

## *Dos notas respecto de la responsabilidad civil\**

Por Giovanna Visintini

### **1. La responsabilidad de los bancos por falsa y omitida información en el marco de los servicios al cliente en Italia**

Quisiera detenerme en un tipo de ilícito contractual. Me interesa señalar especialmente una sentencia que ha dado origen a nueva jurisprudencia. Se trata del primer caso en el que un juez condenó a un instituto de crédito por falsa información a algunos clientes-inversionistas que fueron inducidos a adquirir títulos argentinos que posteriormente se derrumbaron en la bolsa<sup>1</sup>.

En pocas palabras, los actores cuentacorrentistas en la BAM (Banca Agrícola Montaviana) fueron invitados por un funcionario de confianza, con quien estaban acostumbrados a sostener relaciones, a presentarse en el banco donde éste les había aconsejado efusivamente la adquisición de títulos de la deuda pública argentina que el banco poseía, argumentando un alto rendimiento y la inexistencia de riesgos.

Los actores procedieron a la adquisición de estos títulos. Con posterioridad a la crisis financiera que golpeó al Estado argentino, demandaron al banco para exigir, por una parte, el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la labor del dependiente del banco, y, por otra parte, la nulidad de la adquisición. Sin embargo, sobre este último punto, la Corte sostuvo que no existía la prueba de la inducción al error para declarar la invalidez de las órdenes de adquisición. Por el contrario, en cuanto respecta a la responsabilidad por daño, la Corte decidió textualmente: *“Debe afirmarse que el banco no se comportó de conformidad con lo prescripto por el art. 21, literal A y B del decr. legislativo 58, del 24 de febrero de 1998, y por el art. 28 del reglamento Consob 11.522, del 1° de julio de 1998, que imponen al instituto de crédito prestar servicios de inversión con diligencia y operar de manera que los clientes sean adecuadamente informados”*.

Más adelante, en los mismos considerandos, expresó: *“Al momento de la adquisición por parte de los demandantes, las obligaciones argentinas eran consideradas como de alto riesgo de insolvencia, tal como lo evidencia que en el curso del 2001 las agencias Standard & Moodys habían resaltado y repetidamente expresado juicio en sentido negativo sobre la confiabilidad de que el Estado argentino honrase sus compromisos”*.

En este sentido, los jueces consideraron que el banco habría debido proporcionar una completa información sobre los riesgos conexos a esa operación. Información que, *“tratándose de un sujeto obligado a actuar con la diligencia de un operador particularmente cualificado (ver art. 21, literal A, decr. legislativo 58 y art. 1176, inc. 2°, Cod. Civile) en el ámbito de una relación donde a su cargo existe la imposición*

---

\* Adenda de actualización de Visintini, Giovanna, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., Astrea, 1999. [Bibliografía recomendada.](#)

<sup>1</sup> Sent. 18/3/04, “Giur. It.”, 2004, t. I, 2125, con comentario de Fiorio.

*de tutelar los intereses de los clientes (ver arts. 5° y 21, literal A, decr. legislativo 58, sin olvidar que la tutela del ahorro también es impuesta por el art. 47 de la Constitución), el deber necesariamente comprendía la indicación, no genérica, de la naturaleza altamente riesgosa de la inversión, señalada por las mejores agencias especializadas en la materia; por lo que se debe afirmar, bajo este perfil, que el banco estaba obligado a conocer dichos datos y en consecuencia a referirlos al cliente”.*

En definitiva, el tribunal de Mantova condenó a la BAM a pagar a los actores la suma de € 258.729, correspondientes al valor de la inversión, de los intereses y de las costas del proceso.

A esta sentencia siguieron otras relativas a los *bond* argentinos, a las obligaciones Cirio y Parmalat. De estas cuestiones me limito a resaltar un pasaje de los considerandos de una sentencia del Tribunal de Taranto<sup>2</sup> que representa el enfoque jurisprudencial dirigido a elaborar criterios objetivos de imputación de una responsabilidad profesional a cargo de los profesionales y de los técnicos que posean competencias específicas de mercado y ofrezcan informaciones económicas.

Se lee en esta sentencia: “No parece inoportuno hacer referencia a la hipótesis del consentimiento informado que un paciente debe expresar después de un primer acercamiento con el médico que prescribe una determinada terapia u operación, así como no cabe duda que se puede afirmar que el médico incumplió sus obligaciones (y responde de las consecuencias de la operación terapéutica o quirúrgica realizadas sobre el paciente, incluso si las mismas fueron correctamente realizadas) cuando no informa al paciente de los riesgos que la terapia o la operación acarrearán (en modo tal de obtener un consentimiento libre de conocimiento de causa en mérito al mismo), análogamente debe responder por su comportamiento el intermediario financiero que acepta el encargo de seguir una operación mobiliaria (y concluye el relativo contrato profesional con el cliente) pero omite dar la advertencia, en modo específico, de los riesgos que enfrenta con la determinada inversión proyectada”.

“Así como la responsabilidad de la institución sanitaria donde se realizó una prestación de este tipo, es una responsabilidad por incumplimiento del deber de disponer correctamente la propia organización para la ejecución de la operación solicitada (la empresa responde por los hechos de sus empleados en los términos del art. 1228 del *Cod. Civile*, ver Cass., Sez. Un., 1/7/02, n° 9556), análogamente, debe afirmarse que el banco debe responder por la labor de sus dependientes cuando aquél no haya probado que éstos informaron correctamente al inversionista sobre los grandes riesgos que correría con la adquisición de las obligaciones en cuestión”.

“Dentro del tema (en orden a la configuración en términos de incumplimiento contractual del comportamiento del notario cuando omite información a quien acuda a él para la conclusión de un acto), por ejemplo, Cass., Sez. 3, 15/6/99, n° 5946 (que determinó que, además de la información al cliente, en caso de existencia de inscripciones que puedan ocasionar perjuicio sobre el inmueble objeto del acto que se celebra, es obligación del notario disuadir al cliente de su estipulación) y Cass., Sez. 2, 19/5/00, n° 6514”.

“En definitiva, se califica en términos de incumplimiento el comportamiento observado por la demandada y por sus dependientes, teniendo en cuenta que (análo-

---

<sup>2</sup> Sent. 27/10/04, “Giur. It.”, 2005, 754.

gamente a cuanto ya dicho sobre las consecuencias dañinas que no se han advertido al paciente que había otorgado un consentimiento médico desinformado) se determinó la absoluta incertidumbre en orden a la recuperación del capital invertido por parte del ahorrista, y en el caso no hay discusión sobre el hecho de que se verificó el riesgo que habría debido constituir objeto de información (el *default* en relación con las obligaciones emitidas, con efectos, entre otras cosas, descritos por la misma demandada en las páginas 30 y 35 de los alegatos y en la contestación de la demanda).

En relación con este perjuicio, se reconoce pacíficamente el derecho del inversionista a recuperar el capital contra la parte que con su incumplimiento lo puso (sin que éste supiera) en la situación descrita (con sustancial asunción de los riesgos de recuperación en cabeza de quien ha incumplido)".

Así, la sentencia acogió las pretensiones de la demanda de resarcimiento de perjuicios de dos ahorristas que habían sido inducidos a adquirir Cirio *bond* sin la necesaria información sobre el tipo de inversión que, en efecto, no era adecuada al perfil financiero de los actores (desprovistos de cualquier tipo de competencia al respecto), con la consecuente condena al banco a pagar la suma de € 47.258,15: € 50.000 (objeto de la inversión) menos € 2.741,85 (cuya percepción no se puso en duda).

Es sintomático mencionar, como base de la decisión, los precedentes relativos a la responsabilidad de los médicos y de los notarios, pues manifiesta la rigidez de los jueces frente a estas categorías profesionales, precisamente bajo el perfil del deber de información a su cargo.

La decisión también se revela interesante para analizar las condiciones de los ahorristas con el fin de determinar la aplicación de la especie del art. 1227 (concurso de culpa del afectado). En efecto, si el banco puede demostrar la competencia del cliente y su propensión a las inversiones riesgosas, entonces la obligación del resarcimiento a cargo del banco que ha omitido informaciones, en vía de una valoración equitativa, debe ser reducida en un porcentaje.

En fin, se puede confirmar una tendencia favorable para fundar una responsabilidad contractual de los bancos por omisión y por falsa información cuando induzca al cliente a realizar una determinada inversión riesgosa.

## **2. Daño no patrimonial a la persona**

El art. 2059 del Cód. Civil italiano dispone que: "El daño no patrimonial debe ser resarcido sólo en los casos previstos por la ley" y en cuanto al tema que interesa, significa el reenvío al art. 185 del Cód. Penal según el cual: "Todo delito que haya ocasionado un daño patrimonial o no patrimonial obliga al culpable a resarcir el daño causado y, cuando las normas de la ley civil así lo prevean, también a las personas que deban responder por el hecho de aquél".

De este modo, es necesario que la lesión personal derive de un delito para que se pueda obtener el resarcimiento del daño moral. Esta situación ha suscitado un debate en Italia, particularmente porque los jueces civiles (en el pasado) no condenaban al resarcimiento cuando el delito no se podía perseguir por falta de querrela, o

cuando había sido cometido por un sujeto no imputable, o cuando el responsable civil de las lesiones o del homicidio lo era a título de culpa presunta (el caso del conductor que causa daños, art. 2954 del Cód. Civil, o quien ejerce actividad peligrosa art. 2050), o cuando lo era a título de responsabilidad objetiva (propietario del automóvil, quien tiene la custodia de las cosas que causan daños a personas, el productor de productos defectuosos). Sin embargo, progresivamente la jurisprudencia civil se ha emancipado del juicio penal y recientemente la Corte Constitucional intervino para modificar sus precedentes con fundamento en los cuales se había rechazado la demanda de inconstitucionalidad del art. 2059, con base en un argumento que en este caso sustentó una interpretación extensiva de dicha norma.

Se trata de la sentencia de la Corte Constitucional que decidió:

*“No tiene fundamento la demanda de inconstitucionalidad del art. 2059 del Cod. Civile con referencia a los arts. 2° y 3° de la Constitución”.*

*“El art. 2059 del Cod. Civile debe ser interpretado en el sentido que el daño no patrimonial, en cuanto referido al caso en abstracto del delito, es resarcible también en la hipótesis en que, en sede civil, la culpa del autor del hecho provenga de una presunción establecida en la ley”<sup>3</sup>.*

Otras sentencias de la Corte de Casación han seguido la misma línea interpretativa<sup>4</sup>.

Pues bien, el art. 2059 con la previsión según la cual el daño no patrimonial (alias moral) se deba resarcir sólo cuando la ley así lo prevea (entre éstos, el principal, repito, es cuando el hecho ilícito coincide con un delito) todavía está vigente y contiene, según la Corte, un límite razonable para el resarcimiento de un daño que, por su carácter subjetivo y por la proyección hacia el futuro, no puede determinarse fácilmente.

Sin embargo, la presencia de esta norma ha inducido varias veces a los jueces civiles a extender las fronteras del daño en el sentido de considerar como patrimoniales, incluso de forma indirecta, determinadas situaciones, con el objetivo de superar el obstáculo representado por la norma en examen. De esta manera, en relación con el daño a la persona, han sido elaboradas tipologías de perjuicios como el “daño a la vida de relación”, el “daño biológico” y el “daño existencial” que los jueces contraponen al daño moral subjetivo (*petitum doloris*), el único daño que ellos incluyen en el ámbito de la norma del art. 2059 y de la reserva de ley allí contemplada. Existen, dicen ellos, perjuicios que tienen una relevancia indirecta sobre la vida social y sobre la calidad de la vida que pueden ser calculados en términos económicos y que, por tal motivo, no pueden ser definidos como no patrimoniales en los términos del art. 2059.

Por tanto, en la actualidad, los jueces liquidan el daño a la persona con fundamento en diferentes tipologías. El “daño biológico” que se calcula recurriendo a las tablas elaboradas por los jueces; y, cuando resultan probados, el “daño a la vida de relación”, el “daño patrimonial” (consistente en la pérdida –gastos de cura y de funerales–, el lucro cesante –suspensión de la actividad laboral–) y el “daño moral”. Al-

<sup>3</sup> Corte Constitucional, 11/7/03, n° 233.

<sup>4</sup> Ver por ejemplo, Cass., 12/5/03, n° 7281, “Foro It.”, 2003, p. 2201, con referencia a un caso de responsabilidad por daños en circulación de vehículos, art. 2054 del *Cod. Civile*.

gunos jueces, en caso de daño por muerte o por lesiones gravísimas han reconocido, por vía de equidad, un resarcimiento al cónyuge supérstite y a quienes deban asistir a la víctima que no puede valerse por sí misma, a título de “daño existencial” por el cambio brusco de la vida familiar provocado por el hecho ilícito.

A continuación cito la sentencia de la Corte de Casación que dio una definición de daño biológico, posteriormente empleada por algunas leyes referidas a las lesiones leves y a los accidentes de trabajo. Se trata de un *leading case*: *el daño biológico como afectación de la integridad psicofísica de la persona, constituye un daño injusto resarcible en todo caso, incluso cuando el afectado todavía no tenga (o cuando nunca tendrá) la aptitud para desarrollar una actividad productiva*<sup>5</sup>.

En definitiva, el sistema italiano desde hace veinte años se ha caracterizado, en relación con el daño a la persona, por una inclinación de los jueces a incluir junto con las voces tradicionales de daño reconocidas por el Código Civil (el daño patrimonial –consistente en el daño emergente y el lucro cesante, de conformidad con el art. 1223– y el daño moral del art. 2059) el daño biológico, como figura autónoma resarcible de manera idéntica para todos, teniendo en cuenta los criterios de cálculo establecidos en las tablas.

La Suprema Corte, en la sentencia citada, aclara que no se debe tener en cuenta para la valoración de este daño, la posición social del afectado ni su capacidad de ingresos como se acostumbraba en el pasado.

En efecto, si bien no se puede decir que en la forma precedente no se reparaba a las víctimas que no tenían ingresos (niños y amas de casa), también es cierto que el cálculo del monto del resarcimiento se hacía con fundamento en los ingresos reales y, en su defecto, con fundamento en una presunción (por ejemplo, para las amas de casa se hacía sobre la base del valor del mercado de trabajo doméstico y para los niños sobre la base de las eventuales posibilidades futuras de empleo dependiendo de la posición social de la familia).

Así, el surgimiento del daño biológico como tipología de perjuicio, ha generado una nueva forma de calcular el resarcimiento del daño a la persona sobre la base de la igualdad de tratamiento de las víctimas, dependiendo de las lesiones a la integridad psicofísica. Sin embargo, a pesar de lo anteriormente dicho, el recurso a la valoración equitativa por parte de los jueces de acuerdo con el caso concreto, a menudo ha justificado una suma adicional al resarcimiento del daño patrimonial, moral y biológico, a título de reparación del daño a la vida de relación o de daño existencial, circunstancia que permite una personalización del resarcimiento que con la invención de la figura autónoma del daño biológico se quería evitar.

El cuadro general es entonces muy complejo y se espera una reforma orgánica del sector.

© Editorial Astrea, 2005. Todos los derechos reservados.

---

<sup>5</sup> Corte de Casación, 11/2/85, n° 1130.