión del crédito del área del daño resarcible se basó en que el acreedor de la relación creditoria sólo era titular de un derecho subjetivo relativo cuya lesión por un tercero (por menoscabo a la persona del deudor, o al bien objeto de la prestación debida) no constituía un supuesto de daño jurídico. Esta solución de la doctrina tradicional, que por cierto evidenciaba un claro estigma de la concepción individualista del derecho (32), estaba apuntalada en el plano de la técnica jurídica por la distinción dogmática entre derechos subjetivos absolutos y relativos. El criterio era el siguiente: los primeros --derechos reales, personalísimos, etc.-- al contar con una proyección erga omnes, correlativamente y como reverso de esa proyección impondrían a todos los terceros el deber jurídico de abstenerse de todo menoscabo al interés protegido por el respectivo derecho (v.gr. la cosa, la salud, etc.). Los relativos, en cambio, sólo otorgarían una pretensión de cumplimiento contra una persona determinada, el deudor (33). En consecuencia, y como contrapartida, sólo éste se hallaría sujeto al deber jurídico de no menoscabar el interés del acreedor, sin que allende a él, se proyecte, con relación a los terceros, ningún deber de abstención. Una obligación general de abstención --señalaba De Cupis-- no puede insertarse en la relación obligatoria, que por su naturaleza, se circunscribe a las personas del acreedor y el deudor(34). O como afirmaba Emilio Betti, "en general, el ligamen obligacional que une a deudor y acreedor se halla separado por un diafragma de indiferencia de la esfera de los intereses de terceros"(35). Los derechos relativos --dentro de este enfoque-- crearían una especie de comunidad restringida (36), de suerte tal que un tercero podría lesionar el interés del acreedor, pero no violarlo, toda vez que la violación presupone la transgresión de un deber que proteja tal interés (37). En definitiva, el crédito, para esta postura, carecería de una tutela aquiliana, es decir de una protección externa (frente al tercero) pues únicamente la tendría internamente (respecto del deudor).

El resultado de este desarrollo desembocaba en un resultado previsible: el exilio del crédito del área resarcible se operaba a nivel de ilicitud (38).

Sin embargo, la inexactitud de este planteo era evidente. Como ya se ha señalado, del carácter limitado del crédito (en cuanto al deber "relativo" de prestar) no puede deducirse simétricamente la ausencia de un deber general de respeto a la situación jurídica creditoria que implique negar tutela al interés del acreedor en virtud de la regla del *neminem laedere* (39). El contrato, como hecho social, asume una relevancia jurídica innegable que le concede una oponibilidad erga omnes frente a terceros (40). De modo que, así como la lesión al crédito contractual por incumplimiento del deudor no es lógicamente incompatible con la lesión al crédito derivada del hecho de un tercero, tampoco la protección específica acordada al acreedor en el art. 505 del Cód. Civil. para la lesión del primer tipo, excluye la tutela general ex art. 1109 del Cód. Civil para las lesiones del segundo tipo (41). Máxime si

se considera que el daño injusto, en rigor, no se edifica sobre los comportamientos contra iure, sino en todo caso, por el menoscabo sine iure a un interés merecedor de tutela (42).

III. La lesión al contrato y el daño injusto

Al concebirse modernamente el fenómeno resarcitorio como un sistema basado en una cláusula general de responsabilidad (art. 1109, Cód. Civil) como selectora de intereses tutelables (y no como mera fórmula de remisión a un elenco de figuras típicas) se fracturó el valladar ideológico del derecho subjetivo absoluto como límite de la noción de daño (43). Contemporáneamente, ello derivó en un ensanchamiento del área resarcible que terminó por abarcar la lesión de un derecho subjetivo relativo, la de un interés legítimo, y aún la de intereses de hecho merecedores de tutela (44). Bajo esta perspectiva, la responsabilidad civil, ahora, se halla en mejores condiciones para afrontar la tutela de nuevos intereses emergentes que buscan una propia dimensión jurídica. Tal lo que acontece, por ejemplo, con la viabilidad del resarcimiento --en sede aquiliana-- del denominado daño meramente patrimonial(45) sufrido como consecuencia, por ejemplo, de la complicidad del tercero al incumplimiento contractual; o por el menoscabo a la libertad de iniciativa negocial ocasionada por dolo omisivo o informaciones falsas o inexactas (y que a su vez abarca figuras diversas como la del insider trading (46), letras de patronage (47) o las informaciones sobre productos).

No mediando pues, obstáculos normativos para sostener una noción amplia del daño, a decir verdad, el tema de la lesión al crédito, hoy por hoy, ha pasado a ser un pseudo problema (48). O al menos, el fenómeno de la "lesión al crédito" ha mudado su centro de gravedad: viable su protección extracontractual en el plano de los fundamentos teóricos, y contestes en que no sería razonable hacer recaer sobre el autor de un ilícito la totalidad indiscriminada de acreedores de la víctima, el problema consiste entonces, en determinar en base a qué criterios debe realizarse la selección de pretensiones resarcitorias.

Tradicionalmente esa tarea fue realizada sobre la base de criterios selectivos indirectos. Es lo que ha ocurrido, por ejemplo, en la jurisprudencia francesa, donde la limitación de pretensiones resarcitorias se canalizó, principalmente, a través de la relación de causalidad (49) o de la certidumbre del daño (50). Otro tanto, podría decirse, de la jurisprudencia italiana que se aferró, para esta tarea, a la noción de perjuicio definitivo e irreparable (51).

Pero es evidente que estas soluciones jurisprudenciales, aun envueltas en un sano empirismo, no resultan satisfactorias. En efecto, la noción de daño (aun cierto, definitivo o irreparable) presupone que el perjuicio haya sido previamente considerado injusto (o ilícitamente ocasionado) y por tanto, susceptible de ser reparado. De manera que por esa vía, inevitablemente, se vuelve al punto de partida.

Idéntico inconveniente se presenta cuando al discrimen se lo intenta realizar a través de la noción de damnificado indirecto o de "rebote" contenida en el art. 1079 del Cód. Civil. Más allá de la impropiedad terminológica del precepto --oportunamente advertida por Bibiloni (52)-- lo cierto es que el artículo en cuestión, en una interpretación no reducida a una mera lectura, antes que resolverse en un vínculo jurídico entre el damnificado directo y el indirecto (aspecto que, en todo caso, es propio de la noción de daño) (53) en realidad, da

por sentado que este aspecto se encuentre ya resuelto. De lo contrario, el artículo consagraría una verdadera solución tautológica como esta... legitimado a reclamar la reparación del daño... es el que ha sufrido un daño! (54). Dicho con otros términos, el daño (entendido éste como lesión de un interés) debe ser preestablecido en un momento forzosamente anterior al funcionamiento del art. 1079 del Cód. Civil. Podría afirmarse entonces, que los límites al cúmulo de damnificados tanto directos como indirectos, en todos los casos, son los mismos: la injusticia del daño, su certeza y la relación de causalidad (55).

¿Significa lo anteriormente expuesto que el art. 1079 del Cód. Civil no tiene asignada ninguna función específica dentro de nuestro sistema? No lo creemos así. A decir verdad, este precepto tiene una función de gran relieve --aunque por lo general no advertida-- consistente en establecer que cuando un mismo hecho lesiona a una multiplicidad de intereses pertenecientes a diversos sujetos, todos los eventos lesivos convergen --como excrecencia de uno inicial-- en un único acto ilícito (56).

Esta hermenéutica, en consecuencia, evita que cuando un acto lesiona al mismo tiempo intereses de diversas personas, produciendo por tanto daños a distintas esferas jurídicas, con cada una de éstas pueda concretarse una hipótesis autónoma de ilícito. De esta manera no sólo adquiere sentido la oposición de la culpa de la víctima inicial a los restantes damnificados (lo cual no sería coherente si con cada daño se configurara una fattispecie autónoma de ilícito (57), sino que al mismo tiempo, evita que cuando el daño es imputado por un factor subjetivo (v.gr. la culpa) éste deba ser apreciado en cuanto a su previsibilidad, específicamente para con cada uno de los intereses menoscabados pues, tratándose de un único ilícito, el factor de atribución sólo es exigido con relación al evento del comportamiento dañoso y no con relación a las consecuencias que de él puedan derivarse (58).

Va de suyo que si de todos los perjudicados sólo algunos de ellos obtienen protección, ello demuestra inequívocamente que la "injusticia" es inherente al daño y no a la conducta lesiva (59).

Además de ello --y en un aspecto generalmente poco atendido-- el nexo causal cobra relevancia no sólo en el ámbito de la autoría o de la determinación de la entidad de los daños jurídicamente resarcibles sufridos por un mismo sujeto, sino que además, constituye el instrumento idóneo para operar la selección de los daños resarcibles entre aquellos sufridos por sujetos diversos (60).

El interrogante central, por tanto, es el siguiente: ¿en qué hipótesis un daño vinculado a un supuesto de "lesión a una posición contractual" debe ser considerado "injusto", y por ende, reparable? Ya hemos visto que superada la eficacia "relativa" de los derechos personales, muchas hipótesis de lesión al crédito, aun desde la perspectiva tradicional del ilícito, deberían recibir sin inconvenientes una tutela extracontractual. Esto es perfectamente comprensible frente a supuestos tales como el ilícito que ocasiona la muerte del deudor (al menos en las obligaciones de hacer infungibles) o aquellas en las cuales el tercero daña el bien del cual el deudor debía servirse para cumplir su débito. Aquí, la lesión al "derecho" no defeciona y por ende la conducta lesiva no puede ser menos que catalogada como un

obrar contra ius cumpliéndose el recaudo de la ilicitud. Pero el problema se presenta frente a otros supuestos en los cuales, por cierto, no resultaría sencillo acoger una pretensión resarcitoria sin acudir a un cuidadoso análisis comparativo de los intereses en pugna para determinar un supuesto de daño injusto producido sine iure. Es lo que ocurre, por ejemplo, cuando se trata de establecer la responsabilidad del tercero que *ute iuri* concluye un contrato que resulta incompatible con otro precedentemente celebrado por el deudor; o cuando se trata de establecer la responsabilidad del Estado frente al particular que celebró un contrato bancario, o de seguro y que por negligencia en el ejercicio de los poderes de vigilancia o contralor, sufre un detrimento patrimonial producido por el incumplimiento del banco o aseguradora cocontratante (61).

El problema es delicado e incluso un análisis atento de las soluciones jurisprudenciales revela la imposibilidad de sentar un criterio unitario. El tema se presenta como un verdadero derecho pretoriano de "selección de daños resarcibles" (62). Más aún, frente a la multiplicidad de hipótesis que recorren la figura --que impiden brindar una justificación (o fundamento) global o único-- la tendencia actual corre en el sentido de disecar la "lesión al crédito", en diversas subespecies, cada una sujeta a una propia lógica y justificación (63). En alguna medida, en la hora actual, el sintagma "lesión al crédito" sólo se emplea de manera icónica para agrupar didácticamente hipótesis heterogéneas entre las cuales sólo cabe la posibilidad de hallar sedimentos comunes en un aspecto de carácter negativo: en todas ellas, la injusticia del daño (o, para otros, la antijuridicidad del comportamiento que lo produce) no coincide con la lesión a un derecho subjetivo absoluto (64).

Por nuestra parte, ya en otra oportunidad (65) hemos sostenido que el juicio aquiliano no puede agotarse en una concepción del ilícito ceñida a la violación de prohibiciones específicas propias de la antijuridicidad. La dinámica de las necesidades sociales impone una fórmula mucho más dúctil y acorde a la *télesis* del instituto resarcitorio. Por ello, hemos considerado que el daño injusto no es aquél inferido contra *ius*, sino el ocasionado *sine iure*, el que a su vez no debe ser equiparado al simple *agere licere*, es decir al comportamiento no prohibido, sino a la específica preponderancia atribuida, mediante una valoración comparativa, a un interés (del lesionado) sobre otro (el del lesionado). En síntesis, para excluir la injusticia de un daño no es suficiente la genérica licitud del comportamiento que lo ocasionó por falta de una específica prohibición del comportamiento lesivo sino que es necesaria una ulterior aprobación realizada mediante una adecuada valoración comparativa de los intereses contrapuestos.

Este judicial balancing, por cierto, late a lo largo de toda la problemática de la lesión al crédito (66). Bastaría para corroborarlo, verificar cómo las sentencias --de forma más o menos expresa-- necesariamente deben recurrir al método valorativo para determinar la procedencia o no del resarcimiento en hipótesis en las cuales la tensión entre intereses resulta indisimulable. Tal el caso de la competencia desleal, la publicidad comparativa, la celebración de un contrato incompatible con otro precedente (la doble enajenación cuando el 2º adquirente lo celebra sin dolo pero con culpa), la inducción al incumplimiento del deudor, adquisición en "mercado paralelo" y violación a una cláusula de exclusividad, las informaciones económicas inexactas suministradas espontáneamente, etc. En estos supuestos, y en muchos más, naturalmente, la evidente conexión entre daño episódico y fenómeno económico (o protección del mercado, de la libertad de iniciativa económica,

etc.) resulta más que notoria. Innegablemente pues, que la injusticia del daño, en estos casos, no podría ser determinada a priori, sino a posteriori a través de un debido análisis comparativo de los intereses en juego e incluso, sin que sea indiferente, en ciertos casos, el nivel de conducta (mala fe, dolo, etc.) desplegado por el lesionante.

De modo que la naturaleza del crédito lesionado --emerja o no expresamente de las sentencias-- asume un papel protagónico a la hora de valorar comparativamente los diversos intereses en juego para determinar la injusticia del daño, y consecuentemente la procedencia o no del resarcimiento(67). Un caso emblemático puede hallarse en la interferencia del tercero en las relaciones familiares (muerte o lesión del alimentante) en donde el valor social comprometido siempre ha influido decisivamente en favor de su protección resarcitoria (68), al extremo de habérselo considerado como elemento cardinal en la interpretación del régimen legal sobre damnificados indirectos(69). Esta línea, además, ha sido seguida con prescindencia de que la relación familiar se halle enmarcada dentro de una situación jurídica subjetiva preexistente como ocurre, por ejemplo, con el concubinato (70). Estas precisiones, además, dificultan la crítica a aquellos autores que --en forma paralela-- aceptan la reparación del daño causado al alimentario por lesión del alimentante, ínterin que niegan --como principio general-- la figura de la lesión al crédito o tutela aquiliana del crédito (71).

En suma, la selección de los intereses tutelables frente a la lesión de una posición negocial, debe realizarse en base a un criterio combinado: de un lado, en base a la naturaleza de la situación subjetiva lesionada (interés lesionado) comparativamente valorada con el interés del comportamiento lesivo. Con otros términos: constatando la existencia de un daño injusto (72). Por el otro, y determinada ya la injusticia del daño, corresponderá analizar el perjuicio desde la perspectiva corriente de su certeza y relación causal.

IV. El "leading case" "Torello" de la Suprema Corte de Buenos Aires, sobre la lesión a posiciones contractuales (73)

Los hechos juzgados fueron los siguientes: un dependiente de una empresa "A" , que en sus horas libres trabajaba para otra firma --"B"--, sufrió en esta última un accidente de trabajo que lo mantuvo inactivo durante el término de un año. Como consecuencia de ello, el trabajador se vio impedido de cumplir con su labor habitual en la primera firma. Estos hechos, llevaron a la empresa "A" a demandar por daños y perjuicios a la empresa "B" (que había sido condenada por el accidente de trabajo en los términos del art. 1113, Cód. Civil) pretendiendo el pago de las sumas que tuvo que abonar a su dependiente durante el período que no pudo laborar, en concepto de sueldos, asignaciones familiares y cargas sociales debidas en virtud de la ley de contrato de trabajo.

El reclamo indemnizatorio --acogido en primera y segunda instancia-- fue rechazado en un fallo con disidencia del Excmo. Tribunal. La mayoría del mismo, siguiendo el voto del juez preopinante doctor Laborde, argumentó --en apoyo del rechazo indemnizatorio-- que "la aparente amplitud con que se encuentra redactado el art. 1079 del Cód. Civil en cuanto extiende la obligación de reparar el daño causado por el hecho ilícito a los terceros afectados por aquél aun de manera indirecta, encuentra límites en la propia naturaleza del menoscabo ya que no cualquier lesión genera el derecho a ser reparada". De modo que,

únicamente --se sostiene en el voto-- aquellos que han sufrido el quebrantamiento de un derecho subjetivo o interés legítimo hallarían, en el marco del art. 1079 -- protección aquiliana.

El doctor Héctor Negri, en voto disidente, en cambio, consideró procedente el reclamo. Transitando una hermenéutica amplia y axiológica del art. 1079 consideró que el pago de salarios si bien era para el empleador una obligación legal, a ella no hubiera tenido que atender de no haber ocurrido el acto ilícito.

En general, la reparación del detrimento experimentado por la empleadora al tener que cumplir con sus obligaciones contractuales y legales sin la debida contraprestación en el período de inactividad del trabajador a raíz de un ilícito de un tercero ha merecido su justificación a través de diversos mecanismos: A) Subrogación legal: conforme a este criterio el principal podría accionar contra el autor del ilícito solicitando el reembolso de la sumas erogadas no en virtud de una acción propia de responsabilidad extracontractual por lesión a un derecho, sino subrogándose hasta la concurrencia de las sumas efectivamente abonadas en os derechos que el propio dependiente goza contra el tercero responsable. El sustento normativo de esta postura, sin embargo, no es unívoco. Para algunos, debería hacerse aplicación analógica de la subrogación legal prevista en la ley de seguros [art. 80, ley 17.418 (Adla, XXVII-B, 1677)] (74); para otros, a diferencia, la acción subrogatoria hallaría su fundamento ex art. 768, inc. 3º, del Cód. Civil (75). B) Lesión al crédito. Según otra postura --sostenida en la actualidad por una importante doctrina-- el caso en análisis encuadraría perfectamente en un supuesto de lesión al crédito (76). No obstante, los inconvenientes de este itinerario podrían desembocar en una suerte de calle angosta para acceder a la tutela de este daño. En efecto, justo es que encuadrando el caso en el ámbito de la lesión al crédito, sean contemporáneamente de aplicación los límites que rodean a este instituto: el daño sólo se configuraría eventualmente ante un mayor costo asumido por la empleadora en la sustitución del dependiente ausentado por el ilícito. O al límite, también podría verificarse un perjuicio consistente en una "desorganización temporal de la organización del trabajo" (dependiente calificado). Pero en definitiva, los salarios abonados sin contraprestación no constituirían por sí mismos un daño resarcible y menos aún, claro está, si la empresa se vale de otro dependiente para realizar las tareas del accidentado (77). C) Enriquecimiento sin causa. Otra corriente, prefiere dar fundamento al reclamo del empleador sobre la base de la disciplina de este instituto (78). D) Tesis negativa. Para la mayoría del tribunal provincial, la empresa demandante no sufrió un daño "jurídico" habida cuenta de que el pago de los referidos rubros al dependiente, al originarse en el cumplimiento de una obligación legal (art. 208, LCT.) no podría traducirse como un menoscabo a un derecho o interés legítimo que constituya un daño resarcible en los términos del art. 1079 del Cód. Civil (79).

Nuestra postura. Un daño autónomo: lesión a una posición contractual. La argumentación del fallo nos merece observaciones. En efecto, si bien es indiscutible que el principal debe abonar los salarios y demás contribuciones en cumplimiento de una (o varias) obligaciones legales, no menos cierto resulta el hecho de que por virtud del ilícito del tercero, dichos pagos deban ser realizados sin contraprestación del trabajador víctima del ilícito inicial; es decir, el empleador se ve compelido a cumplir su prestación "al vacío". En consecuencia, el daño injusto sufrido por la empleadora no puede emplazarse en el pago de rubros que por

ley [o convenio colectivo] debe afrontar --pues de todas formas los tendría que haber realizado-- sino, en todo caso y más correctamente, en tener que cumplir sus obligaciones contractuales sin recibir la contraprestación, en virtud del ilícito del tercero (80). Podría afirmarse, por tanto, que en estos casos, la causa petendi no radica en la lesión al derecho de crédito habida cuenta de que el reclamo indemnizatorio antes que fundarse en la ausencia de la prestación de trabajo se individualiza, en cambio, en la pérdida patrimonial sufrida como consecuencia del pago de retribuciones sin la correlativa prestación del dependiente (81). El daño --diríamos-- cae directamente en la esfera jurídica del empleador y no --como sucede en la lesión al crédito-- en la del deudor (82). Dicho de otra manera, podría decirse que existe un daño injusto, por sí mismo, siempre que una persona, por contrato, deba cumplir con una prestación, sin poder recibir la contraprestación a causa del ilícito de un tercero (83).

Va de suyo que el daño sufrido por el empleador se emplaza --ex art. 1109 del Cód. Civil-- en la categoría del daño "puramente económico" --causado sine iure antes que contra ius-- pues, salvo que se piense en la figura de un inexistente "derecho" a la integridad del patrimonio(84), se trata en realidad de un perjuicio no consiguiente a la lesión de una situación jurídica subjetiva (85). Pero en un sistema resarcitorio como el nuestro, basado --como dijimos-- en el funcionamiento de una "cláusula general" de responsabilidad ex art. 1109 del Cód. Civil, no median inconvenientes para determinar, en el juicio aquiliano, que el mero detrimento económico se erija por virtud del alterum non laedere --como fuente "autónoma" de protección a un interés merecedor de protección-- en un daño injusto objeto de resarcimiento (86).

Correctamente, por otro lado, una destacada jurista ha puntualizado que el perjuicio sufrido por la empleadora en estos casos no debe ser encuadrado dentro del daño emergente aunque "tenga apariencia de tal", sino de un lucro cesante(87). Efectivamente, no se trata de un "empobrecimiento" sino de evitar una pérdida: pagar salarios sin la contraprestación laboral (88).

V. Un análisis jurídico al "análisis económico del derecho"

Por último, podría decirse que detrás del denominado "daño a la posición contractual laboral" subyace una innegable distribución de los riesgos económicos propios de las relaciones laborales. El fallo de la corte provincial, por ejemplo, podría trasuntar --aun implícitamente-- una función instrumental de la responsabilidad orientada a que el costo laboral no se desplace de un contrato de trabajo a otro (89). El daño se queda, diríamos, allí donde se produjo ("the loss lies where it falls"). Cada empleador soporta el suyo. Trasladar el daño de una empresa a otra --vía aquiliana-- implicaría, para este entendimiento, más allá de la solución justa y episódica del caso concreto, una expansión del costo laboral por la asunción de un riesgo impredecible e inevitable, y como tal imposible de ser asegurado. No es de extrañar, por tanto, que en la solución de hipótesis de responsabilidad se oculten verdaderas elecciones de policy fundadas en consideraciones de eficiencia económica y de utilidad social que determinan dónde, en definitiva, la pérdida deberá recaer. Tampoco sorprende, que esas elecciones de política jurídica se oculten detrás del lenguaje hermético de la vieja noción de daño. El common law ofrece en este sentido un ejemplo acabado. Allí, una extensa área en materia de negligence está impregnada por una concepción utilitarista

de la responsabilidad civil en la cual la injuria es transformada en un vehículo de política económica y social: el costo del daño debe pesar --se razona-- sobre aquél que se halle en condiciones de soportarlo en el modo más económico posible (cheapest cost avoider) (90).

La idea de una responsabilidad civil "eficiente" que impone el costo del accidente al "evitador" más barato (91) --según el análisis económico del derecho-- tiende a producir una sociedad con mayor riqueza dinámica (92). La eficiencia actuaría como criterio guía en reemplazo de la justicia o la equidad que, correlativamente, quedarían relegadas como fundamentos secundarios e indirectos.

La responsabilidad civil --se sabe-- no es un instituto neutro, ni al mismo tiempo, tiene asignada una función única o unitaria. En el origen de su elaboración jurisprudencial existen generalmente valoraciones con una fuerte motivación de política jurídica (93). Esto es innegable. Además, dado que la noción de daño no puede ser elaborada con prescindencia de la función (o funciones) que se pretenda asignar a la responsabilidad civil (94), lo lógico es que, análogamente, su contenido tenga fronteras móviles en virtud de la mutación de los períodos históricos y del ambiente social que provocan generalmente una inversión del orden de las funciones asignadas a la responsabilidad (95). Es lo que ha sucedido, por caso, con la multiplicación de hipótesis de responsabilidad objetiva, o con la influencia del recurso al aseguramiento que tanto ha incidido en las tradicionales funciones de compensation y de deterrence (96).

Se ha dicho que la búsqueda de justicia a través de la responsabilidad es un noble objetivo rodeado de innumerables incertidumbres (97). Completamente de acuerdo. Sin embargo, el criterio de la utilidad (en términos de allocation del daño) no puede erigirse en fundamento central de un sistema de responsabilidad habida cuenta de que la reparación del daño no constituye en sí y por sí un resultado socialmente útil: ella elimina el daño para el damnificado, pero no para la sociedad, pues se limita a trasladar la incidencia de quien lo sufrió a quien resulta obligado a resarcirlo (98). Ningún ordenamiento puede eliminar el daño.

No se pretende negar, desde luego, la estrecha conexión que media entre sistemas jurídicos y estructuras económicas (99). Incluso, tampoco puede desconocerse la contribución del análisis económico de la responsabilidad en la elaboración de una teoría de las tragic choices o "decisiones difíciles" a las que frecuentemente se ve enfrentado el legislador (v.gr. art. 39, ley de riesgos del trabajo, o art. 14, ley 24.441 --Adla, LV-E, 5865; LV-A, 296-- (100)(*). Pero sí de redimensionar su vínculo evitando que el derecho se convierta en una suerte de espejo del mercado(101). La distribución del daño injusto no es, ni debe ser, una "traslación aséptica", sino impregnada de sentido axiológico (102). Esta visión en clave de justicia emerge nítidamente --y más allá del caso concreto resuelto-- del voto del juez Héctor Negri.

Aun frente a hipótesis de factores objetivos de atribución del daño, donde naturalmente no tiene cabida una valoración moral del responsable(103), no corresponde sin embargo equiparar responsabilidad objetiva a responsabilidad por pura causalidad (104); ello implicaría una distribución ciega del daño desprovista de una ratio que la fundamente y la haga congruente a un sistema jurídico evolucionado. La responsabilidad objetiva,

precisamente por ser todavía responsabilidad (y no seguridad social) [\(105\)](#) persigue siempre fines, entre los cuales, naturalmente, reducir en lo posible el efecto negativo de los hechos dañosos; y para ello, ciertamente, un sistema de mera reacción al daño carecería de eficiencia. El desplazamiento del daño injusto, en sí mismo, no puede constituirse en el fundamento del juicio aquiliano pues en ese caso quedaría caóticamente desconectado de las funciones asignadas a la responsabilidad civil.

En los últimos años el "análisis económico del derecho" en materia de responsabilidad ha dado anuncios --en su cuna del law of negligence-- de retornos a la ortodoxia en lo que respecta a sus funciones tradicionales como instrumento para introducir consideraciones morales en la vida social [\(106\)](#). Otro tanto, ha sido objeto de advertencia en nuestro civil law: "la responsabilité civile ne sera juste que si elle est inspirée par l'éthique, que d'aucuns appellent la morale" [\(107\)](#).

Lo expuesto, por cierto, no significa un retorno a posiciones tradicionales tales como aquella responsabilidad del siglo XIX reducida a una fisonomía de la ética del comportamiento. La reparación del daño, si se quiere sintetizar, constituye en la actualidad el momento central del juicio aquiliano [\(108\)](#). Sobre esto, no hace falta detenerse. Pero, al mismo tiempo, debe admitirse que la reparación, por sí sola, no logra autoexplicarse. Más aún, a tenor de las variantes normativas que luce nuestro sistema en este ámbito --culpa, riesgo, equidad, garantía-- una conclusión unitaria sobre la función de la responsabilidad no resultaría factible. Las alegorías que se han empleado para reflejar esta imposibilidad son por demás elocuentes: "dialéctica entre su función individual y su función social" [\(109\)](#); "nudo fatal entre las nociones de retorsión y distribución del acto ilícito" [\(110\)](#); "paradoja de la responsabilidad civil" [\(111\)](#); "responsabilidad civil: entre un derecho de la víctima y un nuevo deudor, el cuerpo social" [\(112\)](#); "un pensamiento ilusorio: la unidad de fundamentos" [\(113\)](#); "la inestabilidad de la responsabilidad" [\(114\)](#).

Este es el centro de gravedad de un debate aún pendiente y necesario para corregir ciertas incertidumbres (Viney) e incoherencias (Calabresi) que pueden presentarse entre modelo y disciplina del derecho de daños (Di Majo), sobremanera cuando --como en la actualidad-- las profecías elaboradas a fines de la década anterior sobre el atardecer de la responsabilidad civil acusan un intenso declive.

El siglo se cierra al parecer --como ha dicho Rodotà-- con el ocaso de dos grandes metáforas: "la doctrina pura del derecho" y la "autonomía del político". Tal vez, esto nos obligue a repensar el futuro de la responsabilidad, que muchas veces ha navegado a la deriva por falta de un "proyecto", evitando que por seguir obsesivamente a la economía, doctrina y jurisprudencia terminen por convertirse --como dice Castronovo-- en mera caligrafía de ella.

Especial para La Ley. Derechos reservados (ley 11.723).

[\(1\)](#) TRIMARCHI, Pietro, "Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito", Riv. Dir. Civ., 1983-I- 217 y siguientes.

(2) AUBERT, Jean-Luc, "A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers", en Rev. Trim. Droit Civil, 1993-263. Recientemente, el fenómeno es reconstruido por: ALTERINI, Atilio A., "Contratos. Teoría General. Civiles, Comerciales, de consumo", p. 194 y sigtes., Buenos Aires, 1998.

(3) "Le régime démocratique et le droit civil moderne", p. 284, LGDJ, Paris, 1936.

(4) La expresión es de: JOSSERAND, Louis, "El desarrollo moderno del concepto contractual", LA LEY, 2-118 y siguientes.

(5) Conf. LARROUMET, Christian, "Droit Civil. Les obligations. Le contrat", p. 827, Paris, 1996, que replantea la regla de la relatividad, en términos de oponibilidad del contrato. También hace hincapié en revertir el significado de la regla: LOPEZ FRIAS, Ana, "Los contratos conexos", p. 269, Barcelona, 1994.

(6) SAVATIER, René, "Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats" en Rev. Tri. Droit Civ., 1934, p. 542. En el fondo, la regla del art. 1195 del Cód. Civil (1165 del "Code", y 1372 del Código italiano) jamás estuvo destinada a afirmar una verdad de "perogrullo" como la que literalmente enuncia. La verdadera "ratio" de la norma, en realidad, ha sido siempre "limitar cascadas" resarcitorias que puedan generarse en razón de (la lesión de) un contrato.

(7) MOSCARINI, Lucio Valerio, "I negozi a favore di terzo", Milano, 1970; AUBERT, Jean-Luc, "Le contrat", p. 111 y 115, Paris, 1996, donde destaca la "instabilité des qualités des parties et de tiers". Para ulteriores desarrollos, dos trabajos imprescindibles: TRIGO REPRESAS, Félix Alberto, "La relatividad de los contratos y su oponibilidad a terceros", en Estudios en Homenaje a G. Borda, p. 344 y sigtes., Buenos Aires. SALAS, Acdeel E., "La regla res inter alios acta", en "Obligaciones, contratos y otros ensayos", p. 218 y sigtes., Buenos Aires, 1982. BIANCA, Carlo M., "Diritto Civile. Il contratto", p. 535, Milano, 1998.

(8) DE LORENZO, Miguel Federico, "Interpretación funcional, relatividad de los efectos contractuales y un replanteo del ámbito de la acción directa", LA LEY Actualidad del 3/9/96, p. 1; COZIAN, Maurice, "L'action directe", LGLJ, 1969.

(9) NICOLAU, Noemí, "Los negocios jurídicos conexos" en Publicación de la Universidad de Rosario (en dicha obra, además, los muy bien logrados trabajos de Ariel Ariza, David Esborraz, Carlos Hernández, Sandra Frustagli, Susana Gueiler, Stella Alou, Silvia Castelli, Carina Font y Damián Dellaqueva); WEINGARTEN, Celia y GHERSI, Carlos, "Los contratos conexados", LA LEY, 1997-F, 1350. LORENZETTI, Ricardo L., "Redes contractuales, contratos conexos y responsabilidad", RDPriv. N° 17, p. 207 y sigtes., TOBIAS, José W. y DE LORENZO, Miguel Federico, "Complejo de negocios unidos por un nexo (El ligamen negocial)", LA LEY, 1996-D, 1387 y siguientes.

(10) En el "common law" la regla del "privity of contract" (el "res inter alios" ... de los romanos) ha sufrido innumerables excepciones. Pero ha sido en el ámbito de la "liability products law" (o responsabilidad del productor donde los cambios han sido más intensos).

En dos precedentes memorables (uno, del célebre juez norteamericano Cardozo - "Mac Pherson v. Buick Motor Company" --que se remonta a 1916-- ; y el otro, fallado en Inglaterra: "Donoghue v. Stevenson" de 1932) se extendió la responsabilidad del productor, de cara al consumidor por defectos del producto, generándose un virtual estatuto del "consumer protection" que superó dogmas jurídicos típicos de la concepción económica del "laissez faire", tales como la "privity of contract", la "fault liability", verdaderos obstáculos para el reclamo indemnizatorio del consumidor no adquirente. Para un desarrollo exhaustivo remitimos al lector al documentado trabajo de: BESSONE, Mario, "Responsabilità per 'negligence' e teoria dell'illecito. Del caso Donoghue v. Stevenson in prospettiva storica", en Riv. Trim. Dir. e proc. civ. 1974-II-548 y sigtes. Un análisis del tema en el contexto de evolución de la responsabilidad civil, puede hallarse en: DE LORENZO, Miguel Federico, "El daño injusto en la responsabilidad civil", p. 41, Buenos Aires, 1996. El mismo tema, en la perspectiva del derecho francés, en: VINEY, Geneviève, "Traité de Droit Civil. Introduction à la responsabilité", p. 367 y sigtes., 2ª ed. Paris, 1995.

[\(11\)](#) A la atipicidad del ilícito --hemos advertido en otra oportunidad-- necesariamente debe corresponderle una simétrica atipicidad de las causas de justificación, pues, de lo contrario el sistema terminaría cerrándose sobre una peligrosa y paralizante inversión de las reglas de la vida social y económica.

[\(12\)](#) ALTERINI, Atilio, "Contornos actuales de la responsabilidad civil", p. 13, Buenos Aires, 1987; MESSINA de ESTRELLA GUTIERREZ, Graciela, "Los presupuestos de la responsabilidad civil: situación actual", en "Responsabilidad por Daños, Homenaje a Bustamante Alsina", esp. p. 52, Buenos Aires, 1990. Recientemente, con admirable claridad: CASIELLO, Juan J., "Atipicidad del ilícito civil (Reflexiones sobre el daño no justificado)" en "Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje al profesor Alterini", p. 157 y sigtes., Buenos Aires, 1997 Excelente la tesis doctoral de AGOGLIA, María M., "El daño jurídico" (inédita), ps. 16 y siguientes.

[\(13\)](#) PIRAINO LETO, Angelo, "La tutela aquiliana del crédito", en Riv. Banca, Borsa e titoli di credito, 1977, p. 438; BUSNELLI, Francesco D. "La lesione del credito da parte di terzi", p. 147, Milano, 1964; AUBERT, Jean-Luc "Le contrat", p. 112, Paris, 1996; CARNELLI, Santiago y CAFARO, Eugenio "Eficacia contractual", p. 51, Buenos Aires, 1989. Pero, comp. ROUBIER, Paul, "Droits subjectifs et situations juridiques", p. 109, Paris, 1963, quien identifica "crédito" con "bien", augurando una oponibilidad plena de aquél.

[\(14\)](#) FLOUR, Jacques et AUBERT, Jean Luc, "Les obligations. L'acte juridique", Paris, 1996, N° 443; BUSNELLI, F., op. cit. p. 149. APARICIO, J., "Responsabilidad del tercero por lesión al derecho de crédito", p. 56, Buenos Aires, 1974.

[\(15\)](#) Conf. SCOGNAMIGLIO, Renato, "Contratti in generale", p. 196, 2ª Ediz. Milano, 1966. ALTERINI, Atilio A. "Lesión al crédito y responsabilidad del Estado", p. 103, Buenos Aires, 1992.

[\(16\)](#) GHESTIN, Jacques - GOUBEAUX, Gilles - FABRE MAGNAN, Muriel "Traité de Droit Civil. Introduction générale", p. 176, N° 224, 4ª ed. Paris, 1994; AUBERT, Jean Luc,

"Le contrat", cit. p. 112. APARICIO, Juan M., "Responsabilidad del tercero.", cit. p. 55: "El deber general de abstención no es un rasgo exceptivo de los derechos reales; constituye nada más que una expresión del genérico deber que rige para todos ...de respetar la esfera jurídica ajena...". MOISSET de ESPANES, Luis, "Ponencia a las IIIas.as. Jornadas de Derecho Civil", Tucumán, 1967. ERDOZAIN, Martin L., "Acerca de la llamada lesión al crédito", JA, 1968-III- 729 y siguientes.

(17) ALTERINI, Atilio A., "Contratos. Teoría General. Civiles-comerciales- de consumo", p. 603, Buenos Aires, 1998; BARBERO, Domenico "Responsabilità aquiliana per lesione di rapporto personale", in Foro Padano, 1951, III, c. 157; RINESSI, Antonio J., "Lesión al crédito", en "Responsabilidad por Daños en el Tercer milenio. Homenaje al profesor Alterini", p. 247 y sigtes., Buenos Aires, 1996

(18) Conf. MALAURIE, Philippe et AYNES, Laurent, "Cours de Droit Civil. Les obligations", Paris, 1997, N° 655. APARICIO, Juan M. "Ponencia a las IIIas.as. Jornadas Nacionales de Derecho Civil", Tucumán, 1967. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Ponencia a las IIIasas", cit." en JA, 1968-III-728; PIRAINO LETO, A., op. cit.", p. 440.

(19) GHESTIN, Jacques (avec Jamin et Billiau), "Traité de Droit Civil", t. 2 "Les effets du contrat", N° 366, Paris, 1994. C5ª CCCórdoba, 19/11/92 "Clérigo" LLC - 1993 - 450.

(20) CARRARO, Luigi, "Valore attuale della massima 'fraus omnia corrumpit'" en Scritti giuridici in onore a Francesco Carnelutti, t. III, p. 799, Padova, 1950. TRIMARCHI, Pietro, "Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito", RDC, 1983, p. 218.

(21) Conf.: CARRARO, L., loc. cit. p. 799. BUSNELLI, Francesco D. "La lesione del crédito da parte di terzi", p. 256. Con ligera variante: FEDELE, Alfredo "Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del crédito", p. 112, Milano, 1954. CNFed. C y C. sala I, 13/6/96, "Denibe", La Ley 1997-B, 67

(22) SAVATIER, René, "Traité de la responsabilité civile", t. 1, p. 188, Paris, 1939.

(23) MUCCIOLI, Nicoletta, "Doppia alienazione immobiliare e tutela del primo acquirente", en RDCom. 1994 (11-12), p.735. FEDELE, A., "Il problema..", cit. p. 113.

(24) Arts. 592 y 594 "in fine" del Cód. Civil; FLOUR J. - AUBERT, J., "Les obligations....", cit, N° 442, p. 319; GHESTIN, Jacques "Traité de Droit Civil", cit. p. 443; MALAURIE, Ph. et AYNES L., op. cit. p. 374. ZICCARDI, Fabio, "L'induzione all'inadempimento", Milano, 1975. En el marco de nuestro derecho positivo, la naturaleza de la acción del acreedor contra el tercero que celebró un contrato incompatible, es discutida: para algunos sería la pauliana, para otros, la reivindicatoria; y para otros, la de nulidad. Nos inclinamos, sin embargo, por la de daños y perjuicios (patrocinan una acción extracontractual: MAYO, Jorge en "Código Civil" Dirigido por Bueres-Highton, t. 2 A, p. 375, N° 7, Buenos Aires, 1998; ACUÑA ANZORENA, A., en Salvat, cit., t. 1, N° 325b, p. 317; comp.: COMPAGNUCCI de CASO, Rubén, "Manual de Obligaciones", Buenos Aires, 1997, p. 328; y BORDA, Guillermo, "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. 1, N° 439 y sigtes., Buenos Aires, 1994).

(25) DELIYANNIS, J., "La notion d'acte illicite", p. 168, Paris, 1952; TRABUCCHI, Alberto, "Recensione a Ziccardi, L'induzione...", en RDC, 1976, p. 496; MAZEAUD Henri, Jean, Léon et CHABAS, François "Derecho Civil. Obligaciones", t. 1, p. 504, Buenos Aires, 1997, (el que con conocimiento de causa "ayuda" al deudor a incumplir). También: TERRE-SIMLER-LEQUETTE, "Droit Civil...", cit. p. 389.

(26) CENDON, Paolo, "Il dolo nella responsabilità extracontrattuale", p. 30 y sigtes., Torino. Ahora, también: SALVI, Cesare "La responsabilità civile", p. 109, Milano, 1998.

(27) CENDON, Paolo, "Il dolo...", cit. p. 43.

(28) ERDOZAIN, M., "Acerca de la llamada lesión al crédito", cit. p. 734.

(29) PALMERO, Juan C., "Tutela jurídica del crédito", p. 68 y sigtes., Buenos Aires, 1975.

(30) DI MAJO, Adolfo, "La tutela civile dei diritti", p. 200, Milano, 1993; TRIMARCHI, Pietro, "Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di crédito", Riv. Dir. Civ., 1983, p. 217 y sigtes.; GAMARRA, Jorge, "Tratado de Derecho Civil Uruguayo. Responsabilidad civil extracontractual", t. XIX, p. 294, Montevideo, 1991.

(31) VISINTINI, Giovanna, "Ancora sul caso Meroni" en Giurisprudenza Italiana, diciembre - 1973, p. 1185.

(32) ORESTANO, Riccardo, "Teoria e storia dei diritti soggettivi" en "Il diritto privato nella società moderna (a cura di Stefano Rodotà)", p. 95 y sigtes., Bologna, 1971. Sobre el problema de la ecuación "ideología -- responsabilidad civil", véase: RODOTA, Stefano, "Il problema della responsabilità civile", p. 70, Milano, 1964.

(33) TUHR, Andreas, "Derecho Civil. Teoría general del derecho civil alemán", vol. I, 1, p. 256, Buenos Aires, 1946.

(34) "El daño. Teoría General de la Responsabilidad Civil", p. 624, Barcelona, 1975.

(35) "Cours de Droit Civil Comparé des Obligations" (Université du Caire), 1958, p. 103 N° 17 (quien no obstante aceptaba la reparación en caso de dolo del tercero).

(36) CASTRO y BRAVO, Federico, "Derecho Civil de España. Parte General", Madrid, 1955, t. 1, p. 662 y 664, especialmente, nota 1 (con amplios desarrollos críticos a esta concepción "individualista" del crédito). También, con excelente desarrollo: APARICIO, J., loc. cit. p. 56.

(37) Confr.: GAMARRA, J., op. cit. t. XIX, p. 296, con una visión crítica a esta conclusión.

(38) Por ejemplo: ACUÑA ANZORENA, Arturo, sus anotaciones a SALVAT, R., "Tratado de Derecho Civil Argentino", t. IV, p. 242, nota 2b, Buenos Aires, 1958; ORGAZ, Alfredo, "El daño resarcible", p. 94, Buenos Aires, 1967; MACHADO, José O.,

"Exposición y Comentario del Código Civil Argentino", t. III, p. 360, Buenos Aires, 1899; CONSOLO, Giovanni "Trattato sul risarcimento del danno", p. 667 y sigtes., Torino, 1914.

(39) CARRARO, Luigi, "Valore attuale della massima 'fraus omnia corrumpit'", cit., p. 798.

(40) ALTERINI, Atilio A., "Lesión al crédito y responsabilidad del Estado", cit., p. 102 y sigtes.; MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad por daños. Parte General", t. 1, p. 348, Buenos Aires, 1998; AUBERT, Jean L., "Le contrat", cit. p. 112: "le contrat est un fait social qui, commetel, s'impose à tous"; en términos similares: SCOGNAMIGLIO, R., loc. cit. p. 197. BUSNELLI, Francesco D., "La lesione...", cit. p. 34 y 35. CNFed. Civ. y Com., I, 5/2/88, "Busquier", La Ley, 1988-E, 306

(41) BUSNELLI, Francesco D., ibídem, p. 56.

(42) ALTERINI, Atilio A., "La limitación cuantitativa de la responsabilidad civil", p. 14, Buenos Aires, 1997.

(43) Conf.: ZANNONI, Eduardo, "El daño en la responsabilidad civil", p. 9, Buenos Aires, 1982; LORENZETTI, Ricardo, "Las nuevas fronteras de la responsabilidad por daños", LA LEY, 1996-B, 1109; ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, "Personas, casos y cosas en el derecho de daños", ps. 26 y sigtes., Buenos Aires, 1991 Comp.: BREBBIA, Roberto H. "El daño moral", p. 53, Buenos Aires, 1950; y en "Responsabilidad civil e ilicitud", ED, 88-903; GIUSIANA, Enrico, "Il concetto di danno giuridico", p. 1 y sigtes., Milano, 1944.

(44) Sobre esto, necesariamente el trabajo ya clásico de: BUERES, Alberto J., "El daño injusto y la licitud e ilicitud de la conducta" en "Derecho de Daños. Homenaje a Bustamante Alsina", p. 141 y sigtes., Buenos Aires, 1989; y su voto en el plenario de la CNCiv., "Fernández", 4/4/95, La Ley, 1995-C, 642; DELORENZO, Miguel F., "El daño injusto...", cit. p. 13 y siguientes.

(45) En general "le dommage économique pur", para los franceses, "danno puramente económico", para los italianos: "economic loss", en el "common law", "reine Vermögensschaden", para los alemanes, puede ser definido como aquella pérdida patrimonial o financiera que no deriva de la lesión de una situación jurídica subjetiva. Es decir, que no se trata de un detrimento sufrido como consecuencia de una lesión física, o a un derecho o a una cosa, sino que asume un perfil autónomo concretándose en una mera pérdida económica (en capital, o valores de inversión "et similia") debida a la acción de un tercero (ALPA, G., "Responsabilità civile...", cit. p. 495). El tema, como puede apreciarse, constituye el perno crucial de la alternativa "cláusula general -tipicidad" como eje de un sistema resarcitorio. (Sobre esto, uno de los Juristas mas importantes, CASTRONOVO, CARLO, "La nuova responsabilità civile" Milano, 1997 p. 116). De allí, que los enfoques tradicionales--ceñidos a esquemas de ilicitud típica-- o bien han limitado el resarcimiento de este tipo de perjuicio --exclusivamente-- al incumplimiento contractual; o bien, por la vía extracontractual, han debido crear un supuesto derecho subjetivo a "la integridad del patrimonio". Dicho sea de paso, en el sistema eminentemente tipificado del "common law", su reparación (bajo diversas denominaciones: "financial interest", "economic loss", "pure

economic loss") sólo ha sido excepcional: JOLOWICZ, J. A. "Droit anglais", p. 147, Paris, 1992. Aunque comp. MARKESINIS, "La politique jurisprudentielle et la réparation du préjudice économique en Angleterre: une approche comparative", en Rev. Int. Droit Comp., 1983, p. 34 y sigtes. sosteniendo que "la excepción se ha convertido en la regla".

(46) Recientemente, para un claro panorama: SCHIAVELLI, Roberto "L'abuso di informazioni privilegiate nell'esperienza francese", en Riv. Dir. Comm., 1997-1-815 y siguientes.

(47) SEGNI, Mario, "La lettre de patronage' come garanzia personale impropria", en Riv. Dir. Civ. 1975-I-126 y siguientes.

(48) VISINTINI, Giovanna, "Trattato Breve della Responsabilità Civile", p. 462, Padova, 1996.

(49) STARCK, Boris, "Obligations. Responsabilité délictuelle", p. 95, n. 145, Paris, 1991. Debe recordarse el célebre fallo "Dassary" resuelto por la Casación. Se trataba del reclamo indemnizatorio del Teatro de Lyon contra un tercero por las pérdidas producidas en su crédito por el accidente sufrido por el deudor (tenor accidentado). La Corte Suprema casó la sentencia por considerar que el daño era hipotético pues, el contrato también hubiera podido extinguirse por otras causas (Rev. Trim. Droit Civil 1959, p.92). En cambio, un club de fútbol logró ante la Corte de Colmar, el resarcimiento, por parte del tercero, del daño sufrido como consecuencia de las lesiones sufridas por un jugador de su equipo (Dalloz, 1956, p. 723 con nota de R. Savatier). Y una sociedad, reclamó, con éxito, al tercero que lesionó a su director gerente produciéndole a la empresa una reducción en sus ganancias, aunque para estimar el "quantum", naturalmente, no se tuvo en cuenta los "contrats hypothétiques" (DEJEAN de la BATIE, Noël, "Responsabilité délictuelle", en Aubry et Rau, t. VI-2, p. 32, Paris, 1989).

(50) Como principio, la jurisprudencia gala acepta el reclamo del damnificado "par ricochet" sin exigir un "lien de droit" entre la víctima inicial y el reclamante (MALAURIE, P. et AYNES L. op. cit. p. 60). Por el contrario, aun mediando un deber alimentario entre las víctimas (la inicial y la mediata), el resarcimiento no es otorgado si el perjuicio es "conjecturale" (DEJEAN de la BATIE, Noël, "Responsabilité délictuelle" cit., p. 30). TERRE-SIMLER-LEQUETTE, "Droit Civil...", cit. p. 561: que excluyen al acreedor del "cliente fiel", pero admiten el resarcimiento cuando se trata de un contrato "intuitu personae".

(51) En Italia, no es posible individualizar una tendencia uniforme. Sin embargo, en general, y más allá del reclamo de aquellos parientes con vínculo alimentario con la víctima inicial, los escasos supuestos en que la jurisprudencia admite el reclamo por lesión al crédito se fundan en "rationes decidendi" que recalcan en una suerte de "solidarietà familiare" (v.gr. colaboradores de la hacienda doméstica, o daños sufridos por congregaciones religiosas por muerte de un profeso (estableciéndose una analogía entre este grupo social --la congregación-- y la familia, con características similares de fusión y estabilidad) (vid. VISINTINI, G., "Breve..", cit. p. 400 y sigtes.). En cuanto a beneficiarios de facto de la víctima (no familiares) la tendencia es refractaria al reclamo (v.gr. la madrina

que era ayudada económicamente por la víctima). No obstante, recientemente la Corte Suprema italiana aceptó el reclamo indemnizatorio de la conviviente "more uxorio" contra el tercero autor de la muerte de su "partner" (Cass. 24-3-94, N° 2988).

En cuanto al reclamo propiamente dicho de acreedores de la víctima, necesariamente deben citarse los "leading case": "Superga" y "Meroni". En el primero de ellos --resuelto por la Corte en 1953-- se trataba del reclamo hecho por el club de fútbol Torino contra una empresa de aviación por la muerte de todo el equipo en oportunidad de un accidente aéreo. El segundo, fallado en 1971, también se trataba de un reclamo del mismo club, por la muerte del jugador Meroni en un accidente. En ambos casos, no se hizo lugar al reclamo. En el precedente "Superga", los jueces razonaron con ideas de su tiempo y consideraron que la tutela aquiliana sólo era viable por lesión a un derecho absoluto. En el caso "Meroni", en cambio, admitido el reclamo "in astratto" por la Corte Suprema en la medida que el daño fuese "definitivo e irreparable" (hipótesis que sólo se daba ante el "deudor insustituible") fue negado en sede de reenvío por el Tribunal de Génova, por considerar, precisamente, que el Torino no había sufrido una pérdida de esas características pues se hallaba en condiciones de sustituir al jugador con el suplente "Facchin". En síntesis, la jurisprudencia italiana --aún en la actualidad-- es en general, negativa a la tutela del acreedor lesionado en su crédito.

(52) En el art. 1388 de su anteproyecto, Biliboni patrocinó una redacción correctiva del art. 1079 pues consideró --acertadamente!-- que "cuando se hiere a alguien, se causa daño tanto a él, como a su esposa e hijos... al socio, etc. Y esto no es daño indirecto, como lo dice el 1079, sino daño causado por el mismo hecho, y tan directo para uno como para otros" ("Reforma del Código Civil. Anteproyecto", t. II, Buenos Aires, 1939). Idem: BUSNELLI, F., op. cit. p. 135. Comp.: KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "Código Civil. Comentado" (dirigido por Belluscio y Zannoni), t. 5, N° 6, p. 122, Buenos Aires, 1984.

(53) Es el ejemplo de la concubina: si ésta reclamara el daño material por la muerte de su "partner", determinar la procedencia de su pretensión resarcitoria como damnificada indirecta sobre la base del vínculo jurídico (o de si tiene un interés jurídicamente protegido) con la víctima equivale, exactamente, a analizar si sufrió o no un daño jurídico. Comp. ZANNONI, Eduardo, "El daño...", cit. p. 135. En el sentido del texto: MALAURIE-AYNES, op.cit. p. 60.

(54) Esta tautología campea muchas veces en las sentencias: CNCiv., sala A, 14-2-78 "L.H.M.", ED, 80-446; CNCiv., sala F, 3-12-91 "Basilio", LA LEY, 1992-E, 2 (con nota de Gregorini Clusellas). Comp. CNCiv., sala A, 17/6/94 "Villa", LA LEY, 1994-E, 711. Véase, asimismo: ORGAZ, Alfredo, "El daño...", cit. p. 96. Un criterio diverso ha patrocinado NUÑEZ, Ricardo ["La acción civil en el proceso penal", Buenos Aires, 1948]: para este autor el límite del art. 1079 del Cód. Civil estaría dado por la culpa del autor del ilícito [ps. 72-73].

(55) Conf.: LLAMBIAS, Jorge J., "Tratado de Derecho Civil. Obligaciones", t. IV, N° 2692, p. 9, Buenos Aires, 1992: "basta que el damnificado indirecto sufra un detrimento"; BUSTAMANTE ALSINA, Jorge "Teoría General de la Responsabilidad Civil", N° 1535 y posteriormente, N° 1556, Buenos Aires, 1997. Comp. BORDA, Guillermo "Tratado de

Derecho Civil. Obligaciones", t. II, N° 1581 y sig., Buenos Aires, 1994; ORGAZ, Alfredo "El damnificado indirecto", LA LEY, 48-1093. El art. 1078 del Cód. Civil, por otro lado, no desmiente la tesis del texto. En efecto cuando este precepto limita el resarcimiento del daño moral al "damnificado directo" o, en caso de muerte, a los "herederos forzosos", en realidad está indicando que, de todos los que sufren un perjuicio extrapatrimonial personal, sólo "algunos" de ellos sufren, sin embargo un "daño jurídico" indemnizable. Dicho de otra forma, más allá de las apariencias, el art. 1078 del Cód. Civil es una norma inherente a la noción de daño (extrapatrimonial) que acepta nuestro ordenamiento.

(56) Sobre esto: DE ANGEL YAGUEZ, Ricardo, "Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil (con especial atención a la reparación del daño)", ps. 84 y 85, Madrid, 1995. La falta de un artículo como nuestro 1079, permitió recientemente a la Corte Constitucional italiana considerar que el daño psico-físico sufrido por los parientes de la víctima inicial del accidente constituye una *fattispecie* autónoma de ilícito que exige que la culpa sea valorada específicamente con relación a dicho daño (Giurisprudenza Italiana, 1995-I-412). El voto fue de Luigi Mengoni. Y el planteo puntual, se le debe a Alfredo Fedele que la sostuvo para negar la lesión mediata al derecho de crédito, considerando que la culpa del autor del ilícito debía ser apreciada específicamente con relación a este perjuicio y no al inicial (v.gr. accidente de tránsito) ("Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito", ps. 109 y 110, Milano, 1954). La tesis, laudada precisamente por Mengoni en oportunidad de la recensión del libro de Fedele (Riv. Dir. Comm., 1954-I-330 y sigtes.) medio siglo después, se tradujo en "derecho viviente". Con todo, a principios de siglo, CHIRONI, G. P., había ya pregonado que "el hecho lesivo de derechos pertenecientes a diversos sujetos, constituye en rigor tantos ilícitos como injurias" ("La Colpa nel Diritto Civile odierno", Torino, 1906, p. 444, N° 486). Para ampliar el tema: APARICIO, Juan M., "Lesión al crédito..." cit. p. 88.

(57) La contradicción de la solución opuesta es remarcada por: VINEY Geneviève-JOURDAIN, Patrice, "Les conditions de la responsabilité", p. 148, Paris, 1998; en Francia, recientemente, la Casación (Ch.Mixta) ratificó la oponibilidad de la "faute" de la víctima al damnificado por "ricochet" [Dalloz 1997, 294]. Ver también: SAGARNA, Fernando Alfredo "Responsabilidad civil por el transporte terrestre de personas", p. 166 y sigtes., Buenos Aires, 1996; TERRE-SIMLER et LEQUETTE, op. cit. p. 690; STARCK, B., op. cit. p. 109 (à dualité de dommages, il y a unité du fait générateur); MALAURIE-AYNES, op. cit. p. 127, N° 224.

(58) REALMONTE, Francesco, "Il problema del rapporto di causalità nel risarcimento del danno", p. 187, Milano, 1967. JANNARELLI, Antonio, "Il sistema della responsabilità civile proposto della Corte costituzionale ed i problemi che ne derivano", en *Giurisprudenza Italiana*, julio de 1995, I-412. BUSNELLI, F., "op. cit.", p. 129-130. El aspecto destacado en el texto, cierra definitivamente las puertas al argumento central de los "negativistas" que consideran que la culpa (en términos de previsibilidad) debe ser apreciada específicamente con respecto a la lesión del crédito. Pero obsérvese, que "la muerte" del deudor es el "evento" de la acción y junto a ella integra --en una unidad inescindible-- el "hecho" lesivo. Todo lo que le sigue al hecho (que es acción más evento) son consecuencias, que deben apreciarse en los términos de los arts. 901 y siguientes. del Cód. Civil y que constituyen el daño resarcible. De modo que la culpa --como decimos en

el texto-- es exigida con relación al evento (muerte del deudor) y no con relación a las consecuencias de él (lesión al crédito del acreedor).

(59) En este sentido, también: CENDON, Paolo, "Il dolo nella responsabilità...", p. 403; TORREGROSSA, Giovanni, "Il problema della responsabilità da atto lecito", p. 8, Milano, 1964. En contra: trasladando la injusticia del daño a la conducta: FEDELE, A., "op. cit.", p. 117. Comp. BUERES, Alberto, "El acto ilícito", p. 62, Buenos Aires, 1986.

(60) Comparar: CARNELUTTI, Francesco, "Il danno e il reato", ps. 74 y sigtes., Milano, 1930 quien la limitación de damnificados indirectos la realiza a través de la norma que consagra el nexo causal, pero considerando que por consecuencia inmediata y necesaria debe entenderse al vínculo inmediato entre el interés lesionado y la norma que lo protege. Razones de lugar nos impiden formular aquí una crítica a esta postura que selecciona los daños resarcibles en base al "fin de la norma violada". Sólo diremos que este planteo esconde una tentativa de reducir a un sistema típico el fenómeno resarcitorio.

(61) Particularmente: STIGLITZ, Rubén - LOPEZ CABANA, Roberto - STIGLITZ, Gabriel y ALTERINI, Atilio: "Responsabilidad del Estado por incumplimiento de la obligación de ejercer el control técnico económico financiero de las entidades aseguradoras", Ponencia al Congreso Multidisciplinario Responsabilidad Civil, Seguros y Contralor Estatal", Buenos Aires, 1997.

(62) DI MAJO, A., "La tutela civile dei diritti", cit. p. 203.

(63) ALPA, Guido, "Responsabilità civile e danno. Lineamenti e questioni", Imola, 1991, p. 202; DI MAJO, A., "La tutela civile dei diritti", cit. p. 201. VISINTINI, G., "Ancora sul caso Meroni" cit. p. 1188.

(64) GAUDINO, Luigi, "Gli interessi protetti nell' art. 2043 del Cód. Civil" en "La responsabilità extracontrattuale" a cura de Paolo Cendon, p. 265, Milano, 1994.

(65) "El daño injusto", cit. p. 76.

(66) Véase, por ejemplo, las soluciones puntuales que suministra: BORDA, G., "op. cit." p. 426 y sigtes. Para un tratamiento genérico: LORENZETTI, Ricardo, "El daño a la persona", LA LEY, 1995-D, 1021 y 1022.

(67) No empece lo expuesto que después se recurra, para sellar la suerte del reclamo indemnizatorio a instrumentos técnicos supuestamente neutros o sin "contaminación valorativa" tales como la relación de causalidad o la certeza del daño. En realidad, la existencia de elementos de responsabilidad "técnicos" o "puros" es discutible. En general, tras ellos se ocultan justamente las "policy considerations" que, lamentablemente, deberían emerger de forma más transparente. Ya el célebre juez Cardozo advertía que el término "previsibilidad" (dentro de la causalidad) es lo suficientemente flexible y manipulable como para permitir las desviaciones apropiadas (véase el formidable estudio de: CALABRESI, Guido, "Acerca de la causalidad y la responsabilidad extracontractual" en

Revista *Thémis*, Perú, julio de 1996, p. 193 y sigtes. para quien la "causa" es un elemento necesario para conciliar los puntos de tensión con las metas sociales que se desean lograr. También, específicamente: DE LORENZO, Miguel Federico, "Autoría e imputación en el ámbito contractual", LA LEY, 1998-C, 1215).

(68) ZICCARDI, F., op. cit. p. 62; VISINTINI, Giovanna "Trattato...", cit. p. 400. ALPA, G. op. cit. p. 202.

(69) CS, "in re": "Montini", 11/9/86, LA LEY, 1987-A, 373, sosteniéndose "la protección integral de la familia". Véase también CNCiv., sala E, 30/9/69 "Veyra", LA LEY, 138-526 (guardadora de un menor fallecido).

(70) En la jurisprudencia: La SC Buenos Aires se había pronunciado por el rechazo del reclamo indemnizatorio de la concubina por considerarla como sujeto de una relación fáctica: 27/12/88 en DJBA, 136-675. Posteriormente, el 12/11/91 (LA LEY, 1992-B, 173 con nota de Gabriel Stiglitz) el tribunal provincial rectificó --por mayoría-- su postura admitiendo el resarcimiento. Comp.: CS, 22/12/93 "N.M.R." en ED, 157-581 (especialmente voto de los doctores Belluscio y Moliné O'Connor). En la Capital Federal, el plenario "Fernandez" fallado por la CNCiv. del 4/4/95, op. cit., hizo lugar a la indemnización del daño patrimonial sufrido por la concubina. En Córdoba, recientemente el TS tomó similar dirección en el fallo "Guzmán" del 8/8/97 (LLC, 1997-87 y sigtes.). En Italia, el resarcimiento del daño patrimonial al conviviente "more uxorio" de la víctima, sólo fue reconocida por la Corte Suprema en la sentencia 2988 del 24 de marzo de 1994. En Francia: después del rechazo del reclamo por parte de la Cámara Civil de la Corte de Casación en el año 1937, fue la Cámara Criminal de dicho cuerpo quien abrió la vía al reclamo (26/6/58), luego confirmado por la Cámara Mixta el 27/2/1970. En doctrina: a nuestro entender, imprescindible: ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, "Daños derivados de la muerte del concubino o concubina" en "Responsabilidad por daños. Homenaje a Bustamante Alsina", Buenos Aires, 1990, t. 1, p. 119. Comp.: BUSTAMANTE ALSINA, J., "Teoría General de la Responsabilidad Civil", Buenos Aires, 1997, N° 1560 bis, aceptando --con carácter de excepción-- el resarcimiento por razones de equidad.

(71) Los extremos del arco, en este punto parecen encontrarse, en sendas respuestas que impedirían una solución como la insinuada en el texto. Los que propician la tesis amplia en favor del resarcimiento de toda lesión al crédito (por ejemplo: BUSNELLI, F. op. cit. ps. 90 y 91) consideran que todo "discrimen" entre una especie de crédito (el alimentario) y otro, es absolutamente antojadizo y arbitrario, motivo por el cual, de aceptarse una hipótesis lo correcto sería la aceptación de todas! En la antípoda de esta postura, otros consideran que en favor del resarcimiento del crédito alimentario, concurren razones puntuales y concretas que no se dan en los restantes créditos (TRIMARCHI, loc. cit. ps. 227 y sigtes.; DE CUPIS, op. cit. p. 643) motivo por el cual, lejos de habilitarse un proceso valorativo --diríamos-- de análisis caso por caso, para determinar la injusticia del daño, la selección de intereses protegidos estaría ya predeterminada por el legislador a través de una tipificación de los créditos susceptibles de protección externa o *aquiliana*.

Esta última, parece ser la solución expresa del Código alemán que en su parágrafo 844, párr. II, limita el resarcimiento, en caso de muerte, a los acreedores por ley (véase:

MEDICUS, Dieter, "Tratado de las relaciones obligacionales", t. 1, p. 303, trad. De Martínez Sarrión, Barcelona, 1995).

(72) Va de suyo que en esta instancia, será decisiva la noción de daño que se adopte.

(73) "Torello Hnos. S.A. c. Cauchet Chemical s/ daños", 6/2/96 (Ac. 47.806), ED, 173-328.

(74) TRIMARCHI, Pietro, "Sulla responsabilità del terzo...", cit. p. 229; ASQUINI, A., "Surroga del datore di lavoro verso il terzo autore del danno subito dal prestatore di lavoro" in "Mas. Giur. Lav", 1960, p. 288 cit. por Castronovo, C., op. cit. p.142.

(75) Conf. ZANNONI, E., "El daño..", cit. p. 138. C5ªCC Córdoba, 23/12/1988 "Osecac" en LLC, 1989-716 [reclamo de una obra social contra el autor del ilícito].

(76) POLETTI D., "Dalla lesione del crédito alla responsabilità extracontrattuale da contratto" en "Contratto e impresa", 1987, p. 128; BUSNELLI, Francesco, "La tutela aquiliana del crédito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio", en RCDP, 1987, p. 286, ambos cit. por Castronovo, C., "op. cit.", p. 143, nota 106.

(77) En general, comparte: ZAVALA de GONZALEZ, M., op. cit. p. 547

(78) CASTRONOVO, Carlo, "La nuova responsabilità civile", p. 147, Milano, 1997.

(79) En igual sentido: CNCiv., sala A, 7/5/68 en JA, 1968-IV-342 (voto de Llambías) [también citado en el fallo que anotamos]. En contra, aceptando el reclamo: CS, "Empresa FFAA c. Provincia de Buenos Aires," del 18/4/69, LA LEY, 135, p. 963.

(80) Conf.: CARNEVALI, Ugo, "Infortunio del lavoratore per fatto imputabile al terzo e responsabilità verso l'impresa", en "Congresso dei civilisti italiani. Venezia 23-26 junio 1988", p. 617.

(81) Esta postura, fue sostenida en Italia por la Corte Suprema a partir de un fallo del 1/4/1980, posteriormente reiterado en otro "leading case" del 28/8/85. Sin embargo, este enfoque fue modificado por un fallo [Sez.Un.] del 12/11/88 que volvió a encuadrar el reclamo dentro de la órbita de la "lesión al crédito", considerando que el daño en estos casos consiste en "la privación del dependiente" [y no en la retribución pagada "al vacío"].

(82) Excelente: ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, "Resarcimiento de daños. Daños a las personas", t. 2.a., Buenos Aires, 1991, p. 547. En igual dirección, recientemente: VISINTINI, G. "Trattato Breve della Responsabilità civile", cit., p. 404. Comp.: PEIRANO FACIO, Jorge, "Responsabilidad extracontractual", p. 374, N° 210, Bogotá, 1979.

(83) Piénsese en el caso de daño a un bien que fue dado en "leasing" a una empresa. Como es sabido, generalmente, estos contratos cuentan con una cláusula que impone el pago del canon aun por la falta de utilización e incluso por el caso fortuito por eventos de terceros.

(84) Controvierten también la figura de semejante derecho: DI MAJO, A., "La tutela civile dei diritti", cit. p. 199. CASTRONOVO, C., op. cit., p. 90 ["del momento que se protege al patrimonio como bien autónomo se licua automáticamente --desde el plano de la responsabilidad civil-- cada una de las situaciones subjetivas que lo componen"]. CENDON, Paolo, "Sentenze d'un anno", en Rev.Trim. Dir.Civ., 1995-675 ["solución jurisprudencial de tipo "colombino" (buscar el levante por el poniente)]. MONATERI, Giuseppe, "Responsabilità extracontrattuale. Fattispecie", Riv.Dir.Civ. 1994-720 [si tal derecho existiera, cada vez que se verificase un daño patrimonial, por eso sólo, el daño sería injusto y, por tanto, resarcible].

(85) Véase, nota N° 45. CASTRONOVO, C. cit. p. 141.

(86) DE LORENZO, M. F., "El daño injusto", cit. p. 67 y siguientes.

(87) ZAVALA de GONZALEZ, M. op. cit., tomo 2.a. p. 549.

(88) En orden a estos conceptos, recientemente: LAPOYADE DESCHAMPS, Christian, "La réparation du préjudice économique pur en droit français", en Rev. Int. Droit Comp., 1998, N° 2, p. 367 y siguientes.

(89) Trazos de una evolución similar en Italia: CARNEVALE, U., op. cit. p. 614 y siguientes.

(90) CALABRESI, Guido, "Optimal deterrence and accidents" en 84 Yale L. J. (1975), p. 666.

(91) El análisis de la eficiencia sería bifronte: a) mejor posición para evitar el daño; b) mejor posición para asegurarlo [VINEY, Geneviève, "Responsabilité Civil. Introduction à la responsabilité", Paris, 1995, p. 35].

(92) ROSENKRANTZ, Carlos F., "Tres concepciones de la justicia correctiva y de la responsabilidad extracontractual", en "Lecciones y Ensayos", p. 157, Buenos Aires, N° 67-8, 1997.

(93) BESSONE, Mario, "Tipicità e atipicità dell'illecito, colpa e negligence como formule di politica del diritto" en Riv.Trim. Dir.e Proc., 1979, p. 430.

(94) SALVI, Cesare, "Il danno extracontrattuale. Modelli e funzioni", p. 284, Nápoles, 1985.

(95) ALPA, G., op. cit. p. 54.

(96) PONZANELLI, Giulio, "Il principio di uguaglianza e la crescita delle regole di responsabilità civile", en "Responsabilità civile e previdenza", 1993, p. 878. RIVERA, Julio C. "Accidentes y seguros", en Rev. Der. Priv. N° 15, p. 57 y sigtes. La generalización del seguro ha producido una evidente ruptura de facto en la tradicional relación bilateral que

unía al responsable con la víctima. Pero esa fractura --al menos de momento-- es sólo parcial. El debate actual, por tanto, es sobre el límite de esta escisión. La responsabilidad civil y , más exactamente las reglas de imputación del daño, son reglas paradigmáticas de una sociedad ideológicamente mixta. La sociedad del "laissez faire" --decía Calabresi-- prefiere los contratos; el "colectivismo" puro, la sanción penal: la responsabilidad civil se ubica entre ambos institutos, cultivando decisiones colectivas y decisiones individuales. La ideología que subyace en la responsabilidad civil es, por tanto, una ideología mixta. Es por ello quizás, que el futuro de la responsabilidad --para Calabresi-- dependerá por sobre todo del grado de pureza ideológica de nuestra sociedad.

[\(97\)](#) TUNC, André, "La responsabilité civile", p. 145, 2ª ed., París, 1991.

[\(98\)](#) DE LORENZO, M.F., op. cit., p. 29.

[\(99\)](#) Sobre este aspecto: ALPA, G., op. cit. p. 55.

[\(100\)](#) CALABRESI, Guido y BOBBITT, Philip, "Tragic choices", New Haven, 1978. Que la protección de posiciones contractuales son "decisiones difíciles" por excelencia lo demuestran las dificultades que siempre se han presentado para considerar que la "autonomía de la voluntad" cuenta, de por sí, con una tutela constitucional directa y operativa. Leyes de prórroga o de "intervención al contrato" judicialmente legitimadas pueden justificar las dudas. En el derecho comparado, por ejemplo, el "Conseil Constitutionnel" francés ha considerado que la libertad negocial no era un principio con valor constitucional [LARROUMET, C., op. cit. p. 126]. Por su lado la Corte Constitucional italiana ha precisado que la autonomía contractual no recibe tutela directa de la Constitución sino que es "instrumental" al ejercicio de la libertad económica [Sentencia 7/1962]. Sin embargo, la opinión contraria ha sido patrocinada por: VISINTINI, G., op. cit. p. 465; recientemente, sobre el particular: MENGONI, Luigi, "Autonomía privada e costituzione", en Riv. Banca e Borsa, 1997-I-1 y siguientes.

[\(A\)](#)(*) El texto de la ley y los antecedentes parlamentarios que le dieron origen, han sido objeto de publicación en nuestra revista "Antecedentes Parlamentarios", t. 1995, p. 751 y 1996-A, 365.

[\(101\)](#) LIPARI, Nicolo, "Diritti fondamentali e categorie civilistiche" en Riv. Dir. Civ. 1996-I-415. MOSSET ITURRASPE, Jorge, "Responsabilidad extracontractual o por actos ilícitos", en Rev. Der. Priv. Nº 15 (Accidentes), p. 9 y siguientes.

[\(102\)](#) ZAVALA de GONZALEZ, Matilde, "El derecho de daños. Los valores comprometidos", LA LEY, 1997-F, 1107.

[\(103\)](#) BORDA, Guillermo, "Fundamento de la Responsabilidad", en "Temas de Responsabilidad Civil", en Honor a A. M. Morello, p. 8, La Plata, 1981.

[\(104\)](#) CASTRONOVO, Carlo, cit. p. 65.

[\(105\)](#) GHERSI, Carlos A., "Paralelo entre la responsabilidad y la seguridad social", La Ley, 1998-E, 952.

[\(106\)](#) Excelente el estudio de un cultor atento de la materia en Inglaterra: BANAKAS, Stasis K, "Transformazioni della responsabilità extracontrattuale", en Riv. Dir. Civ. 1998-I-70 y siguientes.

[\(107\)](#) LAMBERT-FAIVRE, Yvonne, "L'éthique de la responsabilité", en Rev. Trim. Droit Civ. 1998, 1, p. 2 y siguientes.

[\(108\)](#) VIRALLY, Michel, "La pensée juridique", p. 108 y sigtes., Paris, 1960; RIPERT, Georges "Le régime démocratique et le droit civil moderne", p. 341 y sigtes., Paris, 1948; RODOTA, Stefano "Il problema della responsabilità...", cit. p. 19; VINEY, G. "Introduction...", cit. p. 58.

[\(109\)](#) SALVI, C., "La responsabilità...", cit. p. 14

[\(110\)](#) ESSER, Joseph, "Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites", en Rev. Inter. De Droit Comp., 1961, p. 482.

[\(111\)](#) TUNC, A., "La responsabilité civile", cit. p. 1; EHRENZWEIG, Albert, "Negligence without fault", Berkeley, 1951.

[\(112\)](#) SAVATIER, René, "Vers la socialisation de la responsabilité et des risques individuels?", p. 9 y sigtes., Ed. Dalloz, 1931.

[\(113\)](#) BACH, Louis, "Réflexions sur le problème du fondement de la responsabilité civile en droit français", en Rev. Trim. Droit Civ. 1977, p. 236, N° 150.

[\(114\)](#) VINEY, G., "Introduction...", cit. p. 94, N° 57.