

DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LOS TERCEROS POR SU
CONTRIBUCIÓN AL INCUMPLIMIENTO DE LOS DEBERES
CONYUGALES

*CIVIL LIABILITY THIRD PARTY FOR THEIR CONTRIBUTION TO BREACH OF
MARITAL DUTIES*

DR. DAVID GONZALO VARGAS ARAVENA
Profesor de Derecho civil
Universidad Católica de la Santísima Concepción (Chile)
dvargas@ucsc.cl

RESUMEN: Asumiendo aquella postura que admite la responsabilidad civil de los cónyuges por los daños causados por incumplimiento de los deberes conyugales, este trabajo pretende estudiar las eventuales obligaciones que pueden asumir los terceros que con su conducta inducen o contribuyen al incumplimiento de los deberes de un cónyuge, causando daños junto a los cónyuges, analizando si es posible su responsabilidad civil, y en caso afirmativo, bajo qué requisitos, forma y presupuestos.

PALABRAS CLAVE: responsabilidad; terceros; incumplimiento.

ABSTRACT: Assuming that posture that supports civil responsibility of the spouses for damages for breach of marital duties, this work aims to study the possible obligations that may take third parties by their conduct induce or contribute to the failure of the duties of a spouse, causing damage with spouses, analysing if possible civil liability, and if so, under what conditions, shape and budgets.

KEY WORDS: liability; third parties; breach.

FECHA DE ENTREGA: 11/01/2016/FECHA DE ACEPTACIÓN: 02/05/2016.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.- II. REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.- 1. Italia.- 2. Francia.- 3. Alemania.- 4. España.- III. NUESTRA OPINIÓN.

I. INTRODUCCIÓN.

Con fecha 13 de junio de 2012, la Corte Suprema¹ rechazó el recurso de casación en el fondo interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Corte de Apelaciones de Santiago de 10 de noviembre de 2009², confirmando de esa forma la sentencia que había rechazado la demanda interpuesta por un marido en contra de su cónyuge y un tercero, para que fueran condenados solidariamente a indemnizarle los perjuicios patrimoniales y morales derivados del ilícito civil de adulterio que habían cometido.

El fundamento invocado por el marido al ejercer esta acción resarcitoria por responsabilidad civil extracontractual en contra de su cónyuge y el tercero, estaba en el ilícito civil de adulterio, con resultado de confusión de paternidad, ya que la hija que él creía suya, y reconocida como matrimonial, resultó ser hija del tercero con quien la cónyuge había cometido el adulterio. En virtud de estos hechos, el marido demandó los perjuicios patrimoniales, en un mínimo de \$40.000.000.-, al verse obligado, de buena fe, a desembolsar cuantiosas sumas de dinero para costear los gastos pre-natales, de parto y postnatales, de alimentación, vestuario y demás gastos de establecimiento de la menor, los gastos por los tratamientos psicológicos de sus otros hijos, además del lucro cesante ya que los hechos le habrían provocado una baja considerable en su productividad laboral, y con ello, de sus ingresos; en el orden extrapatrimonial, sostuvo que el ilícito civil le causó un severo golpe a la honra y autoestima, en el ámbito familiar, laboral y social, generando cuantiosos daños morales que deben ser resarcidos por los demandados, y que valoró en un mínimo de \$50.000.000.-

La Corte de Apelaciones de Santiago rechazó la demanda interpuesta fundándose, entre otras consideraciones, en una regla de especialidad que regiría al Derecho de familia, que permitiría aplicar sólo las sanciones o efectos expresamente previstos por el legislador, entre las cuales no se encontraría la acción de responsabilidad civil extracontractual por el adulterio, como también por el carácter ético de las obligaciones y derechos que nacen de las relaciones de familia; estos fundamentos serían la consecuencia de los tres principios que estructurarían al Derecho de familia,

¹ Ingreso rol N°263-2010.

² Ingreso rol N°7738-07.

como son que sus normas sean de orden público, la limitación del principio de autonomía de la voluntad, y el carácter *intuitio personae*. Asimismo, consideraron que el hecho que el adulterio siempre haya tenido una sanción especial, establecida por el legislador en atención a la naturaleza de la institución del matrimonio, no permite considerarlo una fuente de responsabilidad extracontractual como lo pretende el demandante, pues las normas que regulan tales materias se refieren a la reparación de daños derivados de obligaciones de carácter patrimonial.

Este fallo inédito, en una materia escasamente tratada por la jurisprudencia³ y doctrina nacional, plantea un tema que hasta el momento no había sido discutido, en orden a determinar qué pasa con el tercero que contribuye con uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, y de ese incumplimiento se causa daño al otro cónyuge, ¿son civilmente responsables o no?

Dicho lo anterior, este trabajo se centrará en los daños causados a un cónyuge por incumplimiento de los deberes conyugales, por un acto realizado por un tercero en complicidad o inducción con el otro miembro del matrimonio.

Ahora bien, como frente a la interrogante que nos motiva, no encontramos un pronunciamiento doctrinal en el orden nacional, estamos obligados a revisar la jurisprudencia y doctrina comparada, en especial, española, francesa, italiana y alemana, a fin de conocer y describir cómo se está enfrentando y resolviendo la materia que nos ocupa, para que el propio lector pueda construir su opinión, determinando si lo resuelto por la jurisprudencia nacional en este caso particular se ajusta o no con el ordenamiento

³ Otra sentencia relativa a esta materia es la de la Corte de Apelaciones de Puerto Montt, de 20 de diciembre de 2010, causa rol corte N°181-2010, quien, siguiendo lo resuelto por la Corte de Apelaciones de Santiago el 10 de noviembre de 2009, señaló en su considerando décimo cuarto que “pretender una indemnización por daño moral por una presunta relación extramatrimonial de uno de los cónyuges, es contraria al orden público, ya que aún en el caso de ser comprobada estaríamos frente a lo que el artículo 132 del Código Civil considera una grave infracción al deber de fidelidad que impone el matrimonio lo que según el mismo artículo da origen a las sanciones que la ley prevé, entre las cuales por cierto, las normas de orden público que regulan el matrimonio, no ha considerado la indemnización por daños morales al otro cónyuge. Es más, cuando el legislador ha querido que por incumplimiento de las obligaciones que surgen como consecuencia del matrimonio uno de los cónyuges deba indemnizaciones al otro lo ha dicho expresamente como en el caso del inciso final del artículo 142 o artículo 328 del Código Civil”. Consecuencia del carácter de orden público, como de la regla de especialidad que regiría al Derecho de familia, los mismos sentenciadores añadieron en el considerando décimo séptimo que “cabe concluir además que existe objeto ilícito en todo pacto en que los cónyuges pretendieren obligarse unilateral o recíprocamente al pago de una indemnización por daño moral para el caso de faltar al deber de guardarse fé, por así disponerlo el artículo 1462 del Código Civil”.

comparado, sin perjuicio de manifestar nuestra propia opinión.

II. REVISIÓN DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA COMPARADA.

Frente a la ausencia de fundamentos que acepten o rechacen la responsabilidad de los terceros por su interferencia en el incumplimiento de los deberes conyugales, hemos optado por revisar la posición de la doctrina y jurisprudencia comparada, en especial italiana, francesa, alemana y española, donde la materia que nos ocupa ha tenido mayor desarrollo, como por la influencia que han ejercido estos ordenamientos en nuestra legislación⁴.

1. Italia.

Sobre el particular⁵, la primera sentencia que hallamos en este país, es la de la Corte de Casación de 19 de junio de 1975, instancia donde, originalmente, se reconoció la posibilidad que el tercero fuera responsable civilmente por los daños causados por inducción a uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, en específico al deber de fidelidad. En ella se afirma que no se puede excluir *a priori*, que en el particular ambiente en que conviven los cónyuges, el adulterio pueda ser causa de tanto descrédito para constituir fuente de daño a la vida de relación -es decir, “el daño que la persona sufre como consecuencia de la lesión sufrida y que consiste en la disminución de las posibilidades de la persona de ejercer normalmente su

⁴ En el Derecho romano, hasta antes de la *lex julia de adulteriis coercendis* (año 736 de la fundación de Roma o 18 a.c.), ya se sancionaba penalmente al varón (tercero) que era cómplice o co-reo de la mujer casada en el delito de adulterio (sólo se castigaba el adulterio de la mujer casada). En dicho supuesto, el marido ofendido, o su padre, o el padre de la mujer adúltera, que los sorprendía *in flagranti*, podía no sólo matar a la mujer, sino que también vengarse en contra del varón *adulter* como mejor le pluguiera, “lo más frecuente era matarlo, mutilarlo, castrarlo”. Si no los sorprendía *in flagranti*, el marido podía convocar al *consilium* o tribunal familiar, que normalmente declaraba el divorcio y otras sanciones familiares, o repudiar a la mujer, mientras que el varón *adulter* era juzgado por su propio tribunal familiar; sin embargo, en caso de que éste no estuviera sometido a la patria potestad de un *pater familias*, el castigo “era la indefensión en que quedaba si era atacado por el marido ofendido, pues era muy raro que un *adulter* agredido acusara a su atacante, y si lo hacía, no se le prestaba generalmente caso”; véase MACHADO CARRILLO, M.: *El adulterio en el Derecho penal*, pasado, presente y futuro, tesis dirigida por el profesor Manuel Cobo del Rosal, ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977, p. 26 y ss., entre otros.

⁵ “Comentario a la sentencia del Tribunale di Milano”, 10 febrero 1999, *Il diritto di famiglia e delle persone*, vol. XXX, luglio – setiembre 2001, p. 367 y ss.

personalidad en el ambiente social”⁶;- la misma sentencia precisa, que este daño patrimonial es meramente posible, no probable, ni tampoco consecuencial. Como reproduce FRACCON⁷ del fallo en comentario, “tratándose del ilícito no incide naturalmente en la esfera patrimonial del otro, y necesita la prueba de la existencia del daño o, al menos, de las circunstancias particulares que han contribuido al hecho (que naturalmente no era previsto) la característica potencial de producir un perjuicio patrimonial”.

Si bien, la sentencia de término desestimó la pretensión del actor por falta de prueba de la existencia del perjuicio, no podemos negar que abrió la puerta de la responsabilidad civil contra los terceros, en aquellos casos que, excepcionalmente, por medio de la inducción a la infracción de un deber conyugal, se produzca un daño patrimonial a la vida de relación como consecuencia del descrédito causado al cónyuge dañado.

El precedente jurisprudencial citado fue nuevamente reiterado por el Tribunal de Roma, el 17 de septiembre de 1988⁸; si bien, también rechazó la pretensión del actor por falta de prueba de la existencia de los daños y perjuicios demandados, encontramos en ella un minucioso análisis de la cuestión debatida, con un desarrollo de los requisitos y fundamentos, que permiten determinar bajo qué escenarios los terceros son responsables por los daños causados por su inducción, contribución, al incumplimiento de los deberes conyugales.

En este caso, el marido descubrió en marzo-abril de 1978, que su mujer mantenía una relación con un tercero, empleado del demandante; entre ambos, no sólo le habían causado daños de tipo patrimonial por la nefasta administración de la empresa que tenían a su cargo, sino que a consecuencia de la relación, el hijo que suponía propio, nacido el 29 de abril de 1977, resultó ser del tercero, “amante de su cónyuge”, conforme a los hechos que expresamente se tuvieron por confesos por los mismos responsables, en los respectivos juicios de separación de matrimonio y paternidad. Por lo anterior, el actor presentó exclusivamente demanda de indemnización de perjuicios en contra del tercero, por los daños patrimoniales y morales, consecuencia de la relación adulterina, amparado en la tutela aquiliana. Por su parte, el demandado solicitó el rechazo de la demanda, alegando que después de la declaración de inconstitucionalidad del delito de adulterio, ya no puede

⁶ BIANCA, M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en *Commentario del Codice civile* (dir. A. SCIALOJA y G. BRANCA, y G. BRANCA), libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, 2ª ed., Bologna – Roma, 1979, p. 305 y ss.; PATTI, S.: “La lesione del diritto all’attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile”, Comentario a la sentencia de Casación de 11 de noviembre de 1986, *Giurisprudenza italiana*, I, 1ª parte, 1987, p. 2045.

⁷ FRACCON, A.: “Comentario”, cit.

⁸ *La nuova giurisprudenza civile comentata*, parte prima, 1989, p. 559 y ss.

discutirse la reclamación de daños morales, los cuales sólo derivan de la ejecución de un crimen, añadiendo que la infracción del deber de fidelidad sólo importa como causa de separación del matrimonio, pero en ningún caso, como fuente de daños.

Conforme al libelo de autos, el tribunal desarrolló las siguientes consideraciones:

i) La primera cuestión que se planteó el órgano jurisdiccional, fue precisar si la infracción de la obligación del deber de fidelidad de uno de los cónyuges, puede ser fuente de responsabilidad por daños en favor del otro. Sobre el particular expuso, que después de la derogación del delito de adulterio, gracias a la declaración de inconstitucionalidad resuelta en las sentencias de 1968 y 1969, no es posible alegar la vigencia de la acción civil para el resarcimiento de los daños morales que de él emanaban, y como pretendía el actor, debiendo en definitiva rechazarse el resarcimiento de los daños morales.

Sin embargo, continuando con el desarrollo de la interrogante inicial, el tribunal recordó que, pese a la derogación del delito de adulterio, la obligación del deber de fidelidad es una real y verdadera obligación privada, sancionada por la ley, plenamente vinculante, cuya eficacia va destinada a reglamentar la relación de los cónyuges en su vida familiar y, a la exigencia de salvaguardar la unidad y la estabilidad de este grupo. Estas afirmaciones lo llevaron a concluir, que en el caso de la violación de este deber, unido a otras circunstancias concurrentes, también puede ser fuente de una responsabilidad por daños, agregando en tal sentido, que la jurisprudencia de la Corte de Casación de 19 de junio de 1975, ya estableció que la violación de la obligación de fidelidad de uno de los cónyuges, a parte de las consecuencias sobre la relación personal, puede también constituir, en concurso de particulares circunstancias, fuente de daño patrimonial para el otro cónyuge por efecto del descrédito consiguiente, y con ello, fuente de daños a la vida de relación.

En todo caso, distinguió, que una cosa es que la infracción del deber de fidelidad, como tal, constituya un ilícito civil en la medida que importa la violación de un deber impuesto por una norma civil, y otra muy distinta, que ese sólo requisito sea suficiente para acoger una condena de resarcimiento de daños como lo solicitó el demandante; añadió que para que esto última suceda, es menester, además de la violación del deber, que se acredite la existencia del daño patrimonial, del daño a la vida de relación, producto del descrédito al cónyuge, y que se plantea como una simple hipótesis o muy eventual probabilidad, aparte del necesario vínculo causal entre éstos, los cuales, en ningún caso se probó en estrados.

ii) Pese al rechazo de todas las pretensiones interpuestas por el actor en contra del tercero exclusivamente, “amante de su cónyuge”, el tribunal pasó a analizar en términos generales la responsabilidad aquiliana de éstos, en los supuestos que inducen al incumplimiento de los deberes conyugales, señalando que sería fácil descartar cualquier acción dirigida en contra de ellos, si se entendiera que no están afectados por los mismos deberes, y que la fidelidad sólo constituye una carga sobre la mujer, y no del tercero demandado.

Por ello, la sentencia del Tribunal de Roma, se encargó de señalar que conforme a la doctrina más avanzada, se ha elaborado la responsabilidad de los terceros por inducción al incumplimiento, donde la figura en examen se caracteriza por el comportamiento del tercero que, voluntariamente, persuade al deudor a no cumplir con la prestación en contra del acreedor. Que dicha conducta de inducción se concreta, de un lado, en una acción síquica directa, que lleva al deudor a un estado psicológico de decidir a no cumplir, y por otro, a la lesión de un derecho de crédito del acreedor que le impide realizar sus reales intereses. Si bien reconoce el tribunal, que la doctrina sobre la inducción al incumplimiento no es pacífica por la ausencia de una norma específica que la recoja, y de esa forma proteja la relevancia de los derechos de crédito, añade que, no obstante, se debe enfatizar como se ha utilizado el art. 2043⁹ CC italiano, en base al cual, se ha reconocido en favor del acreedor dañado una acción extracontractual en contra del tercero, culpable de inducir al deudor al incumplimiento, estableciendo sobre éstos un deber general de abstención también en la relación de crédito, independiente de una norma específica que lo imponga, otorgándole al acreedor una tutela inmediata y directa en contra del tercero que perjudique su derecho, haciendo plenamente extensible dicho razonamiento y justificación al ámbito matrimonial.

Así pues, el tribunal estimó que en el caso de las obligaciones derivadas del matrimonio, en particular la fidelidad, es posible concluir, indiscutiblemente, que el sujeto que induce o instiga a la mujer de un tercero a tener una relación sexual, contribuye o coopera con su comportamiento a producir el hecho lesivo de la obligación de fidelidad, concurriendo así con la mujer a la violación de tal obligación. En ese contexto, el comportamiento del tercero que induce a la mujer de otro al adulterio, puede calificarse como injusto e íntegra –ya sea doloso o culposo y causante del daño– la figura del ilícito aquiliano, en cuanto lesiona intereses que, conforme al ordenamiento, son merecedores de tutela. Añade que la actividad de inducción o instigación que desarrolla el tercero, debe presentar ciertas características, en el sentido que debe concretarse no ya en una conducta puramente pasiva, sino

⁹ Artículo 2043 del Codice Civile: “Risarcimento per fatto illecito. Qualunque fatto doloso, o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obliga ocluí che ha comeos il fatto a risarcire il danno”.

materializándose en un comportamiento activo y positivo, adquiriendo importancia en la inducción a un cónyuge a la traición del otro.

Agregó, que se debe tener presente a estos propósitos, que un sujeto, al contraer matrimonio, se expone al riesgo que el cónyuge no respete la obligación de fidelidad; ahora, el tercero que interfiere en una relación matrimonial de otro, determina un aumento de la probabilidad que se verifique el incumplimiento, y luego, una ampliación del riesgo asumido por el cónyuge con el matrimonio: tal ampliación será mayor en la hipótesis que el tercero, por ejemplo, instigue o induzca a la mujer de otro a cometer adulterio (v.gr., con un cortejo obsesivo, costosos regalos, continuas llamadas), mientras tenderá a disminuir en el caso de que el tercero se limite a padecer las propuestas amorosas de una mujer insatisfecha (sexual y afectivamente) del propio marido (lógicamente, lo mismo debe decirse para un marido hecho objeto de una asidua galantería de parte de otra mujer).

En fin, termina manifestando el sentenciador, que el problema de la responsabilidad del tercero dañante, subsiste sólo en el caso que este último, con su conducta, determine una ampliación de la probabilidad que se verifique la violación de la obligación de fidelidad; por tanto, la tutela del marido en contra del “amante de su cónyuge” puede configurarse exclusivamente en esta hipótesis, pero no cuando sea la mujer la que toma la concreta iniciativa de traicionar al marido aceptando la relación sexual o afectiva con el tercero¹⁰.

Muy crítico con esta postura jurisprudencial hallamos a CENDON, GAUDINO y ZIVIZ¹¹, al expresar que esta sentencia demuestra cómo no siempre los tribunales siguen el correcto camino, al reflejarse en ella una serie de divagaciones y tomas de posición, que no revisten efectivamente ningún peso, formulando en contra de ésta las siguientes críticas:

1º) En cuanto a las características y requisitos que deben concurrir, según el

¹⁰ Comparte su opinión PALETTO, V.: “Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988”, *Nuova giurisprudenza civile comentata*, parte primera, 1989, p. 563 y ss., aun cuando reconoce que los fundamentos expuestas no están apoyados por la doctrina, destacando que conforme a la nueva perspectiva del art. 143,2 CC italiano, adquiere un significado sustancial esta obligación, porque interesa como un “recíproco vínculo de responsabilidad del cónyuge”, derivado de un real y verdadero principio puesto a salvaguardar la unidad y estabilidad del grupo familiar, el cual tiene como directa consecuencia, siguiendo al Tribunal, en la configuración de una responsabilidad por daño en caso de violación del deber de fidelidad, donde la relación adulterina de un cónyuge puede alterar de tal forma la relación personal y social del otro, que lleve a configurar un daño de naturaleza patrimonial y como tal resarcible.

¹¹ CENDON, P., GAUDINO, L., ZIVIZ, P.: “La moglie infedele, l’amante, i danni del coniuge tradito”, en ALLETTO *et al.*, *La responsabilità extracontrattuale, Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1994, p. 541 y ss.

sentenciador, para acoger la responsabilidad del tercero derivada de la inducción al incumplimiento de la obligación de fidelidad, sostienen que dicha afirmación se debe a la difusa inclinación al moralismo de vieja estampa, unido a la tendencia vigilante de las reglas censorias que muestra la jurisprudencia italiana, que la llevan a formular argumentos más éticos que jurídicos, mirando más al público que al derecho.

2º) Que el perjuicio consistente en el descrédito que el vínculo extraconyugal produce en el cónyuge engañado, aparece reconducido por los jueces bajo la etiqueta de daño a la vida de relación, dentro del ámbito de la cláusula general de responsabilidad civil por hecho ilícito, lo que implica una tutela reparatoria continua que se intenta defender pese al derogado delito de adulterio, abriéndose el tribunal a una sanción, mediante la *lex aquilia*, frente a cualquier violación de la obligación de fidelidad, en circunstancias que el daño sufrido por el cónyuge traicionado, debiera reputarse admisible sólo cuando el comportamiento del cónyuge infractor integre los extremos del ilícito bajo aspectos diversos y separados con aquella infidelidad, tales como la lesión de la reputación, del decoro, de la privacidad, del honor, etc.

3º) Que en lo relativo al comportamiento del tercero que induce real y propiamente al incumplimiento, el tribunal entiende que existe una suerte de obligación general para éstos de abstenerse de cualquier influencia significativa sobre la relación entre los cónyuges, lo que llevaría a transformar la pretensión de cada cónyuge (a obtener el respeto de la obligación de fidelidad) en una prerrogativa muy similar a la otorgada al derecho absoluto, lo que en ningún caso se puede aceptar. Además de la inoponibilidad formal de semejante consideración, no se justifica en estos tiempos (con todos los cambios que el derecho comparado señala) ampliar en este sentido los daños resarcibles, estableciendo que quien quiera tener algo con una persona casada, debe abstenerse de ello, de cualquier tipo de intimidad y confianza, para evitar incurrir en una futura sanción de tipo resarcitorio.

4º) Por último, agregan que tampoco cabe comprender el comportamiento del tercero como una “lesión de la tranquilidad familiar”, aunque haya experimentado un mayor desarrollo en la jurisprudencia con ocasión del sufrimiento de un familiar. Agregan que, en todo caso, la valoración del injusto debe surgir del prudente balance de los opuestos intereses en juego, no de cualquier violación de la tranquilidad familiar, como en el supuesto en referencia, y aunque de ella se derive la ruptura de la relación familiar, que en cualquier caso, sería exclusivamente imputable a la libre elección de uno de los cónyuges, aun cuando esté inspirada, motivada, en el juego seductivo de una tercera persona. Incluso advierten, que una responsabilidad por la lesión de la tranquilidad familiar, sólo sería imaginable en situaciones extremas, es decir (y quizá algo novelescas), en hipótesis en que la conducta aparece caracterizada por un real y verdadero dolo específico.

También contrario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988, se encuentra el fallo del Tribunal de Monza, que en su resolución de 15 de marzo de 1997¹², rechazó la demanda presentada por el cónyuge en contra del tercero por el daño biológico y patrimonial causado, afirmando que: a) la conducta de éstos, en relación al adulterio de la mujer del actor, es expresión de la libertad de autodeterminación en la relación interpersonal¹³; b) que no existe un derecho absoluto al interior de la familia, fuente como tal, de un deber general de abstención de interferencia de parte de los otros; c) que tampoco tiene reconocimiento la inducción a la violación de los deberes conyugales, en consideración al principio de la autorresponsabilidad, limitado al comportamiento del cónyuge adúltero; finalmente agregó, que “si la señora M. ha eventualmente violado las obligaciones conyugales, estableciendo una relación con un tercero y consintiendo que éste habite en la casa asignada por el tribunal, será ésta quien tendrá que responder por el incumplimiento y, una vez que se pruebe el nexo causal según la norma de la causalidad adecuada, de la relativas consecuencias dañosas”¹⁴.

La dicotomía que presenta la jurisprudencia italiana en esta materia, es fruto de otra división más profunda existente en la doctrina, y que dice relación con la admisibilidad o rechazo de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en general¹⁵, y que se encuentra representada por las opiniones antagónicas de BUSNELLI y FEDELE respectivamente.

Para BUSNELLI¹⁶ y BELLINI¹⁷, entre otros, existe un deber general de respeto

¹² *Repertorio del Foro Italiano*, 1997, voz “Responsabilità civile”, N°136.

¹³ La misma conclusión se constata en la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, comentada por DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, N°6676, 21 de marzo de 2007, edición electrónica (<http://www.laley.net>), instancia en la cual se afirmó que el derecho constitucional al libre desarrollo de la personalidad impide perfilar la existencia de un deber de terceros de abstenerse de mantener relaciones sexuales con personas casadas.

¹⁴ FRACCON, A.: “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol XXX, enero – marzo 2001, p. 392 y ss.

¹⁵ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962, p. 586 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos”, en *Homenaje al profesor Juan Roca Juan*, Universidad de Murcia, Murcia, 1989, p. 850 y ss.; DE CUNTO, L.: “La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito”, *Anuario 2003*, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/06-publicaciones/informacion/anuario%2003/De%20cunto.pdf> -; GULLÓN BALLESTEROS, A.: “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, vol. XX, abril – junio, 1958, p. 111 y ss.

¹⁶ BUSNELLI, F.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964; FRACCON, A.: “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987, p. 273 y ss.; la crítica de

de todos los derechos, absolutos o relativos¹⁸, que permite sostener la responsabilidad extracontractual de los terceros, ya que la lesión de éstos importa la violación del *neminem laedere*¹⁹; lo destacable, según el último autor en comentario, es que el elemento causal del proceso dañoso consista en un comportamiento antijurídico, que el hecho dañoso lesione un interés jurídicamente protegido (y el crédito es un interés patrimonial), que la lesión provoque un daño cierto y efectivo al titular de dicho interés, y que por último, entre el daño y el evento dañoso exista un necesario nexo de causalidad²⁰. En el mismo orden de ideas, BUSNELLI agrega, que las consideraciones precedentes se conforman con el principio de indistinción (entre contrato eficacia real y contrato eficacia obligatoria) en materia de tutela aquiliana de los contratos, que permite fundamentar la responsabilidad

este último artículo corre a cargo de CENDON, P.: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987, p. 301 y ss.

¹⁷ BELLINI, L. “Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2º, 1953, p. 1183 y ss.; este autor construye su posición por medio de la sentencia del Tribunal de Roma, de 18 de agosto de 1952, que desestimó la demanda interpuesta por la empresa constructora S.I.C.E.S.I. en contra de la compañía aérea T.W.A., por la pérdida de las prestaciones futuras de uno de sus trabajadores, fallecido en un accidente mientras era transportado por la demandada; sobre el particular, el tribunal rechazó la pretensión en consideración a que la muerte del trabajador no era la “causa única y necesaria” de la resolución de su contrato de trabajo y de la consecuente pérdida de expectativas del empleador, sino que ella también dependía de la voluntaria continuación del dependiente o que no se verificara la muerte natural de éste, exigencia que nacía de la aplicación de las normas de los arts. 2043, 2056 y 1223 del *Código civile*; frente a esta última consideración, el citado autor señala, que si bien es posible que el contrato de trabajo pudiera terminar por la renuncia o muerte natural del trabajador, en el hecho ello no ocurrió, y al derecho no le puede interesar las categorías de lo meramente posible o no, sino que debe atender a criterios de normalidad, y en el caso, lo normal era que el trabajador siguiera prestando servicios para el actor.

¹⁸ BELLINI, L. “Lesione”, cit., p. 1189, “Nel riconosciuto generico dovere di risarcimento del danno a carico di colui che lo ha procurato non si può dire contenuta o prevista una limitazione della tutela in ordine ai titolari di un diritto personale a differenza dei titolari di un diritto assoluto: per questo - in linea generale - anche il diritto di credito deve essere ammesso alla tutela aquiliana, poiché anche nei suoi confronti vige il generico dovere del *neminem laedere* disposto dall’art. 2043 c.c...”

...Per rispondere a tali interrogativi è necessario confrontare il diritto reale e il diritto di credito, per concludere che le due figure sono parificabili sotto il punto di vista dell’oggetto della loro lesione (in che consiste e contro che cosa si dirige) e sotto il punto di vista della loro tutela (come e da quale norma cioè, sono protetti).

...Ora, sarebbe inammissibile sostenere che l’interesse che è substrato del diritto reale, sia di natura diversa da quello che è substrato del diritto di credito, poiché questo interesse è un *prìus* del diritto, nel senso che è un valore umano anteriore alla considerazione giuridica: e quindi la lesione del primo finisce ad essere sostanzialmente identica a quella del secondo”.

¹⁹ Según BUSNELLI, F.: *La lesione del credito*, cit., p. 57, el deber genérico del *neminem laedere* debería ser asumido como una expresión de un “principio que sta a tutelare tutta la sfera giuridica di ogni persona, e non solo dei suoi diritti, siano essi assoluti o relativi, ma anche delle sue capacità, posizioni, qualità, interessi giuridici”.

²⁰ BELLINI, L. “Lesione”, cit., p. 1193.

del tercero en la relevancia externa de la relación obligatoria, y que responde al abandono creciente de la vieja regla de la relevancia meramente interna del derecho de crédito²¹; que en todo caso, quienes niegan relevancia jurídica a la actividad del tercero que influye sobre el derecho de crédito bajo el aspecto de su lesión, deberían por coherencia negar la actividad del tercero que influye sobre el mismo derecho bajo el perfil de la realización, y que se encuentra expresamente reconocido en el art. 1180²² del *Codice*, ya que cumplimiento y lesión de parte del tercero no son, en última instancia, más que dos etapas del mismo fenómeno: la incidencia de la actividad del tercero sobre el derecho de crédito²³.

En sentido contrario, FEDELE²⁴ descarta cualquier aplicación de las normas

²¹ BUSNELLI, F. “La tutela aquiliana”, cit., p. 288; BUSNELLI, F.: *La lesione*, cit., p. 5 y ss., dice, “È stato così osservato che, del credito, la communis opinio ha preso in considerazione unicamente il rapporto che lega il creditore e il debitore (rapporto indubbiamente relativo), traslaciando di tener conto del fatto, in realtà assai importante, che detto rapporto, in quanto oggettivamente esistente, ha anch’esso ‘una sua proiezione erga omnes, ed è in questa proiezione che... tutti sono tenuti al dovere di non lederlo’”. Per tradurre in termini concreti questo duplice atteggiarsi del rapporto obbligatorio, si è parlato di un suo aspetto interno (nei confronti del debitore), riservando al primo il carattere di relatività, e attribuendo al secondo il crisma dell’assolutezza”. A la misma conclusión llega BELLINI, L. “Lesione”, cit., p. 1190 y ss., al distinguir el efecto interno “relativo” y externo “erga omnes” de los contratos, al decir, “Infatti nel momento in cui il legislatore concede che il contratto abbia forza di legge tra le parti, contemporaneamente ammette che dentro il “grande” ordinamento giuridico statuale esistano svariati “regolamenti” giuridici privati, i cui soggetti sono i contraenti e le cui norme sono le clausole particolari dello stesso contratto, non deroganti e consentite dalla legge generale.

Da questa situazione ne viene che tutte le volte che il creditore non consegue soddisfazione, egli si appellerà alle leggi del contratto, qualora chi viola il suo diritto alla soddisfazione sia il debitore, e si appellerà invece alle leggi fuori del contratto, ma facenti parte del diritto oggettivo generale, qualora il suo diritto sia violato da un terzo, che per il fatto stesso di essere terzo, non può sottostare alle regole del particolare regolamento contrattuale.

Quindi anche il credito possiede un suo riflesso erga omnes, sotto il punto di vista della sua tutela.

... Nell’ambito del rapporto, pertanto, è la regola del contratto che tutela il contraente: al di fuori, contro un’aggressione esterna, è la legge esterna e generale che lo tutela”.

²² Artículo 1180 Codice Civile: “Adempimento del terzo. L’obbligazione può essere adempiuta da un terzo, anche contro la volontà del creditore, se questi non ha interesse a che il debitore esegua personalmente la prestazione. Tuttavia il creditore può rifiutare l’adempimento offertogli dal terzo, se il debitore gli ha manifestato la sua opposizione”.

En el Código civil español, al igual que el art. 1180 del *Codice*, también encontramos disposiciones que regulan expresamente la intervención del tercero en el cumplimiento de una obligación, como lo son los arts. 1158, 1161.

²³ BUSNELLI, F.: *La lesione*, cit., p. 31 y ss.

²⁴ FEDELE, A.: *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1954, en especial, p. 93 y ss.

Esta posición se apoya en la sentencia de la Corte de Apelaciones de Turín, de 23 de enero de 1952, (conocida como la tragedia de Superga), donde el equipo de fútbol Club Torino presentó una demanda en contra de una empresa de aviación por la muerte de todos sus

de responsabilidad extracontractual, ya que la lesión dolosa o culposa de un derecho de crédito por un tercero, no constituye por ese solo hecho un acto ilícito que obligue a su resarcimiento; que en todo caso, estas situaciones deben resolverse por medio de las reglas de la imposibilidad sobrevenida (art. 1256²⁵) y de la cesión de acciones aplicables a las obligaciones en general (art. 1259²⁶); que si bien, el art. 2043 exige la violación de un derecho subjetivo absoluto, por aplicación de los arts. 2056²⁷ y 1223²⁸ del Codice, para que el daño sea resarcido es necesario que éste sea consecuencia “inmediata y directa” de la violación de la obligación contractual o del *neminem laedere*, requisitos últimos, que en el común de los casos, no concurren en la infracción del tercero²⁹; que todas estas consideraciones encuentran su fundamento en la tradición del Derecho romano, en el principio de la relatividad de los efectos del contrato, en la distinción esencial entre derechos absolutos y relativos, en la justificación de la acción subrogatoria, en la falta de nexo causal en la violación mediata del crédito, y en las funestas consecuencias prácticas que daría lugar la teoría opuesta.

jugadores, la cual fue rechazada por los fundamentados que han servido de sustento a esta posición; el tribunal de primera instancia había sido claro al resolver que “Soltanto i calciatori, non i piloti dell’Ali potevano violare i diritti patrimoniali del Torino, poichè nessun vincolo, all’infuori di quello della prestazione d’opera, li legava, e il preteso collaterale rapporto d’appartenenza non ha la consistenza di un diritto reale, valevole erga omnes, e in quello si confonde e si esaurisce”.

²⁵ Artículo 1256 Codice Civile: “Impossibilità definitiva e impossibilità temporanea. L’obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile. Se l’impossibilità è solo temporanea, il debitore, finché essa perdura, non è responsabile del ritardo nell’adempimento. Tuttavia l’obbligazione si estingue se l’impossibilità perdura fino a quando, in relazione al titolo dell’obbligazione o alla natura dell’oggetto, il debitore non può più essere ritenuto obbligato a eseguire la prestazione ovvero il creditore non ha più interesse a conseguirla”.

²⁶ Artículo 1259 Codice Civile: “Subingresso del creditore nei diritti del debitore. Se la prestazione che ha per oggetto una cosa determinata è divenuta impossibile, in tutto o in parte, il creditore subentra nei diritti spettanti al debitore in dipendenza del fatto che ha causato l’impossibilità, e può esigere dal debitore la prestazione di quanto questi abbia conseguito a titolo di risarcimento”.

²⁷ Artículo 2056 Codice Civile: “Valutazione dei dan. Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli artt. 1223, 1226 e 1227. Il lucro cessante è valutato dal giudice con equo apprezzamento delle circostanze del caso”.

²⁸ Artículo 1223 Codice Civile: “Risarcimento del danno. Il risarcimento del danno per l’inadempimento o per il ritardo deve comprendere così la perdita subita dal creditore come il mancato guadagno, in quanto ne siano conseguenza immediata e diretta”.

²⁹ En la sentencia de 23 de enero de 1952 de la Corte de Apelaciones de Turín, y que sirve de base para esta posición, se resolvió que no sólo la muerte de los jugadores podía poner término al contrato, sino que también la propia voluntad de los jugadores, deudores de la prestación; sobre el particular, BELLINI señala que una cosa es que el art. 1223 establezca que el daño sólo será resarcible cuando sea consecuencia inmediata y directa del hecho dañoso, y otra muy distinta que ese daño sea la consecuencia única y necesaria como erróneamente lo resolvió la sentencia del Tribunal de Roma de 18 de agosto de 1952, ya comentada.

Por último, en una posición intermedia se halla TRIMARCHI³⁰, quien, si bien rechaza con carácter general la tutela aquiliana al obstaculizar la fluidez del tráfico, justifica su excepcional aplicación para aquellos casos en que el tercero induzca al deudor al incumplimiento, mediante declaraciones falsas del acreedor o cuando tenga un interés específico en lesionar los intereses del acreedor.

2. Francia.

Por su parte, la doctrina francesa, generalmente manifestada al estudiar las consecuencias de la infracción del deber de fidelidad, admite la responsabilidad civil delictual de los terceros -es decir, por medio del art. 1382³¹ del *Code-*, cuando inducen a cualquiera de los cónyuges a incumplir sus deberes conyugales, causando daño al otro miembro, bajo condición de que se pruebe que actúan con conocimiento de la existencia del matrimonio, y desarrollen un comportamiento activo a la inducción de dichas obligaciones, condenando *in solidum* a cónyuge y tercero a resarcir los perjuicios que causen³².

³⁰ TRIMARCHI, P.: “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX-1983, parte primera, p. 217 y ss.

³¹ Artículo 1382: “Cualquier hecho del hombre que cause daño a otro obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a repararlo”.

³² BÉNABENT, A. : *Droit civil*, La famille, 3ª ed., Litec, Paris, 1988, p. 119, al hablar de las sanciones por la infracción del deber de fidelidad, expresamente comprende la posibilidad de que ésta dé lugar a una acción de daños y perjuicios no sólo contra el cónyuge incumplidor, sino que también respecto del tercero cómplice del mismo, en la medida que se demuestre que éste ha actuado sabiendo la existencia del matrimonio; PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. II, *La familia, matrimonio, divorcio, filiación*, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, ed. Cultural S.A., Habana, 1946, p. 256, hablando sobre el deber de fidelidad, añaden que “según la jurisprudencia se concede también una indemnización pecuniaria al esposo víctima del engaño de su cónyuge”, “las mismas resoluciones permiten al marido pedir daños y perjuicios al cómplice solidariamente responsable”; CORNU, G.: *Droit civil, La Famille*, Montchrestien, 7ª éd., Paris, 2001, p. 58, con ocasión de las consecuencias del incumplimiento del deber de fidelidad, expresa que el ilícito del adulterio se desarrolla sobre el terreno de la responsabilidad civil delictual: el adulterio constituye un delito civil, no solamente para aquel de los cónyuges que lo comete, sino que también para su cómplice; el esposo engañado puede obtener de la justicia la indemnización de los daños y perjuicios no sólo de su contraparte, sino que de los terceros que participen en la violación de la fe conyugal, y que de esta forma, concurren a su ofensa; BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille*, t. I, *Aspects Internes et Internationaux*, ed. Económica, Paris, 1990, p. 266, al comentar las prerrogativas de los deberes de fidelidad y asistencia, expresa que el cónyuge ofendido (independiente de la acción del art. 266 CC) puede actuar en contra de su contraparte adúltera y su cómplice, en base al art. 1382 CC francés, para el resarcimiento de los daños y perjuicios morales.

En el mismo sentido se ha manifestado la jurisprudencia, desde el inédito fallo del 13 de mayo de 1997 de la Corte de Apelaciones de Bordeaux³³, oportunidad donde la cónyuge presentó demanda de indemnización de perjuicios en contra de la amante de su marido, refugiándose, al decir de HAUSER, en el Derecho privado a objeto de rescatar y defender la moralidad del matrimonio; si bien, con ocasión del procedimiento de divorcio, la actora ya había sido indemnizada por su marido, por los daños morales causados por el carácter público de la relación adúltera que éste mantenía (vivía con su amante), la cónyuge completó su ofensiva contra la tercera mediante una acción de responsabilidad civil conforme al art. 1382 del *Code*, por las mismas consideraciones antedichas, añadiendo además, que en atención a la culpa de ésta, el marido se había alejado del hogar familiar, motivando con ello la disolución del matrimonio. Sin embargo, el citado juzgador, rechazó en definitiva todas las peticiones alegadas, en atención a que los hechos en que ésta se fundaba, ya habían sido resarcidos en la instancia de disolución matrimonial, siendo condenado por ello exclusivamente el marido, y no solidariamente la tercera cómplice; añadió, que en todo caso, el comportamiento de ambos, sólo demostraba una simple falta de discreción de la amante, y en ningún caso una culpa que diera lugar a una responsabilidad delictual, como lo pudiera ser el que ella se haya hecho pasar públicamente como cónyuge del demandado; agregó en último término, que para que se acepte una demanda de tal naturaleza no sólo hace falta demostrar por el cónyuge demandante la prueba del adulterio -la cual no sería una culpa suficiente sobre el cómplice-, sino que es menester demostrar una relación de causalidad con la disolución del matrimonio, cuya ruptura constituye el único perjuicio analizado, verificable y, aceptado por la jurisprudencia³⁴.

Esta uniformidad de criterios de la doctrina como de la jurisprudencia

³³ HAUSER, J.: “L’article 1382, dernier rempart de la morale?”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre/diciembre, 1997, p. 909, al comentar la sentencia de la Corte de apelaciones de Bordeaux, de 13 de mayo de 1997; HAUSER, J.: “Sanctions de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2000, p. 810 y ss., al comentar la sentencia de la sala 1° de lo civil de la Corte de Casación, de 04 de mayo de 2000.

³⁴ La necesidad de un comportamiento activo de parte del tercero, induciendo al incumplimiento de los deberes conyugales, a objeto de que pueda ser condenado a resarcir los daños por medio del artículo 1382 *Code*, queda de manifiesto en la sentencia de la sala 2° de lo civil de la Corte de Casación, de 5 de julio de 2001, comentada por HAUSER, J.: “Le tiers complice de la violation de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2001, p. 856, donde se aprecia que la demanda se desestimó en atención que no había sido la amante quien buscó al marido antes o después del matrimonio, que no hubo escándalo, no se buscó dañar específicamente a la cónyuge, y que no tuvo, por los hechos demostrados, influencia sobre el marido ni sobre el incumplimiento de los deberes conyugales; que en suma, el marido fue el único responsable de la ruptura, excluyéndose a la amante de la misma, aun cuando conociera de la existencia del matrimonio.

francesa, en el sentido de aceptar la responsabilidad civil extracontractual por los daños derivados del incumplimiento de los deberes conyugales, por actos realizados en complicidad o connivencia por un tercero y uno de los cónyuges en perjuicio del otro, tiene explicación en la común o general aceptación de la tutela aquiliana de los derechos de crédito en materia contractual³⁵, y especialmente en materia laboral³⁶, como oportunamente ha puesto de manifiesto GARÉ³⁷, al señalar que si se quieren aplicar ciertos principios muy difundidos al matrimonio de la materia contractual (sin que la comparación vaya más allá de la oportunidad técnica), se recordará que la

³⁵ SAVATIER, R.: *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *Les sources de la responsabilité civile*, 2ª ed. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1951, p. 187 y ss.; LALOU, H.: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1955, p. 490 y ss.; ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio”, cit., p. 583 y ss.; VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, cit., p. 849 y ss.; DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad”, cit.; si bien, dentro de los autores citados, se reconoce que se ha tratado de dirigir la protección de los derechos del acreedor respecto de la responsabilidad de los terceros a través de la acción pauliana, la competencia desleal, el abuso del derecho o la colisión de derechos de crédito, ha continuado prevaleciendo el camino de la tutela aquiliana del acreedor amparada en el art. 1382 del *Code*

³⁶ Véase la sentencia de la sala 2ª de lo civil de la Corte de Casación, de 5 de julio de 2001, comentada por HAUSER, J.: “Le tiers complice”, cit., p. 856, y el artículo L1237-3 del *Code du Travail* que dispone “Lorsqu’un salarié ayant rompu abusivement un contrat de travail conclut un nouveau contrat de travail, le nouvel employeur est solidairement responsable du dommage causé à l’employeur précédent dans les cas suivants: 1º S’il est démontré que le nouvel employeur est intervenu dans la rupture; 2º Si le nouvel employeur a engagé un salarié qu’il savait déjà lié par un contrat de travail; 3º Si le nouvel employeur a continué d’employer le salarié après avoir appris que ce dernier était encore lié à un autre employeur par un contrat de travail. Dans ce cas, sa responsabilité n’est pas engagée si, au moment où il a été averti, le contrat de travail abusivement rompu par le salarié était venu à expiration, soit s’il s’agit de contrats à durée déterminée par l’arrivée du terme, soit s’il s’agit de contrats à durée indéterminée par l’expiration du préavis ou si un délai de quinze jours s’était écoulé depuis la rupture du contrat”.

En España, el Estatuto de los Trabajadores, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, en su artículo 21 N°4, contempla una norma algo similar a la expresada en el Código del Trabajo francés, en cuanto obliga al trabajador a indemnizar los daños y perjuicios causados al empleador en caso de infringir el plazo mínimo de permanencia, después de haber sido especializado profesionalmente por éste, al disponer “Cuando el trabajador haya recibido una especialización profesional con cargo al empresario para poner en marcha proyectos determinados o realizar un trabajo específico, podrá pactarse entre ambos la permanencia en dicha empresa durante cierto tiempo. El acuerdo no será de duración superior a dos años y se formalizará siempre por escrito. Si el trabajador abandona el trabajo antes del plazo, el empresario tendrá derecho a una indemnización de daños y perjuicios”; sin embargo, como se observa del texto, la responsabilidad de indemnizar se limita al trabajador, omitiendo el legislador el supuesto que la infracción en el plazo de permanencia sea motivada, inducida por otro empleador, asumiendo ambos solidariamente la obligación resarcitoria; sobre el particular, sería interesante pasar revista a una posible extensión de la interpretación de la norma por la doctrina como por la jurisprudencia laboral.

³⁷ Citado por HAUSER, J.: “Sanctions de l’obligation”, cit., p. 810 y ss., al comentar la sentencia de la sala 1ª de lo civil de la Corte de Casación, de 04 de mayo de 2000.

doctrina y jurisprudencia tienen por admitido hace mucho tiempo que toda persona, que en conocimiento de causa ayuda a otro a infringir sus obligaciones contractuales, incurre en una culpa delictual en contra de la víctima de la infracción; hay una “obligación de inviolabilidad” impuesta sobre los terceros, y si bien el matrimonio no puede reducirse a un contrato, no se ve porque el matrimonio sería menos inviolable que un contrato.

Si bien, en la actualidad, aún no existe unanimidad en cuestiones tales como, si la responsabilidad del deudor como del tercero cómplice es o no solidaria (aunque esta última es el criterio que se prefiere), o si la responsabilidad contractual de uno arrastra la extracontractual del otro, sí hallamos dos requisitos comunes y necesarios para dar lugar a la tutela aquiliana, como son que el tercero conozca la existencia del contrato, de la relación obligacional, y segundo, que éste realice un comportamiento activo, que colabore con el deudor al incumplimiento de su obligación, es decir, que asuma su rol de cómplice, en el entendido que con su intervención se ocasionará un perjuicio al acreedor, sin llegar al extremo de exigírsele una intencionalidad en dichos daños, no bastando en ningún caso, una simple culpa del tercero, ya que ello sería contrario a la relatividad de los contratos.

3. Alemania.

Muy distinta es la cuestión en la doctrina y jurisprudencia germana, donde se rechaza cualquier acción que el cónyuge interponga en contra de un tercero, por el daño causado por un acto suyo en complicidad con el otro cónyuge, que importe el incumplimiento de un deber conyugal; el fundamento de esta posición se apoya en que la regla general en esta materia, es la especialidad de las reglas del Derecho de familia previstas por el ordenamiento (salvo el excepcional caso que éste sea el resultado de un comportamiento doloso contra las buenas costumbres, amparado en el párrafo 826³⁸ del Código Civil alemán o BGB), limitando su aplicación exclusivamente a los cónyuges, descartando cualquier pretensión en contra de terceros ya sea a través de los párrafos 823³⁹ u 826 BGB, ya que no se comprende ni justifica que éstos respondan más allá que los propios cónyuges, únicos obligados por los

³⁸ Párrafo 826 BGB: “Daño doloso contrario a las buenas costumbres. Quien dolosamente causa un daño a otra persona de una manera contraria a las buenas costumbres está obligado a indemnizarle por el daño”.

³⁹ Párrafo 823 BGB: “Obligación de indemnizar por daños. 1. Quien, dolosa o negligentemente, de forma antijurídica dañe la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho de otra persona, está obligado a indemnizarle cualquier daño causado por esto. 2. La misma obligación incumbe a aquel que infrinja una ley que tenga como objeto la protección de otro. Si, de acuerdo con las disposiciones de la ley, la infracción de ésta es posible sin culpa, la obligación de indemnizar sólo aparece en caso de culpa”.

deberes conyugales⁴⁰. Como exponen ENNECCERUS, KIPP y Wolf, si el cónyuge que incumple su deber conyugal no es obligado a indemnizar los daños que con ello cause al otro integrante del matrimonio, mucho menos lo puede ser el tercero cómplice en la infracción; distinta es la situación cuando el tercero, individualmente y por su culpa, impide a uno de los cónyuges el cumplimiento de sus deberes conyugales, en circunstancias que éste está dispuesto a cumplirlos, ya que en este supuesto (daño por rebote o *préjudice par ricochet*) sí se permitiría la acción resarcitoria en su contra⁴¹.

Lo anterior es coherente con el hecho que tanto doctrina y jurisprudencia alemana, rechazan la tutela aquiliana de los derechos de crédito; esta afirmación se justifica en que el BGB es un sistema de aquellos en que los ilícitos civiles están establecidos mediante un principio de tipicidad, con un criterio restrictivo, donde la tutela aquiliana se limita a un *numerus clausus* de bienes o intereses protegidos según se aprecia en el párrafo 823, y entre los cuales no es posible comprender los derechos de crédito⁴², pese a la opinión contraria y menor que algunos intentan sostener amparados en el carácter residual de los términos “u otro derecho” del precepto en comento; en el mismo sentido, LARENZ⁴³ considera que la expresión “otros derechos” está limitada a los “derechos absolutos asimilables al de propiedad”⁴⁴, y que en cambio, sobre los derechos de crédito no es posible reconocer tal derecho (de propiedad)⁴⁵, restringiéndose el incumplimiento de la relación obligacional sólo al deudor⁴⁶.

⁴⁰ RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. M^a: “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N^o 10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003, p. 75 y ss., y en especial, al comentar la sentencia del BGHZ (Tribunal Supremo Alemán), de 30 de enero de 1957.

⁴¹ ENNECCERUS, L., KIPP, Th., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, vol. 1^o, *El matrimonio*, trad. de la 20^a edición alemana por B. Pérez González y J. Alguer, 2^a ed., Bosch, Barcelona, 1953, p. 196, nos dan el siguiente ejemplo, “si un padre tiene encerrada a su hija, a pesar de que ésta quiere ir con su marido, éste puede, conforme al § 823 ap. 1, demandar del padre la reposición natural, o sea que permita a la hija abandonar el domicilio del padre y le indemnice los daños causados”.

⁴² VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, cit., p. 845 y ss., en especial, pp. 848 y 849.

⁴³ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958, pág. 577 y 578.

⁴⁴ ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio”, p. 581 y ss.

⁴⁵ LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, cit., p. 449 y ss., señala que la expresión “propiedad sobre el crédito” sólo denota, significa, la pertenencia jurídica de un crédito, el derecho de una persona determinada, perteneciente a ella.

⁴⁶ En contra de esta posición, como expone DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad”, cit., reiterando lo expuesto por FEDELE, A.: *Il problema*, cit., p. 42, se defiende que el derecho de crédito sólo en su aspecto interno se limitaría a la relación entre acreedor y deudor, pero que en su aspecto externo tendría una protección absoluta, lo que significaría “un deber general de los terceros de abstenerse de perjudicar al crédito y el correlativo

Sobre el particular, FEDELE⁴⁷ resume que los argumentos de esta posición dominante se encuentran en la tradición del Derecho común; en los trabajos preparatorios que dieron origen al párrafo 823 BGB; en la naturaleza relativa del derecho de crédito prevista en el párrafo 241 BGB; en la autorización que el legislador le concede al acreedor para exigir de su deudor, la cesión de la acción indemnizatoria que pueda tener contra terceros conforme el párrafo 281; en las normas de los párrafos 504 y ss., que disciplinan el derecho de retracto o tanteo de un modo que se diferencia del derecho real de preferencia de los párrafos 1094 y ss.; en la ausencia en el BGB de la figura del *ius ad rem*; y a las dos situaciones previstas en el texto sustantivo que permiten, excepcionalmente al acreedor, demandar el resarcimiento del daño causado por un tercero, como es el caso del titular de un derecho de alimentos en contra del autor de la muerte de su alimentante (§844 BGB), y a los acreedores de la prestación de servicios contra el responsable del homicidio, lesión o privación de la libertad de su deudor (§845 BGB), supuestos que carecerían de sentido si esa fuese la regla general.

4. España.

Creemos oportuno comenzar, haciendo referencia a la inédita sentencia de la Audiencia Provincial de Valencia de 02 de noviembre de 2004, que acogió la acción indemnizatoria de daños patrimoniales y morales alegados por el actor, fundado en el hecho que constante matrimonio, tres de los cuatro hijos nacidos dentro del período en referencia y, reconocidos por ambos cónyuges, eran fruto de relaciones extramatrimoniales que la mujer había mantenido con un tercero; estos últimos, tenían pleno conocimiento desde un comienzo que la paternidad de los citados tres hijos no correspondía al marido, hecho que habría sido ocultado por los demandados, llevando a que el actor los reconociera como hijos suyos y, asumiera las obligaciones y derechos respectivos, creándose el vínculo paterno filial entre éste y los menores, el cual, precisamente a consecuencia de la posterior determinación de la verdadera paternidad, como de la noticia de la infidelidad conyugal de parte de la mujer, habría producido en el demandante diversos perjuicios. De las pretensiones reclamadas, el tribunal de primera instancia sólo acogió el resarcimiento “por daño moral, por la pérdida del vínculo biológico respecto de los menores” padecido por el demandante, causado por la negligencia de la concepción extramatrimonial de los tres hijos, condenando solidariamente

derecho subjetivo del acreedor, todo lo cual deriva en que en realidad para esta doctrina el acto del tercero no debería ser considerado como una lesión del derecho de crédito sino como lesión de un derecho distinto absoluto correspondiente al acreedor”.

⁴⁷ FEDELE, A.: *Il problema*, cit., p. 48 y ss.; también en DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad”, cit.

a los demandados al pago de 50.000 euros, amparado en la responsabilidad civil extracontractual del artículo 1902⁴⁸ del Código civil español invocado por el actor, desvinculándose expresamente de los daños provenientes del incumplimiento de los deberes conyugales. Interpuesto recurso de apelación por todas las partes, la Audiencia Provincial acogió parcialmente la apelación del actor, incrementando la indemnización concedida por la sentencia de instancia, “porque a la negligencia propia de engendrar a los tres hijos, que así reconoce la sentencia de instancia, hay que sumar el dolo en el ocultamiento de la paternidad verdadera al actor, por ello fijamos como indemnización la suma de 100.000 euros, que deberán satisfacer, solidariamente, ambos demandados, pues el dolo en el ocultamiento de la no-paternidad, puede ser reprochable moralmente, en mayor medida a la que era su esposa, pero jurídicamente lo es a los dos por igual”, siempre apoyado en el art. 1902 CC y, especialmente en la conducta dolosa que causó el daño moral. Es menester señalar que estos argumentos, fueron nuevamente reiterados por la misma sección séptima de la Audiencia Provincial valenciana, en sentencia de 05 de septiembre de 2007⁴⁹.

Como se aprecia en este caso, tanto el tribunal de primera como de segunda instancia, condenaron a los demandados (cónyuge y tercero “amante”), a responder solidariamente de los daños y perjuicios causados al demandante por la negligencia en la concepción de tres hijos extramatrimoniales y por la ocultación dolosa de la paternidad, por aplicación de las normas de responsabilidad civil extracontractual.

En el mismo sentido, la sentencia de la Audiencia Provincial de León de 02 de enero de 2007, y que sigue esta misma línea jurisprudencial, también resolvió que “ambos demandados deberán abonar conjunta y solidariamente al actor”, la suma de 30.000 euros, por los daños causados por el dolo “a la hora de ocultar, de forma continuada, la verdadera filiación de la menor”,

⁴⁸ Artículo 1902 Código Civil español: “El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado”.

⁴⁹ ROMERO COLOMA, A. M^a: “Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y excónyuges)”, *Diario La Ley*, N^o7008, de 09 de septiembre de 2008, comentando esta sentencia señala que el tribunal, reproduciendo la sentencia de 02 de noviembre de 2004, resolvió acoger la demanda por reclamación de daños morales alegados por el marido en contra de su mujer, “derivados de la situación de depresión, ansiedad y otras dolencias físicas que el actor sufrió al descubrir que, el último hijo que tuvo constante matrimonio con la primera, no era suyo, con una sensación de pérdida asimilable a la muerte de éste”, causados por la “negligencia en la procreación de tal hijo por la demandada y dolo al ocultar al actor y entonces esposo su no paternidad del mismo lo que conocía, según los citados testimonios y, sobre todo, al permitir con ese conocimiento y, aún de tener meras dudas y siendo que se le manifestaron por aquel, que le inscribiera como propio en el Registro, que se le fijaran alimentos en la separación durante su tramitación en primera y segunda instancia y pese a la denuncia de ello por el mismo, y que instara un proceso de impugnación de la paternidad, que sólo admitió inexistente tras las pertinentes pruebas biológicas”.

apoyándose en el art. 1902 CC español.

En síntesis, en todos estos casos se exigió una conducta dolosa de los demandados en la causa del daño, la cual se tuvo por acreditada con el hecho que, conociendo desde el primer momento que los menores no eran hijos del actor, conscientemente permitieron que éste los inscribiera como propios y pasaran a formar parte de su familia, con todas las obligaciones, derechos y vínculos inherentes a ello, amparándose en el deber general de no causar daño a otro para acoger la demanda resarcitoria, desvinculándose del matrimonio, al considerar irresarcibles los daños causados entre cónyuges por incumplimiento de los deberes conyugales.

En cuanto a la doctrina española, y pese a que sólo un exiguo grupo de autores se han planteado la interrogante que nos motiva, todos ellos se han manifestado a favor de la responsabilidad civil de los terceros; así por ejemplo, DE CASTRO Y BRAVO⁵⁰, quien al hablar de la distinción entre derechos absolutos y relativos, y manifestarse partidario de la tutela aquiliana de los derechos de crédito al amparo del art. 1902 CC, agrega que “de modo semejante, los derechos de familia relativos y los derivados de las relaciones de cooperación pueden ser base de acciones contra los terceros, que impidan o dificulten indebidamente su cumplimiento”.

En el mismo sentido LACRUZ⁵¹, coherente con su posición que entiende a los deberes conyugales como verdaderas obligaciones jurídicas, expresa que “no creo que pueda excluirse, en los casos de infracción de las obligaciones recíprocas, en particular los de abandono y adulterio, la posibilidad de una acción de daños del cónyuge ofendido frente al ofensor, o bien a su cómplice de los daños que cause”.

No obstante, en nuestra opinión, es DE VERDA Y BEAMONTE⁵² quien desarrolla esta cuestión, al comentar la sentencia del Tribunal de Milán de 22 de noviembre de 2002, que si bien resolvió rechazar en términos generales la responsabilidad civil de los terceros, excepcionalmente la admite cuando éstos hayan sido los inductores de la lesión de los derechos de créditos ajenos. Este autor, al criticar el fallo en comentó, sostiene que en virtud del deber general de respeto de los derechos ajenos (fruto de su reconocimiento constitucional en el art. 10⁵³ al ser expresión del principio *neminem laedere*), la

⁵⁰ DE CASTRO Y BRAVO, F.: *Derecho civil de España*, Civitas, Madrid, 1984, p. 592 y ss.

⁵¹ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990, p. 143.

⁵² DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Responsabilidad civil”, cit.

⁵³ Artículo 10 Constitución española: “1. La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social. 2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derecho

responsabilidad civil de los terceros que interfieren en el cumplimiento de los deberes conyugales se debe admitir siempre que éste haya realizado una “cooperación maliciosa o negligente a dicho incumplimiento”, sabiendo o debiendo saber que el deudor estaba casado⁵⁴, con independencia de que ello sea consecuencia de un comportamiento activo o inductivo al cónyuge incumplidor, y ya sea imputable a culpa o dolo; agrega, que reconocidos los derechos conyugales como auténticos derechos subjetivos, los terceros se encuentran obligados a respetarlos aunque no sean los destinatarios directos de los mismos, no existiendo argumentos para defender exigencias extraordinarias que limiten el accionar directo del acreedor en contra del tercero que interfiere con uno de los cónyuges en el cumplimiento de los deberes conyugales.

Esta postura es coherente con las palabras expresadas por el profesor DIEZ - PICAZO, que justifican la tutela aquiliana de los derechos de crédito, de los derechos subjetivos en general, como por ejemplo, los derechos conyugales, señalando que “se ha observado que la existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos. En todos aquellos casos en que el derecho de crédito pueda ser violado por un tercero distinto del deudor (v.gr.: violación del derecho derivado de un contrato con cláusula de exclusiva, de un derecho de opción, etc.), el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho”, es decir, ejercer su derecho a ser indemnizado por los daños y perjuicios por la violación del elemento externo del derecho, consecuencia del *neminem laedere*, y amparado en el art. 1902 CC.⁵⁵.

Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

⁵⁴ Sobre el particular, la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de octubre de 1955, en *Jurisprudencia Civil*, nueva serie, t. LII (52), julio – octubre, 1955, ed. Reus, Madrid, 1958, p. 1539 y ss., al pronunciarse sobre la eficacia respecto de terceros de un contrato de venta con exclusiva, resolvió que “el pacto de exclusiva despliega su eficacia sólo en las relaciones de los contratantes, no pudiendo ser opuestos a los terceros, respecto a los cuales son válidas las ventas concluidas violando el pacto, correspondiendo indudablemente al comprador una acción de indemnización de daños y perjuicios contra el vendedor, si éste, vendiendo a otros, ha descuidado dar a conocer la prohibición consiguiente a la precedente venta con exclusiva”; de este considerando colegimos a contrario sensu que, si el vendedor ha cumplido con su obligación de dar a conocer a los terceros la existencia de la cláusula de exclusiva, estos últimos también serán responsables de los daños y perjuicios causados al acreedor, entendiéndose además que, en ningún caso, sería suficiente un conocimiento presunto de la misma para hacer responsables a los terceros.

⁵⁵ DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, *Introducción, teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 80; DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993, p. 604 y ss.; y DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación*

En el mismo sentido, LACRUZ⁵⁶ distingue respecto del deber jurídico, como contrapartida del derecho subjetivo del otro, que sobre éste existe un deber jurídico general, que “se traduce en el respeto que alcanza en principio a todos” para el adecuado ejercicio del titular del derecho, siendo más relevante en los derechos absolutos y, uno especial, “que afecta a una persona determinada, que puede ser compelida a un comportamiento determinado”, todo ello en armonía con los dos lados o facetas que constituyen los elementos del derecho subjetivo, y que según CASTÁN⁵⁷, reproduciendo las palabras de DEL VECCHIO⁵⁸ de su obra *Filosofía del Derecho*, “uno, es la *posibilidad de hacer o de querer* conforme al imperativo y dentro de sus límites, que puede llamarse elemento *interno*; el otro, está constituido por la *imposibilidad de todo impedimento ajeno* y por la posibilidad correspondiente de reaccionar contra éste, según el mismo orden de imperativos del cual depende la primera delimitación. Existe, pues, *una posibilidad de exigir de otros el respeto*, elemento al cual podemos denominar *externo*, porque se desenvuelve frente a los demás”.

En fin, como resume VATTIER FUENZALIDA⁵⁹ al manifestarse partidario de la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero limitada a las obligaciones de hacer y no hacer en caso de ser incumplidas parcial o totalmente por un acto de tercero, y después de agregar a la buena fe que se debe buscar en “el equilibrio entre la libertad contractual y el respeto debido a los derechos de los otros”, junto al aspecto externo de los derechos como fundamentos de la misma, señala que esta posición se justifica: a) en el deber jurídico genérico de respeto a todos los derechos subjetivos, b) en la relevancia y oponibilidad del derecho de crédito ante los terceros, c) en la generalidad del art. 1902, que no excluye el daño causado por el tercero al acreedor, d) en la falta de relatividad de los efectos del contrato, e) en que la pretendida subrogación *ex art. 1186* no permite resolver el problema porque se refiere sólo a las acciones del deudor contra el tercero causante de la imposibilidad de cumplir, pero no a la

obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2002, p. 205 y ss.

⁵⁶ LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte general*, vol. 3, *Derecho subjetivo. Negocio Jurídico*, tercera edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2005, p. 83 y ss.

⁵⁷ CASTÁN TOBEÑAS, J.: “El concepto de Derecho subjetivo”, *Revista de Derecho Privado*, junio de 1940, p. 121 y ss.

⁵⁸ DEL VECCHIO, G.: *Filosofía del derecho*, 2ª edición corregida y aumentada y extensas adiciones por L. Recasens Siches, t. II, Bosch, Barcelona, 1936, p. 6 y ss., en ella el autor italiano nos señala que “Ambos elementos – interno y externo – son necesarios para el concepto del derecho subjetivo, el cual no consiste simplemente en una posibilidad de hacer, porque se confundiría con la posibilidad física. Esta (la llamada libertad natural) es más amplia que la posibilidad jurídica, la cual, aunque más restringida, tiene, sin embargo, un valor infinitamente mayor, porque va, y en tanto que va, acompañada de la exigencia de respeto”; también en DEL VECCHIO, G.: *El concepto del derecho*, traducción de la segunda edición italiana por Mariano Castaño, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914, p. 98 y ss.

⁵⁹ VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, p. 851 y ss.

acción del acreedor contra este último, f) en que los daños del acreedor son distintos de la pérdida o destrucción de la cosa debida y acaso de cuantía muy superior y, g) en que aparte de ser dudoso que la subrogación aludida sea de aplicación a las obligaciones de hacer –y de no hacer-, la acción del acreedor contra el tercero no puede entrar en el *commodum repraesentationis*, puesto que no compete al deudor en la medida en que el riesgo de pérdida de la cosa debida o de imposibilidad sobrevenida de la prestación incumbe al propio acreedor⁶⁰.

⁶⁰ En el mismo sentido MORENO QUESADA, B.: “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, t. LX, enero/diciembre, 1976, p. 489, admite la tutela aquiliana de los derechos de crédito fundada en “la existencia de un deber de respeto del derecho de crédito por parte de los terceros, que no es sino consecuencia del deber general de respeto de todos los derechos subjetivos y de todas las situaciones jurídicas que forman la esfera jurídica ajena”, compartiendo en parte la posición de VATTIER FUENZALIDA, C.: “La tutela aquiliana”, cit., al sostener que ella se da generalmente en las obligaciones de hacer y excepcionalmente en las obligaciones de dar, “ya que el problema se plantea solamente respecto de aquellas que por su naturaleza son intransmisibles a los herederos, por estar la prestación estrechamente ligada a la persona del deudor, de tal manera que su muerte y, en muchos casos, su impedimento para actuar es causa de extinción del vínculo obligatorio. Y tales caracteres figuran típicamente en las obligaciones de hacer infungibles, respecto de las cuales el hecho del tercero que incide sobre la persona del deudor resulta idóneo para producir una lesión del derecho del acreedor”.

También favorable a la tutela aquiliana de los derechos de crédito, pero sin entrar en la controversia de si ésta se debe limitar o no las obligaciones de hacer o no hacer, se expresa PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 70, 1983, p. 789 y ss., que, desestimando el recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia de la Audiencia Territorial de Valladolid de 10 de abril de 1978, confirmó el fallo de segunda instancia que acogió parcialmente la demanda del Abogado del Estado en contra de los demandados, por los daños y perjuicios causados al Estado derivados del accidente que sufrió el sargento de la Guardia Civil, quien resultó lesionado por 180 días, condenándolos a pagar solidariamente la suma de 14.899 ptas. correspondientes a los costos sufragados por el Estado en concepto de asistencia hospitalaria, desestimando por el contrario, la petición de 300.006 ptas. correspondientes a los salarios abonados al lesionado como funcionario público; el motivo señalado por el sentenciador de segunda instancia para desestimar esta última alegación se halla en “que en el presente caso no consta que el Estado – aquí recurrente – haya sufrido perjuicio por consecuencia del servicio que dejó de prestarle subjetivamente uno de sus funcionarios que, por causa de las lesiones sufridas, no lo desempeñó, al no constar que objetivamente la función a realizar por dicho lesionado haya resultado dañada ni que precisare para su cumplimiento de contraprestación complementaria alguna de las presupuestariamente asignadas al servicio”; sobre el particular, rescatamos tres afirmaciones expuestas por el autor en comentario a través de una interesante conversación entre dos juristas imaginarios, Primus y Secundus, que resumen sus argumentos para defender la tutela aquiliana de los derechos de crédito, a saber 1) “naturalmente que admito la llamada “tutela aquiliana de los derechos de crédito” entre otras cosas porque el artículo 1902 habla de “el que causare daño a otro”, sin hacer distinción de ningún tipo”, 2) “las acciones de resarcimiento de daños no forman parte del *commodum repraesentationis* y el acreedor no se subroga en ellas por la sencilla razón de que no hay nada en qué subrogarse.... Pretender fundamentar la reclamación de la Administración en el artículo 1186 del Código Civil es falaz, en cuanto supone caer en un círculo vicioso

Sobre el particular, GULLÓN⁶¹ agrega que el principio de la relatividad de los contratos no constituye un obstáculo para acoger la tutela aquiliana de los derechos de crédito, ya que no significa que los terceros puedan ignorarlo, sino que sólo el deudor es el único obligado por el contenido de la prestación, y sólo a éste el acreedor puede exigirle la satisfacción de la misma, según precisaba POLACCO⁶².

Esto es coherente con lo expuesto hasta este momento; el derecho de crédito o quizá mejor dicho los derechos subjetivos en general, están compuestos de dos elementos, uno interno, que comprende el contenido de la prestación de cargo siempre del deudor, y otro externo, que refleja el deber general de respeto del derecho que se impone a los terceros por aplicación del *neminem laedere*, dos deberes jurídicos distintos que se imponen a sujetos diferentes pero que son fruto de un mismo derecho⁶³.

sin salida. Presupuesto para que el citado artículo funcione es que la Administración haya seguido abonando efectivamente sus salarios al Guardia Civil, pese a la incapacidad transitoria de éste... Pero, como antes vimos, si el Guardia Civil sigue recibiendo sus salarios no ha sufrido daño patrimonial/lucro cesante alguno. Y, consecuentemente, no ha nacido en su cabeza acción alguna de resarcimiento contra el causante de la lesión en la que la Administración pueda subrogarse *ex* artículo 1186” y, 3)”Efectivamente. El daño por el que la Administración puede reclamar no reside en el hecho de haber tenido que continuar abonando sus salarios al Guardia Civil durante el período en que éste no pudo prestar sus servicios, sino, cabalmente, en la privación en sí de dichos servicios; privación que, evidentemente, es causalmente atribuible a tu defendido. Porque dichos servicios son, sin duda alguna, un bien patrimonial (se compran y venden por dinero en el mercado de trabajo...), y la privación de un bien patrimonial es, en principio, un daño patrimonial... Si los restantes Guardias Civiles son tan amables como para trabajar más para cubrir la baja de su compañero, sin cobrar horas extraordinarias, sería absurdo que ello sirviera para exonerarle al dañante. Porque entonces habría que sostener –y nadie lo sostiene– que si A rompe un cristal de B, éste no sufre daño y A no tiene que indemnizarle si el cristallero C, amigo de B, le regala y coloca otro cristal idéntico”.

En sentido contrario se expresa ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio”, cit., p. 587 y ss., apoyado en a) que sólo los derechos reales y demás derechos absolutos se imponen a terceros erga omnes, es decir, contienen el deber universal negativo de abstención, b) la existencia de la acción subrogatoria que el art. 1111 y demás del CC, permiten dar solución a los derechos de crédito del acreedor lesionados por un tercero, c) que el art. 1902 CC no ampara los derechos de crédito, sino que sólo a los bienes y propiedad, d) que la lesión de los derechos de crédito de los acreedores no afecta, en ningún caso, a la personalidad misma de éstos, la cual sí es digna de respeto por todo el mundo, y e) que aceptar la tutela aquiliana, ocasionaría el absurdo de múltiples acciones de resarcimiento por culpa extracontractual a favor de muchas personas más o menos relacionadas con el deudor; excepcionalmente se permitiría en caso de privación por un tercero de la pertenencia jurídica de un derecho de crédito y, cuando se produce una interferencia contractual nociva de un tercero frente a un contrato anterior.

⁶¹GULLÓN BALLESTEROS, A.: “En torno”, cit., p. 147 y ss.

⁶²POLACCO, V.: *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1914, p. 25 y ss.

⁶³ En sentido contrario se expresa CARNELUTTI, “Appunti sulle obbligazioni”, *Revista del Diritto Commerciale*, 1, 1915, p. 553 y ss., al rechazar que la responsabilidad del tercero cómplice se encuentre fundada en la tutela aquiliana causada por la violación del *neminem*

III. NUESTRA OPINIÓN.

Después de revisar y analizar los argumentos de la doctrina y jurisprudencia italiana, francesa, alemana y española sobre la materia que nos ocupa, nos manifestamos partidarios de extender la responsabilidad sobre los terceros, pero limitada a aquellas situaciones en que éstos hayan realizado un comportamiento activo, ya sea induciendo o confabulando con el cónyuge deudor al incumplimiento de los deberes conyugales, no siendo suficiente en ningún caso, el simple saber o deber saber que el deudor se hallaba obligado por matrimonio, ni mucho menos cualquier cooperación culpable o negligente, y aún por omisión, al incumplimiento. Sostener lo contrario, como por ejemplo lo hace DE VERDA Y BEAMONTE, produciría un número ilimitado y desmesurado de acciones en contra de terceros⁶⁴, ya que bastaría alegar que éstos, sabiendo o debiendo saber que una persona se encuentra casada, no se han comportado con su máxima diligencia (bastaría imputarles cualquier culpa), ayudando con su acción u omisión al incumplimiento de los deberes conyugales.

Contribuyen a fundamentar nuestra opinión, los artículos 130 inciso 2 del Código civil, y el artículo 18 de la Ley 14.908 sobre abandono de familia y pago de pensiones alimenticias; el primero, al establecer la responsabilidad solidaria de la mujer con su nuevo marido, que infringiendo el impedimento de segundas nupcias contrae matrimonio antes del plazo establecido por la ley para evitar la confusión de paternidad, causando perjuicios a terceros; y el segundo, al consagrar la responsabilidad solidaria al pago de la obligación alimenticia del alimentante con la persona que, sin derecho a ello, dificultare o imposibilitare el fiel y oportuno cumplimiento de dicha obligación. Si bien, en estos dos casos estamos frente a deberes jurídicos cuya fuente es la ley (y no la convención como en el matrimonio), no debemos desatender que en ellos sólo existe un obligado por un deber jurídico, la mujer a no pasar a segundas nupcias antes del tiempo establecido por la ley o el alimentante de pagar los alimentos, pero la ley extiende la responsabilidad del cumplimiento de dicho deber al tercero (el nuevo marido o la persona que sin derecho a ello, dificulta o imposibilita el fiel y oportuno cumplimiento del pago de los alimentos), que con su comportamiento contribuye al incumplimiento del deber jurídico impuesto.

laedere; para él, la responsabilidad del tercero nace de la colaboración de éste a la infracción del deber jurídico del deudor, descartando la construcción de una obligación diversa a la obligación violada del deudor; tanto el tercero como el deudor violan una misma obligación, el mismo deber jurídico del deudor, por medio de la ayuda del primero al segundo, siendo este único deber suficiente para fundar la responsabilidad de ambos.

⁶⁴ MORENO QUESADA, B.: “Problemática”, cit., p. 489, señala como éste es uno de los principales argumentos, por sobre los teóricos y de derecho positivo, que se invocan por la doctrina tradicional y jurisprudencia para rechazar el principio de responsabilidad de los terceros por perjuicios causados al crédito.

Asimismo, sostenemos que a los responsables del hecho ilícito, cónyuge y tercero, se les deberá imputar dolo o culpa grave; al primero, en la acción u omisión que infringe los deberes conyugales, y al segundo, en su acción de inducción o concierto al incumplimiento de los mismos, y por medio del cual, infringe el deber general de respeto impuesto por aplicación del principio *neminem laedere*. Nuestra posición la fundamos en que en el particular escenario en que nos encontramos –“el matrimonio”–, las reglas de responsabilidad civil sufren modificaciones, al reconocer un privilegio conyugal que limita su tutela a una acción u omisión imputable a culpa grave o dolo de cualquiera de los cónyuges⁶⁵, el cual se hace extensivo a los terceros que participen en el incumplimiento; carecería de lógica jurídica pretender que un hecho ilícito causado por dos responsables –un cónyuge y un tercero– exigiera distintos grados de culpabilidad para el reconocimiento de la obligación resarcitoria: al cónyuge dolo o culpa grave y al tercero culpa o negligencia, resultando precisamente menos gravosa la responsabilidad civil para el directa y personalmente obligado por los deberes personales del matrimonio.

En todo caso, nuestra posición, que acoge la responsabilidad civil de los terceros por su complicidad o inducción con uno de los cónyuges al incumplimiento de los deberes conyugales, encuentra su principal fundamento, como también sucede en Italia, Francia o España, en la propia naturaleza jurídica de las relaciones personales que vinculan a los cónyuges, deberes y derechos jurídicos, subjetivos de familia, que también gozan de la tutela aquiliana, al ser ordenamientos que establecen una cláusula general de responsabilidad civil.

En síntesis, considerando estas claras palabras, junto a las ya expresadas por la doctrina y jurisprudencia comparada y, establecido que los derechos conyugales son derechos subjetivos privados de familia, con un elemento interno de carácter relativo, y otro externo de carácter absoluto, deducimos necesariamente que éstos también se encuentren amparados por la tutela aquiliana, por el deber general de respeto, incluida su protección frente a la lesión de cualquier tercero, como a la protección especial que pesa sobre los obligados: los cónyuges.

Lo anterior se ajusta plenamente al efecto expansivo de los contratos que se abre paso en la doctrina nacional, y que está permitiendo superar el llamado efecto relativo del contrato, como expresamente lo recoge LÓPEZ SANTA MARÍA⁶⁶ al señalar, después de desarrollar los argumentos de la doctrina clásica que defiende que los contratos solo producen un efecto relativo o

⁶⁵ En este sentido, los artículos 257 y 1748 del Código civil establecen el deber de diligencia en la culpa grave o dolo del padre o madre o del cónyuge incumplidor.

⁶⁶ LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los contratos*, parte general, t. II, 4ª edición revisada y ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005, p. 342 y ss.

directo, limitado a las partes contratantes, que “hasta aquí la tesis clásica tradicional sobre el efecto relativo, también llamado efecto *directo* de los contratos. Una cierta declinación de estos postulados, en el derecho contemporáneo, surge desde dos vías diversas. Se comprueba, por una parte, la proliferación de excepciones al efecto relativo, el surgimiento de casos en que un contrato crea derechos u obligaciones para un *penitus extranei* o tercero absoluto. Y, por otra parte, se decanta, en la actualidad, el llamado efecto expansivo o efecto absoluto de los contratos, conforme al cual, indirectamente, los contratos pueden beneficiar o perjudicar a muchas personas que no revisten el carácter de partes; en cuanto hecho, el contrato se expande o puede expandir *erga omnes*”.

Dicho lo anterior, en la medida que el efecto relativo de los contratos es superado por aquella postura que defiende el efecto absoluto, o externo de los contratos, se puede sostener la oponibilidad de los contratos a los terceros, obligándolos a responder de los daños que causen por su intervención en el incumplimiento de las obligaciones contractuales como ya lo sostiene PIZARRO WILSON⁶⁷, pese a reconocer que “la situación del cómplice en el incumplimiento de un contrato es conocida sólo en la doctrina chilena. En la jurisprudencia no existen casos”.

Hasta aquí hemos sostenido y justificado que para que el tercero pueda ser declarado responsable, es menester que éste tenga un comportamiento activo, ya sea de complicidad o inducción, con un cónyuge al incumplimiento de los deberes conyugales, junto al particular grado de culpabilidad de ambos sujetos, culpa grave o dolo, en atención al particular escenario en que nos encontramos, el matrimonio.

Pero además, la aplicación de la tutela aquiliana para el supuesto en estudio, nos presenta otros dos problemas que nos limitamos a enunciar atendidos los límites de este trabajo: primero, la determinación de la vía resarcitoria, ya que por un lado, tenemos al cónyuge sujeto a la responsabilidad civil contractual (obligacional) al incumplir un deber conyugal, y por otro, a un tercero sujeto a la responsabilidad civil extracontractual (extraobligacional) al infringir el deber general de respeto; y segundo, la naturaleza de la responsabilidad, precisando si cónyuge y tercero responden subsidiaria, mancomunada o solidariamente.

⁶⁷ PIZARRO WILSON, C: “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, ed. LexisNexis, octubre de 2007, p. 551 a 567, y en especial, p. 558 y ss.

BIBLIOGRAFÍA

BELLINI, L. “Lesione e tutela extracontrattuale del rapporto personale”, *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, vol. 2º, 1953.

BENABENT, A. : *Droit civil, La famille*, 3ª ed., Litec, Paris, 1988.

BIANCA, M.: *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en *Commentario del Codice civile* (dir. A. SCIALOJA y G. BRANCA, y G. BRANCA), libro IV, Delle obbligazioni, art. 1218 – 1229, 2ª ed., Bolonia – Roma, 1979.

BOULANGER, F.: *Droit civil de la famille*, t. I, *Aspects Internes et Internationaux*, ed. Economica, Paris, 1990.

BUSNELLI, F.: *La lesione del credito da parte di terzi*, Giuffrè, Milano, 1964.

BUSNELLI, F.: “La tutela aquiliana del credito: evolución jurisprudencial e significado actual del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987.

CARNELUTTI, “Apuntes sobre obligaciones”, *Rivista del Diritto Commerciale*, 1, 1915.

CASTÁN TOBEÑAS, J.: “El concepto de Derecho subjetivo”, *Rivista de Derecho Privado*, junio de 1940.

CENDON, P.: *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987.

CENDON, P., GAUDINO, L., ZIVIZ, P.: “La moglie infedele, l'amante, i danni del coniuge tradito”, en ALLETTO *et al.*, *La responsabilità extracontrattuale, Le nuove figure di risarcimento del danno nella giurisprudenza*, Giuffrè, Milano, 1994.

CORNU, G.: *Droit civil, La Famille*, Montchrestien, 7ª éd., Paris, 2001
DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho civil de España*, ed. Civitas S.A., Madrid, 1984.

DE CUNTO ALDO, L.: “La responsabilidad extracontractual por lesión al crédito”, *Anuario 2003*, disponible en <http://www.economicasunp.edu.ar/06-publicaciones/informacion/anuario%2003/De%20cunto.pdf> –

DE VERDA Y BEAMONTE, J.R.: “Responsabilidad civil y divorcio en el derecho español: resarcimiento del daño moral derivado del incumplimiento de los deberes conyugales”, *Diario La Ley*, N°6676, 21 de marzo de 2007, edición electrónica (<http://www.laley.net>).

DEL VECCHIO, G.: *El concepto del derecho*, traducción de la segunda edición italiana por Mariano Castaño, ed. Hijos de Reus, Madrid, 1914.

DEL VECCHIO, G.: *Filosofía del derecho*, 2ª edición corregida y aumentada y extensas adiciones por L. Recasens Siches, t. II, Bosch, Barcelona, 1936.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del derecho civil patrimonial*, vol. 1, *Introducción, teoría del contrato*, 5ª ed., Civitas, Madrid, 1996.

DÍEZ-PICAZO, L.: *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, vol. 2, *Las relaciones obligatorias*, 4ª ed., Civitas, Madrid, 1993.

DÍEZ-PICAZO, L. y GULLÓN, A.: *Sistema de derecho civil*, vol. II, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, 9ª ed., Tecnos, Madrid, 2002.

ENNECCERUS, L., KIPP, Th., y WOLFF, M.: *Tratado de Derecho civil*, t. IV, *Derecho de familia*, vol. 1º, *El matrimonio*, trad. de la 20ª edición alemana por B. Pérez González y J. Alguer, 2ª ed., Bosch, Barcelona, 1953.

FEDELE, A.: *Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito*, Giuffrè, Milano, 1954.

FRACCON, A.: “La tutela aquiliana del credito: evoluzione giurisprudenziale e significato attuale del principio”, *Rivista Critica del Diritto Privato*, año V – 2, junio 1987.

FRACCON, A.: “I diritti della persona nel matrimonio. Violazione dei doveri coniugali e risarcimento del danno”, *Il Diritto di Famiglia e delle Persone*, vol XXX, enero – marzo 2001.

GULLÓN BALLESTEROS, A.: “En torno a los llamados contratos en daño de tercero”, *Revista de Derecho Notarial*, vol. XX, abril/junio, 1958.

HAUSER, J.: “L’article 1382, dernier rempart de la morale?”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N°4, octubre/diciembre, 1997.

HAUSER, J.: “Sanctions de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2000.

HAUSER, J.: “Le tiers complice de la violation de l’obligation de fidélité”, *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, N° 4, octubre/diciembre, 2001.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil IV, Derecho de familia*, vol. I, 3ª ed., Bosch, Barcelona, 1990.

LACRUZ BERDEJO, J.L. *et al.*, *Elementos de Derecho Civil I, Parte general*, vol. 3, *Derecho subjetivo. Negocio Jurídico*, tercera edición revisada y puesta al día por J. DELGADO ECHEVERRÍA, Dykinson, Madrid, 2005.

LALOU, H.: *Traité pratique de la responsabilité civile*, 5ª ed., Dalloz, Paris, 1955.

LARENZ, K.: *Derecho de obligaciones*, t. I, versión española y notas de Jaime Santos Briz, Editorial Revista de Derecho Privado, Madrid, 1958.

LÓPEZ SANTA MARÍA, J.: *Los contratos*, parte general, t. II, 4ª edición revisada y ampliada, Editorial Jurídica de Chile, Chile, 2005.

MACHADO CARRILLO, M.: *El adulterio en el Derecho penal*, pasado, presente y futuro, tesis dirigida por el profesor Manuel Cobo del Rosal, ed. Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, Valencia, 1977.

MORENO QUESADA, B.: “Problemática de las obligaciones de hacer”, *Revista de Derecho Privado*, t. LX, enero/diciembre, 1976.

PALETTO, V.: “Comentario a la sentencia del Tribunal de Roma de 17 de septiembre de 1988”, *Nuova giurisprudenza civile comentata*, parte primera, 1989.

PANTALEÓN PRIETO, F.: “Comentario a la sentencia del Tribunal Supremo de 25 de junio de 1983”, *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, N° 70, 1983.

PATTI, S.: “La lesione del diritto all’attività sessuale e gli attuali confini del danno risarcibile”, Comentario a la sentencia de Casación de 11 de noviembre de 1986, *Giurisprudenza italiana*, I, 1ª parte, 1987.

PIZARRO WILSON, C.: “El efecto relativo de los contratos: partes y terceros”, en *El Código Civil de Chile (1855-2005)*, ed. LexisNexis, octubre de 2007.

PLANIOL y RIPERT: *Tratado Práctico de Derecho Civil Francés*, t. II, *La familia, matrimonio, divorcio, filiación*, trad. de Mario Díaz Cruz y Eduardo Le Riverend Brusone, ed. Cultural S.A., Habana, 1946.

POLACCO, V.: *Le obbligazioni nel Diritto civile italiano*, vol. I, Roma, 1914.

ROCA-SASTRE MUNCUNILL, L.: “El perjuicio del derecho de crédito por acto de tercero”, *Revista Jurídica de Cataluña*, 1962.

RODRÍGUEZ GUTIÁN, A. Mª: “Función de la responsabilidad civil en determinadas relaciones de convivencia: daños entre cónyuges y daños entre los miembros de la pareja de hecho”, *Revista de Derecho Patrimonial*, N° 10, ed. Aranzadi, Pamplona, 2003.

ROMERO COLOMA, A. M^a: “Problemática jurídica de las indemnizaciones entre cónyuges (y excónyuges)”, *Diario La Ley*, N^o7008, de 09 de septiembre de 2008.

SAVATIER, R. : *Traité de la responsabilité civile*, t. I, *Les sources de la responsabilité civile*, 2^a ed. *Librairie générale de droit et de jurisprudence*, Paris, 1951.

TRIMARCHI, P.: “Sulla responsabilità del terzo per pregiudizio al diritto di credito”, *Rivista di Diritto Civile*, anno XXIX-1983, parte primera.

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

ÍNDICE