



FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL REGULADA EN EL
CÓDIGO CIVIL PERUANO COMO MEDIO IDÓNEO DE
APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE
PROTECCIÓN**

**PRESENTADA POR
ERICK MILDER AYÓN CAMARENA**

**ASESOR
JOSE ANTONIO CAMACHO BEAS**

**TESIS
PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO**

LIMA – PERÚ

2019



CC BY-NC-SA

Reconocimiento – No comercial – Compartir igual

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, siempre y cuando se reconozca la autoría y las nuevas creaciones estén bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>



U N I V E R S I D A D D E
SAN MARTIN DE PORRES

FACULTAD DE DERECHO

**LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL REGULADA EN EL
CÓDIGO CIVIL PERUANO COMO MEDIO IDÓNEO DE
APLICACIÓN DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE
PROTECCIÓN**

TESIS PARA OPTAR EL TÍTULO PROFESIONAL DE ABOGADO

PRESENTADA POR:

ERICK MILDER AYÓN CAMARENA

ASESOR:

MG. JOSE ANTONIO CAMACHO BEAS

LIMA, PERÚ

2019

DEDICATORIA

A mi madre por ese inalcanzable cariño y apoyo que me brinda

A mi padre por su infatigable sacrificio y sus valiosos consejos

A mi hermano Jhoel

A mi pequeña, mi gran motivación

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
ÍNDICE	iii
RESUMEN	v
ABSTRACT	vi
INTRODUCCIÓN	vii
CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO	1
1.1 Antecedentes de la investigación.....	1
1.2 Bases teóricas.....	2
1.3 Definición de términos básicos.....	9
CAPÍTULO II: HIPÓTESIS	11
2.1 Formulación de hipótesis.....	12
2.1.1. Hipótesis general.....	12
2.1.2. Hipótesis específicas.....	12
CAPÍTULO III: METODOLOGÍA	12
3.1 Diseño metodológico.....	13
3.2 Aspectos éticos.....	13
CAPÍTULO IV: ORÍGENES DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN 13	
4.1 Generalidades.....	14
4.1.1. Las situaciones jurídicas subjetivas.....	14
4.2 El concepto de obligación: Desde el Derecho Romano hasta Savigny.....	17
4.3 El trayecto hacia la codificación en Alemania.....	23
4.3.1. La polémica entre Savigny y Thibaut.....	24
4.3.2. La influencia de la Pandectística en la codificación alemana.....	27
4.4 Las secuelas del BGB: Entre la <i>culpa in contrahendo</i> y el contacto social.....	29
4.4.1. La categoría de la <i>culpa in contrahendo</i> de Jhering.....	30
4.4.2. Los períodos precontractuales de Faggella.....	34
4.4.3. Las relaciones contractuales de hecho.....	38
4.4.4. La teoría del contacto social y su evolución.....	41
CAPÍTULO V: EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS	46
5.1. Las violaciones positivas del contrato.....	46

5.2.	El neologismo “relación obligatoria” como obligación compleja.....	55
5.2.1.	El contenido de la relación obligatoria.....	61
5.2.2.	La cualidad de los “deberes funcionales”	65
5.3.	La teoría de los deberes de protección.....	71
5.3.1.	Tipos de deberes de protección	74
5.3.2.	La buena fe en los deberes de protección	78
5.3.3.	Reconocimiento legislativo de los deberes de protección en la ley de modernización del derecho de obligaciones	84
5.3.4.	<i>I doveri di protezione</i>	89
5.3.5.	<i>Les obligation de securité</i>	92
CAPÍTULO VI: APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN VIRTUD DEL RÉGIMEN DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO		98
6.1.	El sistema de responsabilidad civil en el Perú.....	98
6.1.1.	Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones	102
6.1.2.	Responsabilidad extracontractual.....	109
6.1.3.	La falacia del “régimen idóneo” para la teoría de los deberes de protección	118
6.2.	La no definición legislativa del concepto “obligación”	123
6.3.	La operación económica de los contratos	133
6.4.	La zona del riesgo en la relación contractual.....	142
6.5.	El principio constitucional de la solidaridad contractual	147
CAPÍTULO VII: LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL.....		155
7.1.	Casuística en Indecopi	155
7.2.	Casuística de la actividad médica.....	183
7.3.	El <i>leading case</i> en la Corte Superior de Justicia de Lima.....	189
CONCLUSIONES.....		206
RECOMENDACIONES		208
FUENTES DE INFORMACIÓN.....		209

RESUMEN

La teoría de los deberes de protección nacida en Alemania, tiene como principal virtud brindar a las partes dentro de una relación obligatoria una tutela autónoma enfocada en su integridad psicofísica y la de sus bienes. En esta tesis, se realiza en un primer momento, el estudio histórico del área del derecho de las obligaciones y las construcciones dogmáticas en su país de origen, que sirvieron de base a la teoría de los deberes de protección.

Se llega así al análisis integral de la teoría de los deberes de protección, la cual a partir de la moderna definición de la relación obligatoria como relación compleja, busca satisfacer el interés de las partes no solo con el cumplimiento de la prestación debida, sino además con la protección de la esfera jurídica de las partes, modelo teórico que llega a tener su consagración legislativa en Alemania. En este contexto, se propone la aplicación de los deberes de protección en el Perú bajo el régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

En síntesis, el objetivo de este trabajo de investigación responde al propósito de fomentar en la doctrina y la jurisprudencia nacional, la observancia de deberes de protección para la eficiente y merecedora tutela de la integridad tanto física como patrimonial de las partes incluso dentro de una relación obligatoria mediante la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

ABSTRACT

The theory of protection duties born in Germany, has as its main virtue to provide the parties within a contractual relationship, an autonomous guardianship focused on their psychophysical integrity and that of their assets. In this thesis, the historical study of the area of law of obligations and dogmatic constructions in their country of origin is carried out, which served as the basis for the theory of protection duties.

This leads to the comprehensive analysis of the theory of protection duties, which, based on the modern definition of the contractual relationship as a complex relationship, seeks to satisfy the interest of the parties not only with the fulfillment of the benefit due, but also with the protection of the legal sphere of the parties, theoretical model that has its legislative consecration in Germany. In this context, the application of protection duties in Peru is proposed under the liability regime for breach of obligations.

In summary, the objective of this research work responds to the purpose of promoting doctrine and national jurisprudence, the observance of duties of protection for the efficient and deserving guardianship of both physical integrity and patrimonial integrity of the parties even within a contractual relationship through liability for breach of obligations.

INTRODUCCIÓN

La estructura de la obligación que tradicionalmente significa la sujeción del deudor de dar, hacer o no hacer a favor del acreedor ha tenido un notable desarrollo en Alemania, país donde se han construido teorías que complementaron los vacíos legales que su ordenamiento jurídico presentaba y hoy en día se consagran en las modificaciones elaboradas al Código Civil Alemán. En ese sentido, y a fin de reforzar la exposición que sufren las esferas jurídicas de las partes dentro de una relación contractual en cuanto a posibles afectaciones a su integridad o patrimonio es que surge la teoría de los deberes de protección.

Dicha teoría, que nace en Alemania para empoderar el régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, ha sido motivo de estudio y también de recepción en otros países pertenecientes al *civil law*, siendo nuestro país uno de ellos; sin embargo, el problema reside en la poca reflexión y análisis sobre la aplicación de los deberes de protección en el Perú. Una parte de la comunidad jurídica nacional considera innecesaria la teoría de los deberes de protección pues afirman que los supuestos que regula dicha figura pueden ser subsumidos en el régimen de responsabilidad extracontractual.

Ello afecta gravemente el sistema de responsabilidad civil de nuestro país debido a las diferentes características, funciones e intereses que la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y el régimen de responsabilidad extracontractual poseen, aunado al hecho que en una relación obligatoria no sólo se debe buscar cumplir con la prestación debida, sino además proteger las esferas jurídicas de las partes para la integridad de estas y de sus bienes, pues justamente la vinculación íntima que ellas generan al celebrar un contrato expone a un eventual daño que puede producirse en el desarrollo de la ejecución de la prestación.

Siendo así, la doctrina y con mucha más razón la jurisprudencia deben tener un correcto panorama del régimen a aplicar cuando se presenten situaciones en las cuales por medio de un contrato de compra venta, de transporte, de un servicio médico, de un servicio educativo, etc. se ocasionen daños en la integridad de la persona o en su patrimonio, dado que la uniformidad de criterios en sede judicial

ante una teoría foránea precisa de un adecuado conocimiento y correcta aplicación.

El problema general formulado en la presente investigación tiene como objetivo responder la interrogante referente a si en nuestro régimen contractual es posible la recepción y aplicación idónea de la teoría de los deberes de protección cuando se vulnere la esfera psicofísica de las partes y de sus bienes.

En busca de resolver la problemática, se demostrará que nuestro sistema jurídico posee las herramientas adecuadas para darle el contenido necesario y determinar la aplicación en sede contractual de los deberes de protección a partir de una correcta interpretación de ciertos elementos basilares en el campo del derecho de las obligaciones, agregando la validez constitucional que la construcción teórica contempla.

De otro lado, la importancia del presente trabajo de investigación radica en eliminar la incertidumbre jurídica que genera una teoría foránea como la de los deberes de protección a través de su estudio histórico, cultural, doctrinario, legislativo y jurisprudencial acaecido en su país de origen, lo que permitirá que en nuestro país los operadores jurídicos puedan a través del régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones tutelar supuestos donde se vulnere la esfera psicofísica de una de las partes o de su patrimonio, brindando un mayor rango de solidaridad contractual y diligencia durante el programa contractual que los particulares conciben en su vida diaria. Asimismo la viabilidad de la investigación es fruto de la experiencia académica y profesional que se tiene en el campo del derecho civil, además de las fuentes de información especializadas que se tiene del tema.

Ahora bien, un factor limitante que se presenta es el desconocimiento del idioma alemán, el cual no nos permite un examen más profundo sobre la teoría de los deberes de protección; no obstante ello, se ha recurrido a fuentes directas del estudio de la teoría reproducidas en bibliografía italiana, francesa y portuguesa.

Es de importancia indicar que el tipo de investigación utilizado para la elaboración de la presente tesis es descriptivo teórico o dogmático, el diseño de investigación es no experimental debido a que el estudio del problema de investigación comprende una perspectiva holística sobre la base de diversas

posiciones legislativas, doctrinarias y jurisprudenciales a efectos de conseguir conclusiones adecuadas. Así también, el método de investigación es el hipotético pues se observan fenómenos de carácter general a fin de formular hipótesis que permiten llegar a conclusiones particulares.

Finalmente, cabe señalar que la presente tesis consta de siete capítulos: el primero dedicado al marco teórico; el segundo abarca el tratamiento de las hipótesis; el tercero versa sobre la metodología; el cuarto se ocupa de los orígenes de la teoría de los deberes de protección; el quinto sobre el desarrollo de la teoría de los deberes de protección en el ámbito de las relaciones obligatorias; el sexto está dedicado a la aplicabilidad de la teoría de los deberes de protección en virtud del régimen de incumplimiento de obligaciones en el ordenamiento jurídico peruano, y por último, el séptimo versa sobre los deberes de protección en la jurisprudencia nacional.

CAPÍTULO I: MARCO TEÓRICO

1.1 Antecedentes de la investigación

A nivel local, hemos constatado que la línea de investigación que pretendemos seguir como tesis resulta ser casi novedosa. En principio, tenemos dos tesis que han investigado sobre la teoría de los deberes de protección para plasmarlas en sus trabajos y ser pieza angular de los mismos, sin perjuicio de tener conocimiento que están en progreso, tesis a nivel de posgrado que versan también sobre la teoría de los deberes de protección.

Howard (2010) manifiesta que gracias a la teoría de los deberes de protección, “se ha extendido la consideración de obligacional al interés de ambas partes en preservar su propia persona y sus propios bienes del riesgo específico de daño creado por la particular relación que se ha instaurado entre los dos sujetos”(p. 161). Agregando postulados que son fundamentales para entender esta teoría y sus bases:

Los deberes de protección pueden ser precontractuales o contractuales, lo que importa es el contacto social que se genera entre las partes con motivo de la relación obligacional. El interés subyacente a los deberes de protección difieren de aquél del interés de prestación, en la medida que lo que se protege es la integridad de los contratantes y su patrimonio. Puede, como se dijo, cumplirse la prestación principal, sin embargo, lo buscado es que tal realización se dé “de forma cauta, cuidadosa o prudente de manera tal que no resulten lesionados otros bienes jurídicos del acreedor (personales o patrimoniales), distintos del objeto prestacional definido en la obligación. (Howard, 2010, p.162)

Como síntesis de lo dicho, el mismo autor sostiene que:

Los deberes de protección dentro de una relación jurídico-obligacional compleja, se presentan tanto en la situación jurídica del deudor como del acreedor. Si ambos intercambian permanentemente roles, no hay razón para establecer que sólo aquél sujeto tradicionalmente a su papel pasivo, de soportar la acción del acreedor es quien tiene por cumplir estos deberes. (Howard, 2010, p.162)

Por otro lado, tenemos otro tesista que ha investigado sobre la teoría de los deberes de protección, adicionando su estudio al campo de la responsabilidad precontractual, territorio donde nos tiene también mucho que decir los deberes

de protección. Es así como, explicando la teoría nacida en Alemania, Ojeda (2011) expresa que:

De un contacto negocial (*geschäftlichen kontakt*) surgen deberes para las tratantes dado que su proximidad los expone a un riesgo de que su contraparte les provoque un daño. En efecto, este contacto se funda en la confianza depositada en su contraparte, lo cual le otorga un título jurídico por medio del cual ingresa a la esfera jurídica ajena. Por ello, la vulneración de la relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*) puede, y en los hechos lo hace, generar efectos similares a la infracción de un deber contractual. (p. 291)

A partir de otras figuras jurídicas coetaneas a la de los deberes de protección se logra delimitar el campo de aplicación dentro de la responsabilidad precontractual estudiada por Ojeda. De lo expuesto, este tesista informa sobre la modificación legislativa alemana que integró dicha teoría como dispositivo legal, dando un claro ejemplo de su vulneración en la realidad práctica:

Si el vendedor entrega un electrodoméstico impecable, pero en su instalación golpea el mobiliario del dueño de la casa, según los principios de la violación positiva del contrato, en este comportamiento cabe apreciar "Leistungsstörung" o incumplimiento, que no sólo es sancionable según las normas de la responsabilidad extracontractual, sino que también genera responsabilidad contractual lo cual, desde luego, es mucho más favorable para el acreedor. (Ojeda, 2011, p.292)

En virtud de las dos tesis señaladas, esbozamos nuestros antecedentes de la investigación.

1.2. Bases teóricas

Doctrina autorizada italiana nos dice que:

La obligación en la actualidad ya no tiene una estructura lineal, en cuyos polos se sitúan la deuda del lado pasivo y el crédito por el lado activo, sino que constituye una estructura compleja, en el cual el núcleo constituido por la obligación de prestación accede a una serie de obligaciones colaterales accesorias, cuya función total es la de pilotear la relación obligatoria hacia aquel resultado íntegramente útil que ha de cumplir. De esta forma se indica que la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica. Esto es, contiene derechos, deberes, facultades, cargas, poderes, deberes secundarios, etc., los mismos que aparecen orgánicamente agrupados en torno a la relación. (Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli 1992, p. 332)

En este orden de ideas, vemos que no solo basta el deber de prestación como núcleo primario de la relación obligatoria, es necesario integrar a ella una serie de deberes accesorios para que así constituyan una funcionalidad unitaria. Tal como decía Larenz (1958), “lo que distingue la relación de obligación de otras relaciones jurídicas es el significado primario del deber de prestación. Ello no significa, sin embargo, que la relación obligatoria se agote con ese deber” (p. 20).

Queda claro, entonces, que la relación obligatoria no se agota sólo en el cumplimiento de la prestación debida, además es necesario cumplir deberes complementarios a la prestación principal (deberes de prestaciones secundarias) que sean idóneos para la máxima satisfacción buscada, atendiendo a la buena fe y a las exigencias del tráfico. Estos deberes de prestaciones secundarias que contienen derechos y deberes no son distribuidos de forma antagónica ni desequilibrada, ya que como hemos explicado, con el nuevo término de relación obligatoria, el alcance más amplio que se da a aquélla es de forma equiparada.

Una forma didáctica de verificar todo lo dicho es por ejemplo en un contrato de compraventa. Al lado del deber jurídico de entrega de la cosa pactada por parte del vendedor, y del correlativo derecho subjetivo del comprador de exigir la entrega de dicha cosa, se encuentra el deber jurídico del comprador de entregar el precio y el correspondiente derecho subjetivo del vendedor de exigir el pago del precio. A esta relación obligatoria tranquilamente- además de necesario hoy en día- se le puede añadir por ejemplo el derecho a la entrega de ciertos documentos, la información sobre las condiciones de uso según la cosa pactada, compensación de gastos por el traslado de la cosa al lugar pactado, etc. Es así como se entiende a la relación obligatoria como una relación compleja.

Doctrina argentina dice al respecto que “en la relación obligatoria compleja se agrega a los deberes de prestación otros deberes dirigidos a establecer cómo la conducta debida debe ser prestada para ser, efectivamente, satisfactoria (deberes instrumentales, o de protección), su fuente está en la buena fe objetiva” (Martins-Costa, 2005, p.11)¹. Entendemos entonces que el campo de acción de los derechos y deberes de ambas partes de la relación obligatoria se desarrolla y ejecuta en una forma compleja. Sin embargo aquel comportamiento complementario que servirá para obtener una prestación principal potencializada no será la única que se verificará en las relaciones obligatorias.

¹Si bien compartimos la idea de la autora de que la fuente de los deberes de protección se encuentra en la buena fe objetiva, consideramos que el contexto que deja entrever para los deberes de protección o “instrumentales” sería más preciso para los deberes de prestaciones secundarias, ya que los deberes de protección poseen naturaleza distinta como veremos más adelante. En el mismo sentido: Leandro (2009). Si bien en este caso el autor define correctamente los deberes de protección, la clasificación que hace de aquellos pertenece más bien al esquema de los deberes de prestaciones secundarias, aquellas que complementan y maximizan la ejecución de la prestación principal.

Luego de hacer un exhaustivo estudio del crédito y la deuda, Luis Diez-Picazo (1964), distingue los deberes de prestaciones secundarias- a las cuales sistematiza con gran brillantez- con los deberes de protección, argumentando sobre las mismas que:

Al lado de los deberes que hemos examinado, es decir, el deber central de prestación y los deberes de cooperación del deudor al pleno resultado útil de la misma, la situación de deuda comporta todavía una serie de deberes que no guardan ya una conexión directa con la prestación, sino que derivan del hecho de que entre las partes se ha establecido una relación jurídica que es sobre todo una relación vital, es decir, lo que los alemanes llaman un contacto social. Pues bien, por el hecho de haberse relacionado, las partes deben una frente a otra aquella conducta que la conciencia social en cada caso exige: consideración, respeto, ayuda, lealtad. Estos deberes son especialmente importantes en las relaciones obligatorias duraderas (trabajo, sociedad, arrendamiento, etc.) pero se presentan también en las relaciones momentáneas o pasajeras. (pp. 132-135)

Picazo los llama “deberes de consideración en la relación obligatoria”². Es esta teoría la que nosotros llamamos deberes de protección.

Entonces, teniendo los parámetros bien delineados, la relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes de protección (Morales, 2013)³.

Para Carlo Castronovo, “los deberes de protección nacen en dos momentos: el descubrimiento de la culpa in contrahendo de Rudolf von Jhering, y el desarrollo de los deberes de protección [*Schutzpflichten*] de Heinrich Stoll.[...]Mientras Jhering buscaba responder positivamente a una exigencia de tutela para llenar una laguna de la responsabilidad aquiliana, por otro lado faltaba una previsión por las violaciones contractuales positivas [...], es decir, las hipótesis de comportamientos contrarios a la actuación del deber sin que el deudor esté en mora ni exista imposibilidad de la prestación” (como se citó en Morales, 2013).

²Es moneda corriente- tal como se verá en el transcurso del presente trabajo- observar diversas denominaciones de la teoría sub examine, sin embargo, el significado de ellas deberán llevar a un solo cauce el cual será el correcto cuando atiendan a la esencia misma del concepto ya planteado.

³Rómulo Morales citando a Cordeiro Menezes menciona el contenido de la relación obligatoria compleja: deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios, agregando que éstos últimos son los denominados deberes de protección o funcionales.

Castronovo (2012) expresa la preferencia de llamarlos funcionales porque al nombrárseles accesorios se entiende su dependencia a la existencia del deber principal de prestación y su función accesoria como tal. Cosa que no se da en los deberes de protección, los cuales no surgen necesariamente de la prestación principal o si han existido y habiéndose luego extinguido, no implica la extinción automática de éstos

Cabe mencionar que la construcción de la categoría de los deberes de protección nace a raíz de las decisiones de los Tribunales Alemanes. La deficiencia del BGB años después de su entrada en vigor radicaba en que, si bien ante un caso en donde se hubiere ocasionado un daño físico a la persona o a los bienes de ésta por una de las partes durante la ejecución de un contrato se debía verificar la regla del §823⁴ del BGB, la jurisprudencia alemana consideraba con mayor frecuencia a este tipo de responsabilidad, de naturaleza contractual. Y la deficiencia se debe a que justamente los tribunales alemanes fallaban en tal sentido, al existir una laguna legislativa para los casos que contengan tales acaecimientos.

Tal vez la sentencia más famosa que mostró la directriz de tal adopción jurisprudencial es la que resolvió el caso del linóleo, el 7 de diciembre de 1911, la cual en sus motivos expresa:

De acuerdo con lo determinado por el *Berufungsgericht* (juez de instancia), luego de que la demandante ya había hecho algunas compras en el almacén del demandado, se dirigió a la sección de linóleo para comprar un tapete del mismo material, deseo que manifestó al trabajador W., quien allí atendía, y luego escogió de entre los modelos que él le enseñó, el que quería para su tapete. Cuando el trabajador quiso sacar el rollo seleccionado por la demandante, puso un poco del lado otros dos rollos que cayeron golpeando a la mujer y a su hijo que andaban allí cerca y los tiró al suelo. No hubo lugar a la venta del tapete porque la demandante, como lo afirmó, se exaltó mucho como consecuencia de la caída. (Schmidt, 2013, p.333)

Al probar la culpa del trabajador por no tomar las medidas de seguridad adecuadas, el *Reichsgericht* (Tribunal Alemán) argumentó que la petición de exhibición del tapete y la aceptación de tal solicitud tenía un fin contractual y no era por tanto un simple acto de cortesía, sino que se dio una relación jurídica preparatoria de la venta entre las partes, que lleva consigo un carácter similar al contractual⁵ y que generó obligaciones en el sentido en que durante la exhibición e inspección de las mercancías surgió el deber, tanto en cabeza del vendedor como del comprador, de observar la diligencia debida para con la salud y el patrimonio de la contraparte.

Siguieron dándose casos con ciertos matices parecidos al caso del linóleo, otro caso fue el siguiente: una persona, ingresó de noche en una taberna para beber

⁴§823 del BGB. Deber de resarcimiento de los daños.

(1) Aquel que viole de manera ilícita, dolosa o culposamente, la vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad u otro derecho ajeno, está obligado a resarcir el daño provocado.

(2) El mismo deber rige para aquel que viole la ley dirigida a la protección de otro. En tal caso aunque según el contenido de la ley de infracción de la misma sea posible en ausencia de culpa el deber de resarcir sólo se perfeccionará en caso de culpa.

⁵El *Reichsgericht*, al referirse a esta etapa precontractual, define lo que se conoce como “*culpa in contrahendo*”, sin embargo, no utiliza tal expresión en aquella sentencia.

un vaso de cerveza, mientras iba a una sala ubicada en el piso superior, se tropezó a causa de la escasa iluminación de la escalera de acceso. El *Reichsgericht*, también en este caso, condenó al tabernero a título de responsabilidad contractual, derivada del deber de aportar todas las medidas necesarias a fin que los clientes puedan moverse, sin problema alguno, en los locales puestos a su disposición.

Si bien el *Reichsgericht* le encontraba un sentido contractual, sus argumentos eran un tanto genéricos, lo que fue percibido por la doctrina alemana; entonces, para ir al encuentro de las exigencias prácticas que aquellas sentencias tendían a satisfacer y que podrían resultar comprometidas por la falta de una adecuada justificación técnico-jurídica de la solución jurisprudencial, los juristas germanos construyen una nueva categoría, los deberes de protección (Benatti, 1960).

Se le atribuye a Heinrich Stoll la completa elaboración de la categoría de los deberes de protección en un ensayo publicado en el AcP en el año 1932, pero cierta doctrina (Cabanillas, 2000) afirma que se reconoce una tesis análoga ya formulada por Herholz y Kress el año 1929, observándose un apunte también en Von Tuhr en 1918.

En su investigación, Stoll (como se citó en Benatti, 1960) pone a la luz numerosos aspectos de los deberes de protección, siendo los más resaltantes:

- a) La distinción que hace entre el deber de prestación y los deberes de protección. El primero es propio de la posición jurídica del deudor y tiende a la realización del interés a la prestación del acreedor; los deberes de protección, en cambio, son impuestos tanto al deudor como al acreedor y están dirigidos a la satisfacción del interés de cada parte a preservar la propia persona y las cosas de eventos lesivos.
- b) El deber de prestación se determina sobre la base del contenido de la obligación y tiene un objetivo positivo, en cuanto sirve para la realización de la prestación; los deberes de protección, en cambio, derivan del principio de la buena fe (*Treu und Glauben*) y, aunque puedan consistir en un *facere*, tienen una función negativa, pues están dirigidos a la conservación de la esfera jurídica ajena.
- c) El objetivo autónomo de los deberes de protección, que los distingue de los deberes de prestaciones secundarias.
- d) Los deberes de protección son de dos tipos: deberes de aviso y de conservación.

Los deberes de protección están fundados sin lugar a dudas en la buena fe, además, se debe dejar en claro que en el caso emblemático del linóleo y en los sucesivos con iguales características, los pronunciamientos coinciden en que la teoría del "contacto social" es un elemento complementario de los deberes de protección.

La teoría del “contacto social”(sozialer Kontakt) elaborada por Dölle en 1943, es fuente de obligaciones en el BGB⁶. Se entiende que las obligaciones pueden surgir aún en ausencia de un contrato, por el mero “contacto” entre las partes. Debe tratarse de un contacto no desaprobado por el ordenamiento jurídico, de modo que el intérprete pueda asimilar la situación a la de una relación específicamente reglamentada (Franzoni, 2013).

En la doctrina y jurisprudencia alemana se afirma que las tratativas (las que se hacen antes de celebrar el contrato) originan una **relación obligatoria sin deber primario de prestación**, cuya fuente es el contacto social (un ejemplo claro de ello es el que vimos en el caso del linóleo). El párrafo § 311 numeral 1 del BGB otorga reconocimiento legislativo a las tratativas contractuales, ergo, si se produce un rompimiento injustificado de las tratativas, cabe la responsabilidad precontractual o culpa “*in contrahendo*”. Vemos de tal forma que implícitamente, aunque el BGB no se pronuncia respecto al “contacto social”, lo reconoce.

El artífice de la responsabilidad precontractual o también llamada culpa “*in contrahendo*” es Von Ihering, quien en 1861 publica un ensayo, en el que parte de la verificación en las fuertes romanas de un régimen de resarcimiento aplicable en los casos en que se venden cosas fuera de comercio. Se daban casos por ejemplo en los que un comerciante vendía a un forastero una cosa sagrada o una cosa consagrada a un determinado dios (y por ende motivo de culto y respeto máximo). Las fuentes romanas le decían a Ihering que había responsabilidad en tales casos, pero con base en los estudios de este gran jurista, su naturaleza contractual o extracontractual era toda una incógnita.

No podía darse en tales casos responsabilidad contractual por ser tal operación económica nula, y tampoco sería extracontractual porque en Roma ésta responsabilidad era tipificada: *furtum, rapina, damnum iniuria datum, damnum corpore corpori*. Ihering se percató que tal responsabilidad era distinta a la contractual y extracontractual, por lo que, en un acto de visión práctica, sostiene su aplicación mediante las reglas de la responsabilidad contractual.

En la modificación hecha por la ley de modernización del derecho de obligaciones se incorporó esta figura en el BGB. La responsabilidad *in contrahendo* abarca según refiere el maestro Canaris -citado por Leysser León- los siguientes supuestos:

- (i) la responsabilidad en el caso de celebración de un acto inválido (por ejemplo cuando una de las partes causa conscientemente un disenso, o si guarda silencio sobre la necesidad de obtener una autorización para la procedencia del contrato, por parte de la autoridad administrativa o

⁶el § 311 del BGB se ocupa de regular las fuentes de las obligaciones.

estatal); (ii) la ruptura injustificada de las tratativas; (iii) los casos en que se responde cuando una parte, antes de la celebración del contrato, ocasiona un daño a la otra, en los bienes jurídicos de ésta, que no tienen relación con el contrato (como una lesión corporal o un daño a una cosa de su propiedad); y (iv) los casos en que el contrato se celebra, pero en condiciones desfavorables para una de las partes, como ocurre, por ejemplo, cuando el transferente de una empresa presenta al adquirente un balance falso, en cuyo caso, la jurisprudencia reconoce al afectado la posibilidad entre la anulación del contrato o la disminución del precio de la adquisición, siempre por culpa *in contrahendo*⁷. (León, 2003, p. 38)

Luego de una breve reseña- por razón del tema del presente trabajo como principal protagonista- sobre la teoría del contacto social y la responsabilidad precontractual, podemos decir que los deberes de protección, según la línea de pensamiento alemán, son precontractuales o contractuales, pues, el contacto social es utilizado como fundamento de deberes surgidos de una relación precontractual (culpa *in contrahendo*) y surgidos de una relación contractual, atendiendo siempre a la buena fe en cada una de ellas.

Este es el cimiento en el cual estas dos teorías convergen sobre el manto protector de la responsabilidad contractual, lo cual, tiene como baluarte de justificación la buena fe.

Y nos referimos a la buena fe objetiva, o como también se le llama buena fe probidad⁸, que es aquella que supone un comportamiento de fidelidad, lealtad basada en el estado ético o voluntad de obrar honestamente, porque, justamente es la que se debe tener en las relaciones obligatorias, precisamente en los contratos.

Del mismo modo sustenta De la Puente y Lavalle (Alterini, et al., 2000) que la buena fe consiste en que cada interesado tenga en cuenta no solo su propio interés, sino el de la contraparte, pues ambos han servido como motivo determinante para el ajuste del convenio.

De esta forma, va calando en las relaciones contractuales que se generen, un principio que debe estar presente no solo en la ejecución de la prestación, sino también en la fase de las tratativas que lleven a un destino contractual, pues ya podemos ver en esta fase, un contacto que permite trazar vínculos económicamente apreciables a futuro, y que debido a ello, se generaran ciertos deberes para una negociación prístina, confiable, segura hasta su conformación

⁷Para conocer más a profundidad sobre la responsabilidad precontractual y sus desaciertos en cuanto a su aplicación en sede nacional ver: Saavedra (2005)

⁸Una de las clasificaciones más precisas que se hace sobre la manifestación de la buena fe es la que hace Alsina (1935) elaborándola bajo dos formas: la primera es la "buena fe probidad", basada en el estado ético o voluntad de obrar honestamente; y a la segunda, la llama "buena fe creencia", basada en el estado psicológico o creencia en el propio derecho.

como contrato, para seguir por tal camino correcto hasta el final⁹. Aquel comportamiento diligente también tiene que desarrollarse de modo de no perjudicar y salvaguardar el interés de la contraparte, claro, siempre y cuando ello no signifique un sacrificio injusto por parte de quien acomete tal comportamiento.

Se infiere, por tanto, que realizar aquel comportamiento diligente, sugiere cumplir ciertos deberes (deberes de prestación primaria, deberes de prestaciones secundarias y deberes de protección, entendida la relación contractual como relación obligatoria compleja) que, como hemos visto, se dan a nivel precontractual (por razón del contacto social y vemos ahora que también por la buena fe) y a nivel contractual (la buena fe objetiva en toda su expresión).

Hasta aquí el fenómeno teórico surgido en Alemania que contractualiza ciertos deberes que colindan con el posible agravio a la esfera personal de la persona vinculada o previnculada contractualmente.

De esta forma lo que hasta aquí se puede determinar y postular es si esta demarcación conceptual trae consigo un adecuado arribo a tierras extrañas a la realidad alemana y su legislación. Y si es que la buena fe tiene ese talante justificativo, amén de los otros tipos de tutela civil que podría aplicarse en los supuestos planteados por los deberes de protección.

La tarea encomendada es titánica, sin embargo, creemos que el fruto que pueda germinar del presente trabajo ayudará a una futura y esperada uniformización de jurisprudencia en el sentido de aplicación del remedio preciso y más eficiente para tutelar los supuestos en los que se vulnera la esfera personal de la persona y su patrimonio.

1.3 Definición de términos básicos

- Contrato: El acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

- Deberes de protección: Teoría que tiene como premisa entender la relación obligatoria como una de carácter especial en el cual se podría afectar dentro de ella la esfera psicofísica de la persona y sus bienes. De esta forma la tutela

⁹Existen reacciones reacias respecto a la expansión progresiva que ha ido teniendo el papel de la buena fe como fuente integradora del contrato. El mismo De la Puente (2017) expresa que puede devenir aquello en un problema, llevándose al extremo de casi comportarse como una parte fiduciaria de la otra al tener también el interés que tiene la contraria. El autor admite la posición de no ser participe de una extensión "hiperbólica" del principio de la buena fe.

jurídica ante estos agravios sería en ese sentido la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

- Incumplimiento de obligaciones: Incumple la obligación el deudor que por causa imputable a él determina la imposibilidad de ejecutar la prestación, no la ejecuta o lo hace de manera parcial tardía o defectuosa. Incurre en incumplimiento, asimismo, el deudor que por acción u omisión dolosa o culposa causa daños al acreedor en la ejecución de la prestación.

- Obligación: Es la relación jurídica en virtud de la cual un sujeto llamado deudor queda constreñido a realizar un comportamiento que provea una utilidad patrimonialmente valorable con capacidad de satisfacer el interés de otro sujeto llamado acreedor.

- Prestación: Consiste en uno o más comportamientos, propios o ajenos, a los que se compromete el deudor para satisfacer un interés del acreedor digno de tutela jurídica.

- Responsabilidad (en sentido jurídico): Es el sometimiento a una consecuencia jurídica desventajosa, como resultado de incurrir en un supuesto legalmente previsto.

- Responsabilidad civil: Es una posición jurídica de exposición al nacimiento de un tipo particular de obligación: el resarcimiento. Al pertenecer al ámbito de la tutela civil de los derechos, nuestro Código civil adopta un sistema binario estando dentro de la responsabilidad civil los supuestos de responsabilidad extracontractual y la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones (responsabilidad contractual)

- Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones: Se traduce en el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento de obligaciones. Tal incumplimiento comprende el parcial, tardío o defectuoso

- Responsabilidad aquiliana o extracontractual: Se denomina al ámbito en el cual se produce un daño sin que exista alguna relación jurídica previa entre las partes, o cuando existiendo ella, el daño es consecuencia del incumplimiento de la máxima del deber jurídico genérico de no causar daño a nadie.

- Buena fe objetiva: Estipula reglas de conducta que prescriben un comportamiento fundado en la lealtad a ser observado por todos, debiendo de considerar las expectativas generadas en terceros. Tales reglas actúan como verdaderos paradigmas de conductas objetivas teniendo como parámetro la figura del hombre diligente.

CAPÍTULO II: HIPÓTESIS

2.1 Formulación de hipótesis

2.1.1. Hipótesis general

- La responsabilidad contractual es el sistema idóneo para la aplicación de la teoría de los deberes de protección.

2.1.2. Hipótesis específicas

- Nuestro ordenamiento jurídico cuenta con las herramientas adecuadas para la aplicación de la teoría de los deberes de protección a través de la responsabilidad contractual.
- El régimen de responsabilidad contractual protege de manera integral y eficiente los supuestos que comprende la teoría de los deberes de protección.

CAPÍTULO III: METODOLOGÍA

3.1 Diseño metodológico

El tipo de investigación realizado es descriptivo teórico o dogmático.

El diseño de investigación es no experimental a un nivel observacional y correlacional.

El método empleado es el hipotético. Inicialmente se observaron fenómenos de carácter general y se formularon hipótesis, llegando a conclusiones particulares contenidas implícitamente en la situación general.

El enfoque de la investigación es cualitativo, por tanto se analizaron teorías, normas jurídicas y jurisprudencia.

3.2 Aspectos éticos

Las fuentes consultadas han sido citadas acorde al citado APA 2016, asumiendo plena responsabilidad ante la universidad y autoridades respectivas sobre la autoría de la presente investigación.

CAPÍTULO IV: ORÍGENES DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

4.1 Generalidades

Desde tomar el Metropolitano, el tren eléctrico o cualquier medio de transporte, puede surgir la siguiente inquietud: si un pasajero sufre un accidente dentro del vehículo o si sufre un robo ¿Se demandaría a la empresa y/o prestador del servicio? ¿o incluso al conductor y al cobrador?, ¿y el dueño del vehículo?. Esta inquietud nos puede invitar a reflexionar – a través de un razonamiento inductivo- hasta qué punto, las personas que interactúan para satisfacer sus necesidades, están comprometidas a cumplir deberes que van más allá de la sola prestación que buscan satisfacer ambas partes.

En su premisa elemental, de una relación jurídica que nace a partir de una “obligación” o de un contrato¹⁰, pueden derivar obligaciones que busquen además del típico cumplimiento de la prestación, una protección hacia las partes en su esfera jurídica, hablamos de la integridad psicofísica, pudiendo también abarcar la tutela del patrimonio de las partes. Es este, pues, la esencia de la teoría de los deberes de protección, teoría que es tema de la presente investigación.

En ese sentido, dándole el contexto que el tema amerita, antes de ir a los orígenes de los deberes de protección y explicar todo el contenido de ella, para así justificar nuestro tema de investigación, es menester *prima facie* seguir un *iter* temático que nos provea de bases liminares, es decir, proveer de un panorama conceptual que brinde una adecuada comprensión sobre el punto de partida de la referida teoría.

Conforme a ello, a través de un método deductivo [de lo general a lo particular] se realizará un desarrollo lacónico de las situaciones jurídicas subjetivas, hasta llegar a la obligación y su nueva formulación conceptual, base que sirve de sustento a la teoría defendida en este trabajo de investigación.

4.1.1. Las situaciones jurídicas subjetivas

Paolo Zatti (2005) resalta la importancia del lenguaje jurídico a fin de construir un discurso coherente, construido a partir de las reglas de conducta, los hechos que lo condicionan, los comportamientos debidos, prohibidos y lícitos. “Conceptos generales que sirven después para construir conceptos más específicos, pero de la misma familia, como propiedad, débito, crédito, y todos los nombres de los diversos derechos y deberes jurídicos” (Zatti, 2005, p.1).

Cuando empleamos un discurso jurídico, es *conditio sine qua non* definir de manera precisa los términos que nuestro ordenamiento jurídico presenta, aunado al análisis de doctrina autorizada proveída desde larga data. Puede quizás ser una verdad de perogrullo, empero, el panorama nacional no es nada

¹⁰ Más adelante también veremos cómo a partir de tan solo la interacción en la esfera jurídica de las partes pueden nacer también deberes de protección, sin que aún nazca la obligación entendida en su sentido tradicional.

alentador. En la práctica forense se ha descuidado los conceptos jurídicos que se emplean, incluso confundidos, o peor aún, se usan términos tan frecuentes y básicos como el derecho subjetivo, el deber jurídico, sin poder definir sus alcances. Ello, no es una preocupación meramente exquisita o banal, pues como veremos más adelante, sea en Derecho Privado o en Derecho Público conocer lo que significa enunciados como el status, el derecho potestativo, la sujeción, la potestad, la carga, entre otros, es sumamente importante ya que hace falta establecer un vocabulario de entendimiento entre los operadores jurídicos.

Si bien el presente subcapítulo, no busca exponer y/o definir cada categoría jurídica existente, lo que si pretende es tratar a grandes rasgos un ámbito tan descuidado como las “situaciones jurídicas subjetivas”, no solo para invitar a revisar o releer lo que el tema comprende, sino para obtener un soporte organizado para el tema de investigación.

El jurista italiano Vincenzo Roppo afirma que “las situaciones jurídicas subjetivas resumen la forma cómo las normas regulan las posibilidades de los diversos sujetos, en relación con los distintos bienes, de conformidad con la gradación que las propias normas buscan establecer entre los intereses de los sujetos” (León, 2007, p.47).

Así pues, la norma jurídica, esencialmente, tiene por misión organizar los aspectos económicos de las relaciones intersubjetivas. Por ello, difícilmente – si es que se exceptúa el campo de los derechos de la personalidad, del derecho de familia y el derecho de sucesiones- el interés no económico o moral es tomado en consideración. (Gazzoni, 1998, p. 55)

Sobre lo acotado, los intereses de los sujetos en el campo del Derecho Privado en sentido específico (para nuestro estudio) y en general para las reglas del Derecho pueden poseer una naturaleza patrimonial o ser patrimonialmente valorables. Este interés relacionado con los bienes puede conllevar a una escasez cuya consecuencia fomentará probablemente una disputa. Es el Estado [el legislador] el que interviene sentando una gradación – en términos del jurista italiano Roppo- mediante el cual se privilegie un interés sobre otro.

Al sujeto que es titular de un interés jurídicamente prevalente [frente a otro] ostenta una “situación jurídica de ventaja”. Por el contrario, el titular de un interés jurídicamente subordinado ostenta una “situación jurídica de desventaja”. Tanto las situaciones jurídicas de ventaja como de desventaja pueden ser activas o inactivas. Para aclarar el tema, una situación jurídica de ventaja activa – la más importante- es el derecho subjetivo.

Podemos definirlo como el poder de obrar en interés de uno mismo, o de pretender que otro efectúe un determinado comportamiento en interés del titular del derecho. Son derechos subjetivos, por ejemplo, el poder del propietario de utilizar de varias formas la cosa que le pertenece; el poder del acreedor de pretender y obtener que el deudor le pague la suma

adeudada; el poder de todo sujeto de oponerse y reaccionar frente a ofensas contra su honor. (León, 2007, p. 48)

Por otro lado, una situación jurídica de ventaja inactiva sería el interés legítimo.

(...) [la] podemos definir como la pretensión del particular para que sea regular la acción con la cual la Administración pública incide en sus intereses, o bien como la pretensión del particular para obtener la anulación de los actos de la Administración pública que sean lesivos de sus intereses, cuando estos actos sean ilegítimos (en tanto y en cuanto realizados en oposición a alguna norma que regula el accionar público). (León, 2007, p. 51)

Aclarada la situación ulterior de la clasificación existente en las situaciones jurídicas de ventaja, pasemos a las situaciones jurídicas de desventaja. Estas son contrapuestas a las de ventaja justamente por ser correlativas. Es decir, frente al derecho subjetivo (situación jurídica de ventaja activa) se encuentra el deber jurídico (situación jurídica de desventaja activa).

El *obligo* [deber jurídico] es la situación pasiva que consiste en un vínculo impuesto a la acción del titular, en el interés de quien tiene un derecho subjetivo dirigido directamente y exclusivamente hacia él (es decir, un derecho subjetivo relativo como por ejemplo, el derecho de crédito). Quien tiene un *obligo* se llama obligado o deudor. (León, 2007, p. 53)

En una relación deuda- crédito, el deber jurídico del deudor esta puesta al servicio del acreedor, quien tiene un derecho subjetivo (poder materializado en un crédito a su favor). Este panorama es el que se visualiza en una estructura derecho subjetivo- deber jurídico.

En resumidas cuentas, las situaciones jurídicas subjetivas son los posicionamientos que tiene cada sujeto para con el ordenamiento jurídico. Ahora, ¿cuál es la importancia de conocerlas? Habiendo dicho ya la relevancia en cuanto al lenguaje jurídico, conocer las situaciones jurídicas subjetivas sirve para determinar cuáles son los mecanismos de tutela o los mecanismos de protección cuando se vulnere o amenace una situación jurídica en particular. Si no se tiene claramente diferenciadas en qué consiste cada una de las situaciones jurídicas, se podría terminar aplicando mecanismos de tutela inidóneos para el caso en concreto, dejando desvalido el interés del titular de la situación jurídica a proteger.

A continuación, habiendo mencionado a una situación jurídica de ventaja activa tan resaltante como el derecho subjetivo, nos referiremos a su ámbito de estudio, por el hecho de estar éste pensado sólo para los derechos patrimoniales por ser cedibles, a diferencia de los derechos de la persona. Es así como nos apoyaremos en el jurista nacional Gastón Fernández (1994), quien desarrollando una operación desmenuzada y muy elaborada, arriba al concepto técnico de la **relación jurídica**, entendida como **una situación jurídica compleja**(en el que existe algún tipo de contacto intersubjetivo), **siendo ésta producida bajo la forma específica de una vinculación intersubjetiva concreta de**

cooperación (contacto intersubjetivo querido, con el fin de buscar una utilidad que satisfaga una necesidad originada por falta de ciertos bienes).

Tal como lo expresa un jurista también de nuestro país, toda relación jurídica tiene su causa eficiente en un hecho concreto de la vida real. Esta es creada por el Derecho, el cual, tomando en consideración aquel hecho de la vida real, vincula determinados efectos jurídicos consistentes en derechos y los correlativos deberes (Torres, 2014).

Es relevante apuntalar al concepto técnico de relación jurídica empleado por el profesor Gastón Fernández, ya que mediante éste se podrá apreciar de manera cristalina su actuación como un nexo entre situaciones jurídicas correlativas, de las cuales, una está funcionalmente coordinada a la satisfacción de la otra. De esta manera, **“la particular relación [jurídica] que vincula el derecho de crédito y el deber (o, si se quiere, los sujetos que son titulares), lleva el nombre más específico de relación obligatoria”** (como se citó en Morales, 2010) [el destacado es nuestro].

De lo genérico (relación jurídica), ingresamos a través de una “correspondiente vinculación entre el derecho de crédito y el deber” establecido por las partes, a la noción de relación obligatoria o también llamada obligación.

Entonces, frente al tópico de la obligación o relación obligatoria, resulta menester advertir que en el Derecho moderno no es fútil, la diferencia nominal que existe entre ambos vocablos. Obligación y relación obligatoria, son entendidas por la doctrina moderna de distinta forma.

Generalmente se usa el término obligación, pero primero veamos como se forjó el concepto de obligación y como la entendió la doctrina clásica, hasta llegar al neologismo “relación obligatoria”.

4.2. El concepto de obligación: Desde el Derecho Romano hasta Savigny

La definición jurídica de “obligación”, viéndolo desde el eje central de su origen ha ido modificándose desde tiempos remotos. Entonces, el derrotero que nos llevará a comprender el proceso de elaboración conceptual de la obligación tiene como punto de partida el Derecho Romano.

¿Cuál era el concepto de obligación durante el Derecho Romano?

En realidad, en las fuentes romanas – precisamente en el *Corpus iuris civilis* justiniano - existía una bifurcación conceptual en referencia a la obligación [*en latín obligatio*]. Una definición la podíamos encontrar en las Instituciones de Justiniano:

*“Obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvandae rei secundum nostrae civitatis iura”*¹¹. [El vínculo jurídico por el que se es

¹¹ Inst. 3, 13, pr.

constreñido por la necesidad de realizar alguna cosa según el derecho de la ciudad]

Seguidamente, en el Digesto encontramos otra definición elaborada por el jurisconsulto Paulo:

“ *Obligationum substantia non in eo consistit ut aliquod corpus nostrum vel servitutem nostram faciat, sed ut alium nobis obstringat ad dandum aliquid vel faciendum vel praestandum*”¹². [La sustancia de las obligaciones no consiste en hacer alguna cosa material o una servidumbre sino en constreñir a otro a darnos, a hacernos o garantizarnos una cosa]

Si queremos advertir la trascendencia de encontrar dos fuentes que buscan explicar el fenómeno de la obligación, es menester analizar la característica de las dos definiciones esbozadas.

La primera definición, según nuestro punto de vista, ostenta una imponente energía y coactiva para con el deudor, por el cual la fuerza del Estado es empleada a asegurar el derecho. Entra a tallar el sentido del cumplimiento del acto.

La segunda definición se puede considerar precisamente como una explicación del objeto de la obligación. Para Paulo la esencia de la obligación no es hacer la cosa nuestra ni tampoco constituir un derecho cualquiera sobre la cosa, sino de exigir la actividad a un tercero para que haga, de o preste a nuestro favor.

La investigadora mexicana Marta Morineau, quien le dedicó gran parte de su vida al estudio del Derecho Romano, dejó una gran obra intitulada “Diccionario de Derecho Romano”. En dicha obra, nos muestra las dos definiciones anteriormente acotadas, además de ahondar en los elementos de la “obligación romana”:

La obligación estaba constituida por distintos elementos, indispensables para su configuración. El primer elemento de toda obligación eran los sujetos: sujeto activo o acreedor (*creditor*), que tenía un derecho de crédito, es decir, tenía derecho a la conducta del sujeto pasivo o deudor (*debitor*), quien tenía la deuda, o sea, el deber jurídico de cumplir con ella y que el acreedor podía exigir con una acción personal; en otras palabras, el acreedor tenía un crédito y el deudor una deuda. En segundo lugar, está el objeto, constituido por la conducta que el deudor debía observar. Podía consistir en la transmisión de la propiedad de alguna cosa, en latín *dare*; en un *facere*, esto es, un hacer, que era un acto positivo que no implicara la transmisión de la propiedad de algún objeto, sino la realización de algún trabajo, como el caso del contrato de arrendamiento de servicios, o en *non facere*, o sea, abstenerse de hacer algo, como en el contrato de arrendamiento, en el que el arrendador no debía obstaculizar que el arrendatario utilizara la cosa arrendada. Un *praestare*, término que alude al contenido de la obligación en general pero que

¹² D. 44.7.3, pr.

también designaba algún comportamiento distinto de los dos primeros, como cuando una persona se obliga a garantizar una deuda ajena. Finalmente, la conducta podía consistir en un *pati*, que significaba tolerar algo, que también podemos encontrar en el contrato de arrendamiento, ya que el arrendador no sólo debía abstenerse de realizar actos que impidieran al arrendatario el uso de la cosa arrendada, sino que debía tolerar que lo hiciera. (Morineau, 2006, pp. 101-102)

Entonces, la visión romana de la obligación en la etapa justiniana, se entendía como una situación pasiva de compromiso frente al acreedor (*debitum*) que acarrea consecuencias negativas en caso de ser incumplida (*obligatio*)¹³.

Hacemos esa salvedad ya que en la época clásica romana, la obligación tenía una funcionalidad más primitiva, puesto que

En la época arcaica la *obligatio* era una vinculación física de una persona a otra, lo cual se ha podido deducir del análisis de determinadas circunstancias que rodeaban a algunas instituciones, y de la utilización del vocablo *necessitas* que evoca la idea de lo inevitable, o de otros como *obligatio*, *adstringere*, *nexus*, *vinctus*, *obnoxius*..., cuyo significado es el de sujeción física o mecánica, lo mismo que *solvere* y *solutio* significan la acción y el efecto de desatar. (Rascón, 2011, pp. 266-267)

El mismo Derecho Romano en la época justiniana se ha ido apartando de este concepto, tal como enseña el catedrático español Angel Cristobal (1990):

Bien que en un momento histórico anterior la *obligatio* supusiere la subordinación material del deudor, pero ese es en realidad el punto de partida de una situación que evoluciona en el sentido de creciente espiritualidad y culmina, precisamente, cuando aquélla pasa a denominarse *vinculum iuris*. Leer donde dice *vinculum iuris*, *vinculum personae*, significa desconocer el itinerario que ha seguido la obligación romana y pretender que el pensamiento jurídico clásico y justiniano, inmerso en una realidad que ha dejado tiempo atrás de considerar a la relación obligatoria como una atadura corporal, continúa, sin embargo, prisionero de las vivencias históricas superadas. El conservadurismo romano, por muy acentuado y característico que fuere, nunca incurrió en una anomalía de ese tipo. (p. 18)

¹³ No está demás, sin embargo, acotar que el concepto de *obligatio* experimentó una evolución no leve en el propio Derecho Romano; tres características más resaltantes distinguen la *obligatio* en el derecho romano clásico de la *obligatio* justiniana (que tomamos como moderna):

-el deudor respondía con su persona de las deudas por él contraídas.
-la obligación no era constituida como categoría general (*ad dandum vel faciendum vel praestandum*)

-no se hacía una clara distinción entre las disposiciones de carácter penal y las de carácter civil. Sobre el concepto de obligación en Roma (Rascón, 2011) ; (SanFilippo, 2002). En base al postulado de Gayo en el Digesto, Arthur Linton Corbin mediante las clasificación de la obligación (*ex contractu*, *ex delicto*, y *ex variis causarum figuris*, siendo ésta última dividida en *obligations quasi ex contractu* y *obligations quasi ex delicto*) llega a las nociones de obligación en Roma a través del cuasi-contrato el cual es su objeto de estudio (Linton, 1912).

La obligación romana no solo alcanzó su punto final de evolución en la época justiniana, pues los elementos extrínsecos además de la concepción dogmática misma de la *obligatio* resultaba exigua frente a las particularidades socio-económicas. Las características más resaltantes a ser mutadas, son: la singularidad personal de la relación obligatoria, esto es, los romanos no admitían que el acreedor pueda ceder libremente sus derechos a otra persona y no conciben otra transferencia que la que tiene lugar a través de la sucesión *mortis causa* (Cristóbal, 1990). La respuesta de los genios romanos frente a esta limitación se dio durante el período de las *legis actiones*, acudiendo al procedimiento de la *delegatio nominis*, que supone la novación del vínculo mediante el cambio de la persona del acreedor (Cristóbal, 1990). Esto significó un gran avance a fin de promover la circulación de las obligaciones.

Otra restricción, recaía propiamente en el carácter limitado de la obligación romana respecto a su exclusiva adscripción al ámbito del *ius civile*, así como en el repertorio circunscrito de figuras que dentro de éste se reconoció. “La tipicidad contractual romana determina que no puedan existir otras obligaciones que aquellas que son la emanación natural y particularizada de algunas de las concretas figuras de contrato que el ordenamiento reconoce y admite” (Cristóbal, 1990, p. 42). El remedio frente a ello pasaba por ampliar la noción de contrato y hacerla coincidente con la de *conventio* o mero acuerdo de voluntades, asimismo, se combate el ritualismo y las formalidades contractuales que aletargaban la difusión del contrato y amenazaban su vigencia bajo el peligro del incumplimiento de algunas minucias sacramentales (Cristóbal, 1990).

La última característica romana de la obligación que va a sufrir una sensible mutación es el aspecto de la ejecución.

Mientras en la actualidad es principio cardinal en esta materia que el incumplimiento imputable del deudor determina la posibilidad de que le sea exigida por el acreedor insatisfecho la misma prestación debida desde el principio y la necesidad de que el juez condene al incumplimiento a la ejecución de ésta (principio de la ejecución forzosa en forma específica), en el Derecho romano las cosas no ocurrían de esa manera, pues sobrevenido el incumplimiento obligacional, por el lado pasivo de la obligación se mutaba en un deber de resarcimiento, materializado en el pago del equivalente pecuniario de la prestación insatisfecha, y por el lado activo quedaba reducida en el simple derecho de exigir la suma dineraria estimada. (Cristóbal, 1990, p. 45)

Con el devenir de las formas de intercambio económico y el respeto por el interés del acreedor para con el cumplimiento específico de la prestación debida hasta donde sea posible, ha generado en la ejecución de la obligación un proceso de cambio racional y operativo. Por tanto, se impone la ejecución en forma específica y se tiende a dar a la misma la máxima operatividad no sólo en el campo de las obligaciones de dar, sino también en las obligaciones de hacer y no hacer, siempre que sea posible la fungibilidad prestacional (Cristóbal, 1990).

Las transformaciones sustanciales – hasta aquí comentadas- se fueron consagraron en una etapa posterior a la del Derecho Romano, vale decir en la

etapa de las elaboraciones de los glosadores y comentaristas, para dar cabida a la expansión mercantilista, teniendo su auge en los primeros pasos que se dieron para la codificación civil.

Desde el siglo XII d. C. en que se redescubre el Corpus Iuris Justiniano, hasta el XIX en que se inicia en Europa el movimiento codificador, se produce un amplio proceso de expansión de los estudios de Derecho romano, en virtud del cual la realidad jurídica romana recogida en los textos es aprehendida y reinterpretada de acuerdo con la mentalidad y espíritu de cada una de esas épocas que van a jalonar la historia de Europa. (Carrasco, 2003, p. 425)

Es así como el siguiente estadio les pertenece a los estudiosos del Derecho Romano. El Corpus Iuris Civilis llevaba en el nombre de Roma, miles de años de historia jurídica seleccionada racionalmente, que yacía como un cofre en un tesoro y que despertó del letargo en el siglo XI gracias a Irnerio y a otros maestros de la escuela de Bologna (La Torre, 2008) . Fue a ellos quienes fueron catalogados como los “Glosadores”, cuya función consistía en un minucioso trabajo de exégesis de las fuentes adjuntas en la codificación de Justiniano aun grado tal de veneración por todo lo escrito. Los glosadores anotaban al costado de los textos romanos, pasajes que guarden similitud a éstos; buscaban en un primer momento coincidencias.

Entonces, este método de estudio que desde la ciudad que lleva el nombre de la escuela se irradia hacia otras partes europeas a lo largo de los siglos XII y XIII, se centró en el libro del Digesto, realizando los llamados glosadores una doble tarea: la referida obra, encuadrada en una época histórica anterior al momento en el que es encontrada, requiere que se concreten expliquen, maticen y adapten los preceptos que ésta contiene, además de sistematizar estas explicaciones en compendios, denominados *sumas* (Escudero, 1989).

Esta técnica fue evolucionando, ya que, en sus inicios, se manifiesta mediante reseñas breves de vocablos situadas entre las líneas de las obras, pero que, con el paso del tiempo, pasan a adquirir una mayor consistencia al recoger concordancias con otros textos justinianos, antinomias y excepciones de forma que la mayor extensión de tales anotaciones hace imposible que se sigan recogiendo entre líneas y se recurra a inscribirlas en los márgenes, recibiendo el nombre de *glossas marginales*.

Al método de los glosadores le siguió hacia fines del siglo XII, el de los postglosadores o comentaristas, ya que el primero entró en crisis, pues su sistema era incapaz de un desarrollo ulterior, siendo el Digesto en esta etapa, objeto de un estudio analítico, continuo, totalizante que desde Italia era irradiado en todas partes, creando en tal modo, la base de un “Ius Commune”¹⁴ (La Torre,

¹⁴ El sistema del derecho romano común, ya orgánicamente formado en el siglo XV, continuó desarrollando una función fundamental, incluso en el transcurso de la edad moderna hasta el arribo de las codificaciones del derecho privado, y ello no solo en Italia, sino también en otros países de Europa Occidental, percibiéndose una inexistente barrera nacionalista, siendo el Derecho Civil un producto de la interpretación jurídica (*interpretatio iuris*) y no un monopolio del poder político, tal como veremos más adelante.

2008). Los postglosadores – y su máximo representante Bartolo de Sassoferrato, pues, son los que empiezan a elaborar conceptos; interpretaban la fuente romana a la luz de su nueva realidad, porque ellos eran conscientes que la fuente romana en comparación con siglo XIV en adelante, tenía varios siglos de antigüedad y la realidad había cambiado.

Esta breve reseña abona contenido a la recepción de la *obligatio* romana en la época de glosadores y comentaristas.

No debe extrañar, en consecuencia, que los autores medievales al recibir la definición romana de la *obligatio* tiendan a resaltar el carácter inmaterial del vínculo (*non sicut boves ligantur funibus*), de manera que la elación obligatoria cada vez se asienta más en la idea del <<deber>> y se destacan de la misma los aspectos que por ser constantes y propios de la naturaleza humana permiten su abstracción y objetivación, hasta el punto de que BARTOLO llegará a decir que la *obligatio* no es el *vinculum iuris* sino el efecto del vínculo, es decir, *quod resultat ex ipso vinculo*, un *ius incorporale*, al menos en su más genuina expresión, cuyo contenido es un deber que se imprime en nosotros *sicut character in anima*. (Cristóbal, 1990, p. 45)

Alemania - además de Italia y Francia, por nombrar algunos países emblemáticos- fue el país que hasta 1900 aplicó las fuentes romanas como derecho común en gran parte de su territorio, sin perjuicio de adecuar e interpretar tales fuentes a la realidad que incidía en los ciudadanos germanos. El fundador de la Escuela Histórica del Derecho, Friedrich Carl von Savigny, es un personaje que traspasó las fronteras de su propio país para ser conocido a nivel mundial en el ámbito del Derecho; incluso en una familia jurídica que no es de la procedencia de Savigny, esto es, el *Common Law*, le han dedicado muchas investigaciones no solo a sus obras si no a su influencia, incluso han llegado a aseverar que ésta abarca distintos niveles, a saber :

1) como historiador del derecho, 2) autoridad en temas de jurisprudencia, 3) autoridad en artículos sobre el derecho civil, 4) autoridad en conceptos jurídicos básicos, 5) autoridad en decisiones político-legales básicas, 6) autoridad en metodología de la ciencia jurídica y 7) autoridad en metodología en general. (Rückert, 1989, p.122)

Si bien se puede comentar mucho sobre su bibliografía y proficua producción, lo que gatilla al presente capítulo es advertir que el jurista prusiano Savigny ha escrito sobre el concepto de la obligación, en las condiciones que ya se encontraban los textos romanos redescubiertos y bajo la percepción de los tiempos en que vivía este gran jurista.

En ese contexto, Savigny empieza a esbozar el concepto que – según nuestra opinión- aún ha calado y sigue transmitiéndose hasta nuestros días:

El desarrollo de este concepto [el de la obligación] nos lleva a considerar a las personas que forman parte de la obligación y a los actos que ellas quieren realizar. En toda obligación figuran al menos dos personas que se

encuentran la una frente la otra en una **relación de desigualdad**. Siendo que, por una parte, la libertad personal del acreedor es extendida más allá de sus confines naturales transformándose en una señoría sobre la persona del deudor y, por otra, **la libertad natural del deudor es restringida**, situándose en un **estado de sujeción o de necesidad**. Nosotros, podemos concebir estos dos diversos y opuestos estados de las personas que figuran en la obligación como dos actividades consistentes en: la prestación del deudor y en la **coacción del acreedor** (actio). **Bajo esta concepción la actividad del acreedor va considerada como elemento principal- que constituye la verdadera esencia de la obligación- mientras aquella del deudor va considerada como un elemento subordinado.** [El resaltado es nuestro] (Savigny, 1912, p. 4)

El extracto glosado es tal vez la concepción que la obligación – en su sentido clásico ya que podría decirse que se vino construyendo desde Savigny- tiene hasta estos días y que aún se enseña y se lee en algunos textos. Las frases que resaltan a vista del lector y que han calado por muchos años son: relación de desigualdad; elemento subordinado; restringida; estado de sujeción; coacción del acreedor.

Aquellas frases y aquellos intentos de definición que se le intentó otorgar a la “obligación” logró penetrar más adelante, en la etapa de la codificación. Y básicamente desde Alemania, cuna de los más grandes estudiosos del derecho civil – y por qué no del derecho penal- se fue gestando la continuación del legado del Derecho Romano.

4.3. El trayecto hacia la codificación en Alemania

Ubicándonos históricamente, tenemos que desde la edad media (iniciando el 456 bajo el acontecimiento de la caída del Imperio Romano de Occidente) hasta la edad contemporánea (comúnmente se dice que comienza con la revolución francesa) en Alemania imperaba un gobierno monárquico bajo el título de Sacro Imperio Romano Germánico o también conocido como *Primer Reich*. Pues bien es en este contexto histórico que

Una vez redescubierta la recopilación justiniana por Irnerio, ésta fue admitida como derecho vigente en el Sacro Imperio Romano Germánico con la anuencia e impulso del emperador, así pues los postulados del Derecho romano y los juristas educados en ellos se impusieron fácilmente a una serie de costumbres locales dispersas e ineficaces aplicadas por tribunales locales deficientemente instruidos, lo que explicará que a diferencia de la concepción anticuaria y filológica que presenta el Derecho romano en el resto de Europa, en Alemania se recibe como Derecho positivo durante los siglos XVI y XVII. (Bernad, 2016, pp. 4-5)

La recepción del derecho romano como derecho positivo tomó posición en la legislación imperial – algo escasa- la cual encontraba sus bastiones justificativos tanto en el derecho romano como en el derecho canónico, posteriormente, en

Alemania empezó el verdadero trayecto que tenía como punto de llegada el Código Civil Alemán (BGB). Es así pues, que antes de llegar a esta última etapa denominada codificación, el desembarco del derecho romano en Alemania tuvo primero que ser objeto de estudios muy complejos y de mucha sofisticación.

Surge así el denominado *Usus modernus Pandectarum*, expresión que nos conduce a la aportación realizada por los juristas alemanes de la recepción entre los siglos XVII y XVIII, una síntesis madura y autónoma, que consiste más bien en la apreciación de modificaciones consuetudinarias al Derecho común (la manera contemporánea y selectiva de usar el Corpus Iuris), y no en la detección de las distorsiones que los Derechos particulares generan en el Derecho común o en la mera interpretación del Derecho particular escrito conforme al Derecho común. (Bernad, 2016, p. 11)

Dicha etapa servirá de cimiento para una ulterior escuela alemana, la Pandectística, debido a que la corriente de pensamiento *Usus modernus Pandectarum* se enfocó en la emancipación de las soluciones y construcciones elaboradas por los glosadores y posglosadores a fin de adoptar una nueva práctica en el Derecho adaptable al territorio alemán, aportando fundamentos tanto para el Derecho Privado como para el Derecho Público.

4.3.1. La polémica entre Savigny y Thibaut

Años después surge un periodo clave para la gestación del primer código civil alemán, el surgimiento de la Escuela del Derecho Natural y la Escuela Histórica del Derecho. Estas dos escuelas tienen como máximos representantes a Anton Friedrich Justus Thibaut y a Friedrich Carl von Savigny respectivamente.

Para resumir brevemente ambas escuelas, podemos identificar a la Escuela del Derecho Natural – la cual surgió antes de la Escuela de Savigny- bajo las siguientes características (Bernad, 2016):

- Laicismo y secularización, como clara expresión de emancipación frente a los prejuicios teológicos y morales medievales.
- Universalidad, hasta el punto de afirmar la existencia de un derecho válido para todos los pueblos y todas las épocas.
- Pérdida de la fe en la fuerza vinculante incondicional del Derecho Romano para la obtención de un espíritu de sistematización y ordenación.

Por otro lado, la Escuela Histórica del Derecho comprende las siguientes particularidades (Bernad, 2016):

- El papel determinante y relevante de la historia, puesto que estudia la realidad bajo una concepción dinámica que se encuentra en constante evolución. Aún así se dice que la historia no se agota en sí misma, sino que se convierte en instrumento para la construcción del Derecho Positivo a través de un método sistemático.

- Se sostiene la formación del Derecho a través del denominado espíritu del pueblo. El derecho emana un conjunto de lazos comunes que vinculan todas las realizaciones de esa existencia (arte, costumbre, religión, política, Derecho).
- Un claro conservadurismo que se manifiesta en distintos ámbitos: en el plano político (rechazo a la revolución francesa), en lo filosófico (oposición a los postulados de la Escuela del Derecho Natural)

Ahora bien, el enriquecimiento de Alemania gracias a la producción intelectual de Thibaut mediante su ensayo: *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*¹⁵(1814), donde el emblemático autor tomaba partido por la adopción de un Código por parte de Alemania, trajo como consecuencia la respuesta del gran Savigny, justamente a través de su obra: *De la vocación de nuestro época para la legislación y la ciencia del derecho*¹⁶(1814).

Esta célebre polémica de dos posiciones contrapuestas que – a saber del lector- no se agotaban en ideas meramente jurídicas, sino sociales y políticas, pueden resumirse a buenas cuentas así:

Ambas obras, gestadas en 1814, en la época en que los estados alemanes se libraban del dominio napoleónico, Alemania fue reintegrada en su independencia, enervándose corrientes filosóficas, literarias encaminadas a una restauración conjunta. En el Derecho, esta manifestación de liberación se expresó con el deseo de Thibaut (2015) de unificar los derechos positivos existentes en Alemania a través de un Código común¹⁷, la aspiración íntima e importante de una legislación debe ser – según Thibaut- la fijeza en las reglas, la seguridad en las divisiones, la universalidad en las fórmulas; nada de esto hay -añadía luego- en las legislaciones alemanas, ni puede buscarse tampoco en el Derecho romano, derecho histórico, antiguo, de eruditos, mal conocido, y, en suma, inadaptable al pueblo.

¹⁵ En alemán: *Über die Notwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen Rechts in Deutschland*. La traducción de la obra completa al español fue de su segunda edición, es decir la que se encontraba en el tratado número XIX de sus *Civilistische Abhandlungen*. Puede revisarse el ensayo de Thibaut en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21166/sobre_thibaut_hd35_2015.pdf

¹⁶ En alemán: *Vom Beruf unserer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*; esta obra tuvo una segunda edición. Las traducciones al español produjo su propia polémica, pues una primera traducción se dio en 1896 (*De la vocación de nuestro siglo para la legislación y para la ciencia del derecho, prólogo de Adolfo Posada, Madrid, La España Moderna*), en la cual se advierte varias omisiones de notas a pie de páginas y se afirma que no fue una traducción directa al alemán, sino de la segunda edición italiana de *“La vocazione del nostro secolo per la legislazione e la giurisprudenza”*, editado por Giuseppe Tedeschi en 1857. Se puede revisar la versión electrónica de la obra de Savigny conteniendo las dos ediciones en: https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21520/vocacion_savigny_hd38_2015.pdf

¹⁷ No era tan ingenuo el deseo de Thibaut de llegar perpetrar un código eterno ya que admitía que se podrían dar modificaciones a éste dejando las partes principales inmodificables, de tal manera que los jurisconsultos tengan un objeto de estudio prefijado. Esta reflexión ha sido influencia de Voltaire, autor citado expresamente por Thibaut.

Confiado en la eficacia de las fórmulas legales en contraposición con la falta de fuentes propia del Derecho Romano, pues únicamente se tenían fragmentos, sumado a su autoridad, inspiraron a que se levanten voces a favor de lo propugnado. Fue en estas circunstancias que Savigny con su obra ya mencionada da respuesta a los argumentos de Thibaut, mostrando su desacuerdo y afirmando que no resulta viable codificar el derecho de Alemania en esa época, ya que consideraba que era una época de decadencia. Savigny (2005) busca el elemento común a la lengua y el derecho y lo denomina “organismo material”, cuya función es procurar estabilidad al ejercicio de la manifestación cultural, pues para él el derecho es una manifestación cultural de cada pueblo¹⁸ y el uso indeterminado y constante de la lengua cumple con esa función. Continúa, afirmando que el derecho es dependiente de las costumbres y del carácter del pueblo, contrario sensu el acto de legislar es una corrupción del derecho. Savigny propone que los juristas alemanes estudien el *Corpus Iuris Civilis* a mayor profundidad y que se pueda mejorar la práctica jurídica y la dogmática con las enseñanzas provenientes del *Corpus*, sin necesidad de petrificar el Derecho alemán a través de un Código congelado en el tiempo, incluso invitando a que se legislen parcialmente temas de carácter urgente por legislar y dejar lo demás al estudio del Derecho científico, es decir, crear una verdadera ciencia alemana del Derecho.

Las razones expuestas y el enfrentamiento de ideas de los seguidores de ambas escuelas terminaron por retardar el movimiento codificador. Tanto más si la Escuela de Savigny había calado a gran magnitud forjándose incluso subdivisiones en ella: por un lado el grupo romanista, entre ellos Savigny, Puchta (su sucesor directo) y Hugo; mientras por otro lado el grupo de los germanistas, considerados como tales Eichhorn, Grimm y Beseler.

El grupo romanista buscaba purgar el Derecho romano mediante la exclusión de elementos extraños a él que lo tergiversaban, y entresacar de sus textos principios universales, mientras el germanista trató de elaborar un derecho privado alemán cerrado a partir de los elementos comunes que pudieran extraerse de los diferentes derechos particulares, y tuvo en cuenta cuestiones jurídicas desarrolladas al margen del derecho común, tal como sucedió en el caso del Derecho mercantil (Bernad, 2016).

Ambas corrientes, la romanista y la germanista, no obstante sus agrias disputas, lograrán la conciliación cuando reconocieron que tanto derecho romano como derecho alemán podían integrarse y constituir el derecho común alemán, ideario que se traduciría más tarde en el Código civil alemán. (Bernad, 2016, p. 33)

Empero, antes de ver florecer el Código Civil Alemán, iba a constituirse una escuela que iba a coadyuvar al contenido de dicho código, estamos hablando de la Pandectística.

¹⁸ La crítica que se le hace a Savigny es el concepto vago, impreciso de “manifestación cultural”, de modo que delimitarlo sería no entenderlo como una creación divina, sin embargo los mismos iusnaturalistas no niegan la existencia del derecho positivo.

4.3.2. La influencia de la Pandectística en la codificación alemana

Como ya hemos visto, del genio inigualable de Savigny parten dos corrientes que rigen los destinos del Derecho romano en Alemania a lo largo del siglo XIX (...) surge una vertiente de la Escuela histórica del Derecho que pretende alcanzar una construcción dogmática adaptada a su tiempo para resolver los problemas del momento sobre la base de las fuentes romanas justinianeas. **Es lo que se conoce como el movimiento de la Pandectística, Escuela histórica moderna o jurisprudencia de conceptos, que revitaliza el estudio del Derecho romano para, a partir de sus fuentes, pergeñar una visión dogmática del Derecho privado.** (Bernad, 2016, pp. 39-40) [El resaltado es nuestro]

La visión dogmática del Derecho privado, la dan justamente los discípulos de Savigny ya que la pandectística representa una derivación misma de la Escuela que Savigny fundó. En ese sentido:

Por <<pandectística>> se entiende, comúnmente, aquel movimiento de estudio que tomó el nombre de los títulos de algunos de sus tratados generales más recientes en aquel entonces, los cuales se desarrollaron en el ámbito de la Escuela histórica alemana, cuyos umbrales son del siglo XVIII y cuyo máximo apogeo tuvo lugar en el siglo XIX, con la tendencia a crear una teoría general de aquella parte del derecho privado que se fundaba, principalmente, en el derecho romano, y para ser más precisos, en el derecho justiniano, que representaba el derecho común vigente. Dicha tendencia persistió a pesar de las codificaciones alemanas, que para la pandectística eran expresiones legislativas del derecho común mismo, por lo que se afirmaba la necesidad de estudiar éste para comprender y profundizar aquéllas. (León, 2007, p.28)

Este sofisticado movimiento, asombrará en aquellos tiempos por su rigor, ingenio y agudeza pues:

La pandectística compiló y enmarcó el inmenso material constitutivo del Corpus Iuris Civilis, y puso en evidencia sus eventuales reglas generales y excepciones, las cuales se reflejaban en los distintos textos, con lo cual dio lugar a una sistemática que iba a permitir, o facilitar por lo menos, el dominio del derecho justiniano en su conjunto. Además, [...] los pandectistas consideraron también los textos que provenían de fuera de la compilación, acaso para cubrir, en el ámbito de la interpretación, las lagunas de éstas, y para resolver las posibles discrepancias. (León, 2007, p. 34)

Si queremos hablar de representantes, tenemos que hablar de los elaboradores de los manuales tan estudiados en aquél tiempo en Alemania y que como hemos mencionado, sirvió de estudio para comprender el BGB, por citar algunos: F.L. von Keller, K.A. von Vangerow, A. von Brinz y Bernhard Windscheid, siendo este último notable autor, el que adquirió un gran prestigio con su famoso manual

jurídico “*Lehrbuch des Pandektenrechts*”¹⁹ (1862-1870) dividido en tres tomos, ya que su obra se centró en desarrollar los conceptos más relevantes de la parte general del Derecho de Pandectas logrando organizarlo sistemáticamente para facilitar su consulta.

La pandectística, llegó a ser el punto de conexión entre la corriente naturalista e historicista alemana del siglo XIX, y fue tal el impacto que la primera y segunda versión del Proyecto del BGB fue fruto de ella. La primera comisión estuvo integrada por el mismísimo Windscheid (trabajó entre 1873 y 1887), agrupando las disposiciones vigentes en los diferentes territorios alemanes y, haciendo una comparación de las mismas, se plantearon conceptos generales que permitieran darles cohesión, formulándose una primera versión en 1888²⁰. Las críticas, como normalmente suele pasar, llegaron a la primera versión por la desmesurada atención a las soluciones romanas en desmedro del Derecho alemán vigente; así como también la visión excesivamente romanística, un lenguaje arduo y poco accesible y también el exceso de remisiones generaba desconcierto (Bernad, 2016).

Incluso en la segunda versión, en un intento de revisión de la primera, se detecta todavía una clara influencia del Derecho de Pandectas, al mantener un lenguaje dogmático y abstracto, y abusar de reiteradas remisiones. Las críticas vertidas a las dos versiones anteriores propiciarían un aparente giro en la versión final del BGB, que en verdad no lo fue tanto, puesto que no logrará desligarse de los métodos y contenidos de la Pandectística, opinión que podemos confirmar al analizar aspectos como su estructura, lenguaje, contenido y espíritu. (Bernad, 2006, p. 61)

El segundo proyecto fue terminado en 1895, promulgándose un año después el 18 de agosto, con una *vacatio legis* de más de tres años pues su vigencia se dispuso a partir del 1 de enero de 1900, estamos hablando pues del *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB), o Código Civil Alemán. Cabe resaltar que mientras en Alemania sucedía todo lo anteriormente comentado en los albores del año 1900, en Francia ya se había promulgado el *Code Civil* el año 1804, en Prusia ocurrió en 1794.

¹⁹ En su idioma original, el alemán, así fue llamada la obra, mientras su traducción al español realizada por Fernando Hinestroza el año 1976, llevó el nombre de “Tratado de derecho civil alemán” (Derecho de pandectas).

²⁰ Esta labor no fue ajena por un país como Francia. El gran jurista francés Raymond Saleilles, en su famoso libro “*Essai d’une théorie générale de l’obligation*” (1890) – en español “Ensayo para una teoría general de la obligación”- realiza una sacrificada labor comentando a sus compatriotas franceses lo que en aquel momento se gestaba en el Imperio Alemán. Los primeros intentos propiciados por los alemanes en un primer proyecto por los años 80’ para una codificación en su país, deslumbraron a Saleilles, quien gracias a su obra, primero en su país y posteriormente en Europa, se ha podido conocer los trabajos preparatorios de los juristas alemanes de lo que más adelante sería el BGB.

El *Code Civil*, el cual repercutió tanto en continente Europeo como en el Latinoamericano tal como informa Eugen Bucher (2006), con la salvedad del Código Civil austriaco y del Código Civil de Louisiana, los primeros en seguir al Código Civil Francés fueron dos Códigos fechados exactamente en el mismo año. A saber, por un lado, el Código de Derecho privado para el Cantón de Zurich, elaborado por Johann Caspar Bluntschli y, por el otro, el Código Civil de Chile, de Andrés Bello, al que siguieron las restantes codificaciones de Latinoamérica.

No obstante ello, aun cuando el referente legislativo del siglo XIX en Europa siguió siendo el Code Napoleon, por todo lo que significó en su momento, lo cierto es que, en lo que respecta a la ciencia jurídica, la Pandectística, ocupó un sitio de privilegio, hasta el punto que las Universidades alemanas de leyes llegaron a convertirse en punto de referencia y centro de peregrinación por parte de los estudiantes europeos de la época. (Bernad, 2006, p. 66)

Pues bien, el fenómeno de la recepción del derecho romano a la realidad alemana tuvo como producto escuelas antitéticas que tanto voluntaria como involuntariamente movieron el aparato político para la codificación que finalmente se dio en 1900. Siendo así, se tiene el panorama completo del concepto de la obligación en específico, que el mismo Savigny realizó y que citamos en el anterior subcapítulo, además de la recepción de la institución del derecho de las obligaciones en el BGB.

Ahora, ¿por qué abordar la ruta de Alemania hacia la codificación? La respuesta cae por su propio peso y se puede bifurcar en dos razones: (i) el recibimiento en Alemania de la institución jurídica de “las obligaciones” con el desarrollo nada deleznable del Derecho Romano y de los glosadores y posglosadores, caló indefectiblemente en el BGB, matriz que fue el *leitmotiv* del surgimiento de la teoría de los deberes de protección; y (ii) la influencia de los estudios que emergieron a partir de la tan refinada producción jurídica en Alemania-incluyendo por defecto el BGB-, han coadyuvado a la creación de otros códigos, entre ellos, el Peruano, el cual, tendremos que identificar a la larga del presente estudio, de dónde proviene la fuente original de nuestro “derecho de obligaciones” a fin de que pueda encajar la teoría de los deberes de protección en ella.

4.4. Las secuelas del BGB: Entre la *culpa in contrahendo* y el contacto social

La figura de Caspar Rudolf von Jhering (1818-1892), sin duda es rotulante para todo lo que representa el Derecho Civil. Como dato anecdótico, el alumno más aplicado de Savigny, el cual inicialmente compartía sus ideas es quien más adelante se convertiría en uno de sus más férreos opositores²¹.

²¹ Severo crítico de las obras de su coetáneo Windscheid, Jhering irónicamente se burlaba de la Pandectística señalando que había en ella un excesivo formalismo y abstracción, elevando a la dogmática a un modo de culto para la consecución de un “cielo de los conceptos”, tan lejano de la tierra, en el que el jurista se presenta como un matemático “que calcula sus conceptos con datos cuantitativos”.

4.4.1. La categoría de la *culpa in contrahendo* de Jhering

Podría decirse que una de las premisas históricas de los deberes de protección nace con la *culpa in contrahendo*, doctrina que ve la luz gracias al artículo publicado por Jhering en 1861, intitulado “*Culpa in con-trahendo, oder Schadensersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”²² (en español podría traducirse como “*Culpa in contrahendo, o del resarcimiento en los contratos nulos o que no llegan a perfeccionarse*”). El anhelo de Jhering de realzar el Derecho Romano afirmando que este no está basado en principios morales sino en necesidades de orden económico, promueve a que desde esa perspectiva se busquen soluciones a problemas actuales. Es en esa línea de pensamiento, que Jhering se percató que el derecho alemán de su época poco se preocupaba de las necesidades del comercio de los ciudadanos, planteándose – a saber- las siguientes hipótesis:

Una transmisión errónea de una oferta o aceptación, un error unilateral esencial en cuanto a la identidad de la otra parte o del tema, aunque sea impalpable, afecta fatalmente la validez del contrato. Un comprador que ordenó inadvertidamente 100 kilos de mercancía en lugar de 10, ¿podría ser responsable de reembolsar al vendedor los costos de transporte de la mercancía que no se pidió y que por tanto se rechazará? (Kessler y Fine, 1964).

Si alguien bajo el Derecho Romano clásico le vende un bien fuera del comercio a otra persona, teniendo conocimiento el primero de ello, mientras el último no, ¿el contrato es válido? En palabras de Jhering, la parte que ha confiado en la validez del contrato no podría recuperar el valor del desempeño prometido, la expectativa del interés [*the expectation interest*], sin embargo, la ley no se podría permitir negar la recuperación de la parte desfavorecida por completo, tiene que prever la restauración del *status quo* brindando a la parte lesionada su interés negativo [*negative interest*] o daños por confianza [*reliance damages*] (Kessler y Fine, 1964).

“The careless promisor has only himself to blame when he has created for the other party the false appearance of a binding obligation. This is the meaning of *culpa in contrahendo*” (Kessler y Fine, 1964, p.402).

“El promitente negligente únicamente tiene culpa cuando ha creado para la otra parte la falsa apariencia de una obligación [jurídicamente] vinculante. Este es el significado de *culpa in contrahendo*”. (Traducción libre)

A saber, en el análisis sesudo que hizo Jhering del derecho romano, entendió que ni en el *actio dolis* ni en la *actio legis Aquiliae* podría sustentarse la pretensión del lesionado en aquellos casos. Es así como - a partir de ese vacío advertido en el Derecho Romano, el jurista alemán sintió que era necesario una

²² El acceso a su contenido nos la brinda el artículo “*Culpa in Contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study*”, publicado en Harvard Law Review por Friedrich Kessler y Edith Fine, el año 1964.

acción de resarcimiento en esos casos que aún podían presentarse en su época, estamos refiriéndonos a una “responsabilidad precontractual”²³.

El uso del término “responsabilidad precontractual” pasa por la apreciación de un cierto sector de la doctrina que considera que los supuestos que abarca esta figura jurídica tiene naturaleza contractual, y ello tiene sentido pues, a nuestro parecer, resultaría contradictorio usar el término responsabilidad precontractual, asumiendo que su naturaleza jurídica es extracontractual.

Es ilustrativo el criterio del preclaro jurista Manuel de la Puente y Lavalle, quien, tal vez, fue el primero en comentar sobre la responsabilidad precontractual en el Perú:

Empleo por primera vez la denominación responsabilidad precontractual no por considerar que se trata de una responsabilidad distinta a las categorías tradicionalmente aceptadas de responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, sino para ubicarla cronológicamente en el *iter* de formación de la relación jurídica contractual, en el que cabría distinguir tres clases de responsabilidad correspondientes, cada una de ellas, a una etapa de dicho *iter*: la responsabilidad precontractual (etapa de negociaciones o tratativas), la responsabilidad contractual en sentido estricto (etapa de celebración del contrato) y la responsabilidad postcontractual (etapa de la ejecución de la relación jurídica creada por el contrato). Es en ese sentido que debe considerarse mi referencia a la responsabilidad precontractual.

La doctrina más autorizada considera que depende del concepto que se tenga de las tratativas, la responsabilidad derivada de ellas tendrá carácter contractual o extracontractual. Lo primero ocurrirá si se entiende que la iniciación de las tratativas crea una relación jurídicamente relevante entre los tratantes, y lo segundo si tal relación no existe. (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 292) [El resaltado es nuestro]

No podemos negar que estudiar la *culpa in contrahendo*, tranquilamente podría llevarnos a un escenario autónomo y específico de ello, lo cual, no es materia del presente objeto de estudio. Lo que sí podemos aseverar en este capítulo que comprende las bases formativas de los deberes de protección, es asumir la posición de que la *culpa in contrahendo* o la responsabilidad precontractual tiene naturaleza jurídica contractual²⁴. Esta posición sin duda alguna, abona para la tesis que pretendemos defender, como se podrá ver más adelante.

²³ Esta expresión es para algunos doctrinarios poco feliz, pues la *culpa in contrahendo* trasciende el puro dominio de los contratos. Puede también darse en negocios unilaterales (por ejemplo en materia de concursos públicos), prefiriendo, por tanto, hablar de “responsabilidad pre negocial”. Incluso otros observan que la responsabilidad emergente de esta figura jurídica puede ser objetiva, siendo impropio el vocablo “culpa” (Diamvutu, 2011). No obstante ello, la mayoría se refiere a la *culpa in contrahendo* como “responsabilidad precontractual”.

²⁴ Para saber más sobre las tesis que defendían tanto la naturaleza jurídica extracontractual o contractual de la “culpa in contrahendo”, véase al mismo De la Puente y Lavalle (2017, pp. 293-300), autor que optó por asumir la posición contractualista y a la cual nosotros nos adherimos.

En ese orden de ideas, siguiendo con las enseñanzas del civilista De la Puente y Lavalle, éste informa que para justificar su teoría, Jhering llega a las siguientes conclusiones:

1. **La culpa *in contrahendo* es una culpa de naturaleza contractual que apunta en una dirección especial (la del período de formación del contrato).**
2. El mismo grado de diligencia se debe prestar en el período de formación del contrato que en el período de ejecución.
3. Los contratantes son los únicos que pueden incurrir en esta especie de culpa, quedando excluidos los terceros.
4. Si el acto a cuya formación se tiende no es un contrato, no puede haber culpa *in contrahendo*
5. La acción fundada en la culpa *in contrahendo* se transmite a los herederos y prescribe de la misma manera que la fundada en la culpa contractual.
6. Para que pueda haber culpa *in contrahendo* tiene que haber existido oferta; las meras tratativas anteriores a la promesa del contrato, no son susceptibles de originar responsabilidad civil basada en esta especie de culpa. (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 293) [El resaltado es nuestro]

De las observaciones anotadas, resulta clave apuntar al producto final del BGB- en ese entonces ya terminado- el cual, sorpresivamente, no regulaba en sus disposiciones normativas los supuestos planteados precedentemente, esto es: asumir responsabilidad por el perjuicio causado a la persona que pensaba formar parte de una relación común y que en realidad estaba frente a un contrato que no se celebró o frente a un contrato nulo, debido al error propiciado por uno de los intervinientes.

Si bien el artículo de Jhering fue publicado muchos años antes que la creación del BGB, los artífices de este cuerpo normativo alemán recogieron de las ideas de Jhering, únicamente la hipótesis referida al exceso de facultades del representante. Este es el caso del reconocimiento legal del *falsus procurator* en su parágrafo § 179²⁵, primer párrafo (León, 2004):

Quien celebra un contrato en calidad de representante [*Vertreter*], y no demuestra su poder de representación [*Vertretungsmacht*], queda obligado frente a la otra parte, a decisión de ésta, al cumplimiento, o bien al resarcimiento, si el representado [*Vertreten*] no acepta ratificar el contrato. (León, 2004, p.137)

²⁵Section 179

Liability of an unauthorised agent

(1) *A person who has entered into a contract as an agent is, if he does not furnish proof of his power of agency, obliged to the other party at the other party's choice either to perform the contract or to pay damages to him, if the principal refuses to ratify the contract.*

(...)

Nótese en este caso que a pesar de haberse celebrado un contrato atribuyéndose una parte facultades que no tiene, el “aparente” representado puede exigir el resarcimiento, en caso el que actúo como representante no quiera ratificar el contrato. Su similar normativo lo podemos encontrar también en el artículo 161º de nuestro código civil: “El acto jurídico celebrado por el representante excediendo los límites de las facultades que se le hubiere conferido, o violándolas, es ineficaz con relación al representado, **sin perjuicio de las responsabilidades que resulten frente a éste y a terceros**. También es ineficaz ante el supuesto representado el acto jurídico celebrado por persona que no tiene la representación que se atribuye”. [El resaltado es nuestro]

A continuación, retomando las bases del estudio de Jhering, el interés negativo también ha sido tema de estudio para conocer el límite a la resarcibilidad de los daños derivados de la responsabilidad precontractual, sobre la base de la posición contractualista. Del texto de Jhering glosado líneas atrás, podemos inferir que quien a sabiendas causaba o propiciaba la invalidez del contrato, no estaba obligado a cumplir con el equivalente a la prestación prometida, sino a situar a la otra parte en la idéntica situación patrimonial en la cual se hubiese encontrado de no haber estipulado dicho contrato, resarciendo entonces el llamado interés negativo [*negative Vertragsinteresse*].

Al respecto, el maestro italiano Monateri expone lo siguiente:

In materia di responsabilità precontrattuale, il concetto dell' interesse negativo viene utilizzato in contrapposizione all' interesse positivo, cioè all' interesse all' adempimento, per indicare l'interesse a che le trattative contrattuali infruttuose non si fossero neppure cominciate o non fossero proseguite; per usare la formula latina *l'id quod interest contractum initum non fuisse*. Il risarcimento dell'interesse positivo viene infatti escluso perché altrimenti si toglierebbe la libertà di recedere dalle trattative che l'ordinamento sempre riconosce anche a chi la eseguita scorrettamente.
(...)

In sostanza, l'interesse negativo garantisce al danneggiato il diritto ad essere posto nella medesima condizione economica in cui si sarebbe trovato se non avesse contrattato col danneggiante. (Monateri, 1998, p. 663)

En materia de responsabilidad precontractual, el concepto del interés negativo es usado en contraposición al interés positivo, es decir, el interés al cumplimiento, para indicar el interés a que las tratativas contractuales infructuosas ni si quiera hayan comenzado o continuado; se usa la formula latina *l'id quod interest contractum initum non fuisse*. El resarcimiento del interés positivo [cuando se produce la *culpa in contrahendo*] de hecho, se excluye porque de lo contrario, se eliminaría la libertad de retirarse de las negociaciones que el ordenamiento [jurídico] siempre reconoce, incluso a quienes la ejercen incorrectamente.
(...)

En conclusión, el interés negativo garantiza al perjudicado el derecho a ser puesto en la misma condición económica en la cual se habría

encontrado de no haber contratado con el autor del daño. (Traducción libre)

Haro Seijas²⁶, explica también de manera didáctica sobre el interés negativo:

En la doctrina romano-germánica se acepta pacíficamente que el remedio adecuado en supuestos de responsabilidad precontractual es el otorgamiento de una indemnización. Como quiera que el contrato todavía no se ha celebrado y no ha nacido obligación alguna en sentido estricto, parece inadmisibles que se ordene la ejecución forzada o la ejecución por tercero. En nuestra doctrina se asevera también que, en el caso de la responsabilidad precontractual, el remedio debe limitarse al resarcimiento del interés negativo. El interés negativo – también llamado “interés de confianza”- constituye desde esa perspectiva, el nivel de los daños generados por la confianza depositada por una de las partes en la celebración del contrato. Por oposición, el interés positivo – la medida que se utiliza o debería utilizarse para establecer indemnización por inexecución de obligaciones – alude al interés que las partes contratantes tienen en obtener el beneficio derivado de la ejecución del contrato. (Haro, 2002, pp.35-36)

4.4.2. Los períodos precontractuales de Faggella

Finalmente, la pieza faltante al pequeño recuento de *la culpa in contrahendo* nos la ofrece Gabriele Faggella, magistrado italiano que refuerza los postulados de Jhering y en una breve monografía, formula una teoría que busca explicar-implícitamente- como se forma un contrato para abordar así la responsabilidad en la etapa de las tratativas.

La publicación de la monografía intitulada “*Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione*” fue publicada en 1906 en la obra “*Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*”²⁷. En ella, el italiano Faggella realiza una esquematización de los períodos contractuales que se generan al perfeccionar un contrato²⁸:

Quindi ogni contratto ha un periodo di preformazione o di preconstituzione, e questo si divide, a nostro modo di vedere, in tre momento giuridici. Il primo di questi due momento definiamo periodo d’ideazione e di

²⁶ Se dice que fue uno de los primeros autores nacionales, en estudiar los alcances de la responsabilidad precontractual respecto al resarcimiento de los daños causados, a través del Análisis Económico del Derecho.

²⁷ Citaremos extractos de la fuente original de la monografía de Faggella, a la cual hemos podido acceder en material físico. A saber, el único autor en Perú que le ha dedicado un espacio de estudio serio a los postulados de Faggella es Renzo Saavedra (2009) en un artículo jurídico publicado en *Ius Et Veritas*: “*De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica : una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggella[sic]*”.

²⁸ Según Faggella, un contrato se perfecciona con el acuerdo de las voluntades, añadiendo que si no opera el *in idem placitum consensus* no existirá un *vinculum iuris* y por ende los co-tratantes son libres de celebrarlo o no (Faggella, 1906). Este expresión latina denominada *in idem placitum consensus* se entenderá como el consenso [acuerdo] para un mismo objetivo.

elaboración, que si può comprendere nella formola di concezione del contratto, e il secondo, periodo di perfezionamiento o di concretizzazione della proposta, en el terzo questa si pone in movimiento, Questi periodos possono ripetersi, perchè non è raro che, sopraggiunta la proposta seria e concreta e dichiarata all'altro contraente perchè l'accetti, sorga la necessità, per le osservazioni e le controproposte di quest'ultimo, che il periodo della discussione preparatoria della formulazione della proposta si riapra. (Faggella, 1906, p.272)

Entonces, cada contrato tiene un período de pre-formación o pre-constitución, y este se divide, en nuestra opinión, en tres momentos jurídicos. El primero de estos dos momentos lo definimos como el período de ideación y elaboración, que puede entenderse en la forma de concepción del contrato, y el segundo, un período de perfección o concretización de la propuesta, en el tercero esta segunda etapa se pone en movimiento [momento operativo]. Estos períodos pueden repetirse, ya que no es raro que, una vez que se haya hecho la propuesta seria y concreta y declarada a la otra parte co-tratante para que la acepte, surja la necesidad que, por las observaciones y contrapropuestas de esta última, el período de la discusión preparatoria y de la formulación de la propuesta se reabra. (Traducción libre)

Faggella explica así cada fase precontractual:

a) Momento preformativo de la oferta

En esta fase de preparación no se tiene el objetivo de crear especiales vínculos obligatorios, sino elaborar y formular una propuesta o un proyecto, intercambiar pareceres. Esta situación no vinculará a los cotratantes a una elaboración o perfeccionamiento del contrato, ya que no tiene el carácter jurídico de promesa obligatoria. Por tanto, las partes son libres de traducir o no el proyecto en contrato, de modificarlo o mutarlo (Faggella, 1906).

b) Momento de perfección del contrato

En el segundo período, la voluntad se transforma, y deviene voluntad a concretar la propuesta o la aceptación del contrato. La voluntad es plenamente libre de mutar o modificar el diseño de la propuesta o de revocarla, esta acción queda como un hecho subjetivo circunscrito a la personalidad del proponente o del aceptante, lo cual no tienen ninguna relación vinculativa con la otra voluntad (Faggella, 1906).

c) Momento operativo

Contiene la finalización de la elaboración del diseño contractual. La voluntad se sostiene sobre una propuesta concreta, es más concreta, más determinada, lista para ser transmitida, debido a que aun se encuentra en el ámbito de la subjetividad del proponente. Una vez que la oferta se encuentra con la aceptación, terminará esta tercera etapa con la celebración del contrato. (Faggella, 1906)

A estos tres períodos, los cuales Faggella las sintetiza bajo el rótulo de *iter voluntatis*, se cobijan bajo el paladín de la voluntad como fuente de libertad, hecho que permite a los cotratantes la posibilidad de apartarse de las tratativas en cualquiera de los períodos mencionados.

No obstante, más adelante Faggella diferencia dos momentos de la oferta: i) desde que se emite la oferta hasta su aceptación y ii) cuando se acepta la oferta hasta el perfeccionamiento del contrato. Cada momento tiene consecuencias que pueden acarrear en jurídicas y esto porque en el supuesto i) mientras el destinatario de la oferta no tome conocimiento de esta y su nivel de participación en las tratativas no sea notable, no habrá posibilidad de resarcimiento, es decir no operará la responsabilidad precontractual. En cambio en el supuesto ii) el destinatario ya tiene conocimiento de la oferta, por lo que puede aceptarla, modificarla o en su defecto, rechazarla. Es así como en este momento, la oferta que ingresa a la esfera jurídica del destinatario genera un valor jurídico y económico (Faggella, 1906).

Realizando un somero análisis, estos dos momentos tienen un grado de probabilidad de que se activen en términos de responsabilidad precontractual en el ámbito de interacción de los cotratantes, lo cual, según la teoría de Faggella, podría generarnos la conclusión de una responsabilidad por parte del que quiera revocar la oferta dada en dichos momentos. A ello le sumamos, la visión objetiva y no subjetiva que tiene Faggella de la responsabilidad precontractual que reposa en la participación de un labor preparatoria que el tratante realiza en la fase de las tratativas, además de la frustración económica del nacimiento del contrato traducida en los gastos efectuados. Entonces, la intención genuina y válida de Faggella de plantear el *iter voluntatis* como la gama de períodos donde existe la plena libertad de desligarse o apartarse, provoca un sentido antitético al tener como una interpretación propia de la tesis de Faggella el casi costreñimiento por parte del oferente de celebrar de todas formas el contrato ante las situaciones antes descritas. Cerrando este pequeño espacio de sana crítica, citamos lo dicho por Saavedra:

Por otro lado, y que incluso agrava más la situación, es que dado que no resulta necesario analizar ningún elemento de carácter subjetivo para imputar responsabilidad precontractual se deberá concluir que el revocante (o el individuo que se aparta de las tratativas) deberá soportar siempre los costos económicos que tal conducta significa para la esfera jurídico-patrimonial de su co-tratante, pese a que tal desistimiento o revocación se encuentre ampliamente justificado en razones jurídicas o bien en razones económicas. De lo anotado en el párrafo precedente se estaría alcanzando algo que, según el propio Faggella, debía ser rechazado: considerar que existe la obligación de suscribir el contrato definitivo una vez iniciada la tratativa (al menos para el oferente). (Saavedra, 2009, p.65)

Llegado a este rumbo, ¿cual es el aporte de Faggella que – consideramos- es importante para el estudio de la teoría de los deberes de protección que queremos defender? Cuando Faggella formula estos períodos, toma como

parámetro uniforme el hecho que no existe una prestación que se adeuden entre sí los cotratantes, en términos más técnicos, no existe un deber primario de prestación en la fase de las tratativas, sin embargo aún dentro del ámbito de los períodos precontractuales, existen deberes que pululan y que son pasibles de resarcimiento si se vulneran. Faggella aportó – así puedan haberse advertido defectos en su teoría- un gran avance para el tiempo en el que se encontraba: invocar razones que amplíen el espectro de supuestos en los que aún no habiéndose celebrado contrato alguno, progresa un afán protector para los cotratantes.

Retomando las hipótesis presentadas por Jhering, que en el mayor de los casos se resumían a una suerte de confianza en los tratantes de encontrarse bajo un contrato válido cuando no era así, en la realidad alemana sucedieron otros casos más, los cuales también fueron colocados en el espectro de hipótesis propias de la responsabilidad precontractual, por la doctrina y por la propia jurisprudencia alemana, ante la insuficiencia normativa del BGB advertida anteriormente.

En Alemania, la responsabilidad *in contrahendo* abarca, según refiere Canaris, los siguientes supuestos: (i) la responsabilidad en el caso de celebración de un contrato inválido (por ejemplo, cuando una de las partes causa conscientemente un disenso, o si guarda silencio sobre la necesidad de obtener una autorización para la procedencia del contrato, por parte de la autoridad administrativa o estatal); ii) la ruptura injustificada de las tratativas; (iii) **los casos en que se responde cuando una parte, antes de la celebración del contrato, ocasiona un daño a la otra, en los bienes jurídicos de ésta, que no tienen relación con el contrato (como una lesión corporal o un daño a una cosa de su propiedad);** y (iv) los casos en que el contrato se celebra, pero en condiciones desfavorables para una de las partes, como ocurre, por ejemplo, cuando el transferente de una empresa presenta al adquirente un balance falso, en cuyo caso, la jurisprudencia reconoce al afectado la posibilidad entre la anulación del contrato o la disminución del precio de la adquisición, siempre por culpa *in contrahendo*. (León, 2003, p.38) [El resaltado es nuestro]

El espectro de casos, entonces, no sólo se reduce al ítem (i) del párrafo citado, lo cual fue el punto más abordado por Jhering, sino que como podemos ver, pueden surgir otros supuestos – como el ítem (iii) referido al “contacto social” del que también es un tema pendiente en este capítulo- en los cuales será factible aplicar la responsabilidad precontractual; y ello por que?, porque en Alemania, la buena fe (en alemán *Treu und Glaube*) es un criterio basilar en su ordenamiento jurídico, que va a llevar a que los supuestos identificados y enunciados por el jurista Canaris – citado por Leysser-, deriven de la infracción de la buena fe, y por ende sean pasibles de responder por *culpa in contrahendo*. En relación a ello, es conveniente invocar el § 242 del BGB:

“Section 242

Performance in good faith

An obligor has a duty to perform according to the requirements of good faith, taking customary practice into consideration”.

Parágrafo 242

“Cumplimiento de la buena fe.

El deudor tiene la obligación de cumplir con la prestación acorde a los requerimientos de la buena fe y en atención a los usos del tráfico”. (Traducción libre)

4.4.3. Las relaciones contractuales de hecho

El maestro Juan Espinoza (2016) nos dice que para poder entender a cabalidad la teoría del contacto social, es imperativo remitirse al trabajo elaborado por Günther Haupt, quien en 1941 publicó un trabajo denominado “*Über faktische Vertragsverhältnisse*” (en español “Sobre las relaciones contractuales de hecho”²⁹), que surgió como una alternativa para evitar un régimen desfavorable, como era en ese entonces en Alemania el de la responsabilidad extracontractual.

Este autor plantea en el moderno tráfico jurídico, situaciones en las que existan relaciones contractuales en cuya formación no sea esencial el intercambio entre propuesta y aceptación (Espinoza, 2016), es decir, relaciones contractuales que no tengan como fuente el contrato, sino que deriven de hechos. A decir verdad, podría decirse que la tesis de Haupt es una versión mejorada de la tesis de Jhering pues en relación a la *culpa in contrahendo*, este autor nos dice el componente que eleva la vinculación social generada entre dos particulares a una relación contractual, no es un acuerdo negocial, sino la relación de hecho objetivamente originada de un contacto social.

Entonces [Haupt] propone utilizar la locución “relaciones contractuales de hecho” en tres escenarios: por contacto social (*kraft sozialen Kontaktes*), por inserción en una relación comunitaria (*kraft Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis*) y por la obligación social de prestación (*kraft sozialer Leistungsverpflichtung*) (Espinoza, 2016, p. 84)

Sin perjuicio de centrarnos en el escenario específico del contacto social, comentaremos de manera lacónica los otros dos escenarios con ejemplos que nosotros emplearemos para un mejor entendimiento.

- Por inserción en una relación comunitaria.- Se dan en las sociedades de hecho y en las relaciones laborales. Dentro de una sociedad de hecho –léase unión de hecho- dice Haupt que no pueden ser ignoradas, pues:

²⁹ Si bien el profesor Espinoza menciona la obra alemana de Haupt en la octava edición de su libro “Derecho de la Responsabilidad Civil”, no sustenta su análisis en aquella fuente original, sino en la traducción al italiano de dicha obra a cura de Giovanni Varanese intitulada “*Sui rapporti contrattuali di fatto*”. Este breve estudio hecho por el profesor Espinoza sobre el contacto social, ubicado en el capítulo I de su obra ya mencionada, también fue publicada de manera íntegra en la revista mensual de Gaceta Civil & Procesal Civil, N° 35, bajo el título “*Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social*” también en el año 2016.

Hasta el descubrimiento del vicio, la realización de hecho de la comunión de fines de tipo societario se revela suficientemente fuerte para sostener, sobre todo, las compañías sociales y para justificar la aplicación de las normas del derecho societario, sea para las relaciones internas como las externas. (Espinoza, 2016, p. 85)

Aclarémoslo de esta forma: si bien todas las uniones de hecho no están inscritas en Registros Públicos, las consecuencias o actos que realicen las personas que conforman ya una sociedad de hecho – dentro de los lineamientos establecidos por el artículo 326° del Código Civil Peruano que consideren que estamos ante una legítima unión de hecho- tendrán efectos jurídicos, así no estén inscritos en Registros Público, es decir, tendrán plena validez los actos que tengan estas sociedades de hecho frente a las personas que confían en contratar con una de las personas que las conforman. Se reconocerá entonces a estos casos como un supuesto de responsabilidad contractual teniendo como base que es una relación contractual de hecho por inserción en una relación comunitaria³⁰.

En el caso de las relaciones laborales:

Es posible no considerar más el acuerdo contractual como elemento decisivo, puesto que los múltiples efectos y la concreta fisonomía de la relación de trabajo se determinan principalmente sobre la base del ordenamiento concreto de la hacienda y no según los acuerdos negociales. (Espinoza, 2016, p. 86)

Este supuesto refleja lo que la ley nacional ya reconoce: la primacía de la realidad, conforme a lo establecido en el artículo 4 del TUO del Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral.

- Por la obligación social de su prestación. - Los supuestos para este escenario se dan generalmente en los servicios públicos.

Normalmente el pasajero tiene simplemente necesidad de utilizar el tranvía y, sobre todo, en virtud de su actividad, la sociedad tranviaria está obligada a ofrecer el servicio de transporte según las tarifas y condiciones aprobadas por la autoridad administrativa. Las partes, por ello, tienen un escaso interés en encontrar un acuerdo sobre algo que, en todo caso, es fijo e inmutable para aquellas[...] Se entiende que este tipo de situaciones corresponden a “las exigencias sociales del hombre moderno”, como es el caso del suministro de la energía eléctrica, advirtiéndose que “en el ámbito de las prestaciones sociales esenciales no se puede seguramente hablar de un acuerdo sobre el contenido en base a las tarifas ni de una constitución negocial de la relación de suministro”. Se llega a la conclusión que es “suficiente el hecho de utilizar esta asistencia para la existencia para construir una relación jurídica”. (Espinoza, 2016, p. 87)

³⁰ Son pertinentes los artículos 423 y 424 de la Ley N° 26887, Ley General de Sociedades, invocadas por Espinoza para las sociedades de hecho.

Cuando tomamos algún transporte público, lo más común y usual es no negociar con el cobrador o con el chofer del vehículo de transporte, puesto que existe ya una tarifa predeterminada por la autoridad administrativa en la mayoría de los casos. Este tipo de relaciones contractuales de hecho, no surge porque hay una declaración de voluntad expresa ni porque hay una aceptación por el personal que te brinda el servicio. Estos hechos, para Haupt deben ser considerados como obligaciones sociales, y como tal deben tener el mérito de ser relaciones contractuales de hecho, para tener como consecuencia responsabilidad contractual.

- Por contacto social.- Este escenario, se explica de la mano de la jurisprudencia alemana, trayendo a colación el paradigma del famoso caso de los rollos de linóleo³¹, resuelto por el *Reichsgericht* (sería el Tribunal del Imperio Alemán), el 7 de diciembre de 1911, siendo sus motivos los siguientes:

De acuerdo con lo determinado por el *Berufungsgericht* (juez de instancia), luego de que la demandante ya había hecho algunas compras en el almacén del demandado, se dirigió a la sección de linóleo para comprar un tapete del mismo material, deseo que manifestó al trabajador W., quien allí atendía, y luego escogió de entre los modelos que él le enseñó, el que quería para su tapete. Cuando el trabajador quiso sacar el rollo seleccionado por la demandante, puso un poco del lado otros dos rollos que cayeron golpeando a la mujer y a su hijo que andaban allí cerca y los tiró al suelo. No hubo lugar a la venta del tapete porque la demandante, como lo afirmó, se exaltó mucho como consecuencia de la caída. (Schmidt, 2013, p.333)

Al probar la culpa del trabajador por no tomar las medidas de seguridad adecuadas, Schmidt (2013) comentaba que el Tribunal Alemán alegaba que acceder a mostrar al cliente el tapete tenía un finalidad de corte contractual y no era una simple desenvolvimiento de cortesía, dado que se había generado una relación jurídica previa entre las partes, con una connotación semejante al contractual³² lo cual conllevó a que se generara obligaciones, ya que durante la muestra de la mercadería surgió el deber, tanto para el vendedor como el comprador, de observar la diligencia adecuada para con la indemnidad física y el de los bienes de la contraparte.

Con base en los fundamentos antes anotados, el *Reichsgericht* consideró este caso de naturaleza contractual, por lo tanto:

Los individuos pasan, gracias a un evento específico que puede ser la emisión de una oferta, de una anónima convivencia, donde la posibilidad de generar daños son escasas (cuyas conductas se hayan reguladas por el deber genérico de no causar daño) a una situación donde existe un contacto estrecho entre ellos, debido por lo general a la búsqueda de la

³¹ El investigador Jan Peter Schmidt (2013) admite que la sentencia sobre los rollos de linóleo es significativa e instructiva porque ilustra una característica fundamental del derecho alemán de las obligaciones: la “debilidad” de la responsabilidad extracontractual.

³²El *Reichsgericht*, al referirse a esta etapa precontractual, define lo que se conoce como *culpa in contrahendo*, sin embargo, no utiliza tal expresión en aquella sentencia.

satisfacción de un interés, por lo que expone su esfera jurídica a la influencia ajena. (Saavedra, 2005, p. 151)

En el caso en concreto, la mujer y su hijo se encontraban observando el producto para quizás comprarlo en ese momento o en uno ulterior, por lo que no se ha llegado a concluir un contrato, pero según Haupt, el contexto propio y objetivo de este hecho amerita que se responda por responsabilidad contractual.

4.4.4. La teoría del contacto social y su evolución

Ahora, un ávido lector, ya habrá identificado la situación que en ese momento atravesaba la realidad alemana al punto de que el *Reichsgericht* entendió que su propia normativa no tipificaba tales supuestos, por lo que tuvo que recurrir a la doctrina y emplear el método de la integración a partir de la buena fe (§ 242 del BGB). Así las cosas, la teoría del contacto social se formuló por la doctrina y arribó a la misma jurisprudencia por las siguientes deficiencias:

(i) la debilidad de su sistema de responsabilidad extracontractual, (ii) la ausencia de reparación de los daños meramente patrimoniales, (iii) el defecto en la normativa sobre irregularidades en la ejecución de la prestación y (iv) la facilidad con la que los comitentes se exoneraban de responsabilidad extracontractual por los hechos de sus dependientes. (Saavedra, 2013, p. 2)

A continuación, pasaremos a explorar cada factor:

(i) La debilidad de su sistema de responsabilidad extracontractual. - El §823 (1) del BGB dice lo siguiente:

*“Section 823
Liability in damages*

(1) A person who, intentionally or negligently, unlawfully injures the life, body, health, freedom, property or another right of another person is liable to make compensation to the other party for the damage arising from this”.

*“Parágrafo 823
Responsabilidad civil por daños*

(1) La persona que dolosa o negligentemente causa un daño antijurídico a la vida, el cuerpo, la libertad, la propiedad o cualquier otro derecho de otra persona, queda obligado a resarcir a la otra parte del daño que de ello resulta”.
(Traducción libre)

Este artículo plantea una regulación de tipicidad del ilícito, es decir, una lista o enumeración de derechos o bienes jurídicos(vida, cuerpo, libertad, propiedad), lo que conllevará a que los derechos o bienes jurídicos no enunciados no obtengan una tutela aquiliana.

(ii) La ausencia de reparación de los daños meramente patrimoniales.- Significa un perjuicio económico que no incide o afecta en un derecho absoluto, supuesto que corre la misma suerte de no obtener una tutela aquiliana debido a que no está señalado expresamente en el §823 (1) del BGB.

(iii) La facilidad con la que los comitentes se exoneraban de responsabilidad extracontractual por los hechos de sus dependientes.- Este factor se encuentra vinculado con el § 831 (1) del BGB:

“Section 831

Liability for vicarious agents

(1) A person who uses another person to perform a task is liable to make compensation for the damage that the other unlawfully inflicts on a third party when carrying out the task. Liability in damages does not apply if the principal exercises reasonable care when selecting the person deployed and, to the extent that he is to procure devices or equipment or to manage the business activity, in the procurement or management, or if the damage would have occurred even if this care had been exercised”.

“Parágrafo 831

Responsabilidad vicaria.

(1) Una persona que utiliza a otra persona para realizar una tarea es responsable de resarcir el daño que la otra persona ocasiona antijurídicamente a un tercero al llevar a cabo la tarea. La responsabilidad por daños no se aplica si el principal [comitente] ejerce un cuidado razonable al seleccionar al dependiente y, en la medida en que deba adquirir dispositivos o equipos o gestionar la actividad comercial, en la adquisición o gestión, o si el daño hubiera ocurrido, incluso si este cuidado hubiera sido realizado”. (Traducción libre)

En Alemania, esta norma permitía un grado de injusticia – por decirlo así- debido a que el responsable del dependiente no respondía por los daños causados por este último siempre y cuando lo haya elegido y supervisado de manera adecuada (parámetros subjetivos); en total contraste con nuestro país, donde ambos tienen responsabilidad solidaria y hay responsabilidad objetiva, en atención al artículo 1981 del Código Civil, que reza lo siguiente:

“Artículo 1981.- Aquel que tenga a otro bajo sus órdenes responde por el daño causado por éste último, si ese daño se realizó en el ejercicio del cargo o en cumplimiento del servicio respectivo. El autor directo y el autor indirecto están sujetos a responsabilidad solidaria”.

Con todo lo ya comentado sobre la teoría de Haupt, surgieron posiciones que la refutaban y otras que la llegaron a perfeccionar, es este último el caso de Hans Dölle, quien en 1943, dio el primer paso para reformular la teoría del contacto social³³.

³³ Nuestro soporte doctrinario será el italiano al ser la fuente más cercana a la que podemos acceder para obtener información del texto original de Hans Dölle.

Secondo la teoria proposta da Dölle, la responsabilità precontrattuale sarebbe basata sul contatto sociale di un soggetto che, in vista del raggiungimento di uno scopo preciso, sottomette la sua persona e i suoi beni all'influenza di un'altra. (Bertuccelli, 2014 pp. 39-40)

Según la teoría propuesta por Dölle, la responsabilidad precontractual estaría basada sobre el contacto social de un sujeto que, en vista de realizar un objetivo específico, somete su persona y sus bienes a la influencia de otra. (Traducción libre)

Para Dölle, los deberes que emergen de este contacto social no se fundan en la celebración de un contrato, sino en una fase que pasa de una convivencia usual que tienen unos terceros -llamémoslos así-, con cierta posibilidad de poder ocasionarse perjuicios, a una fase en la que estos terceros encuentren una vinculación más estrecha entre ellos, como lo sería la fase de las negociaciones o tratativas, exponiendo ambos, sus esferas jurídicas. De esta exposición, surgen deberes de cuidados específicos tanto en la persona como en el patrimonio de ésta, debido a que el riesgo no es más uno generado de una convivencia usual, sino de un riesgo mayor.

Non si tratterebbe, peraltro, di riconoscere tutela contrattuale a tutti i terzi, ma soltanto a quelli che risentono dell'esistenza del rapporto obbligatorio con un'intensità pari a quella delle parti. Il terzo in tale contesto potrà agire direttamente in nome proprio per il risarcimento dei danni, in base ad un oggettivo contatto sociale. (Bertuccelli, 2014 pp. 39-40)

No se trataría, por otro lado, de reconocer tutela contractual a todos los terceros, sino solo a aquellos que se vean afectados por la existencia de la relación obligatoria con una intensidad igual a la de las partes. El tercero en este contexto podrá actuar directamente en su propio nombre para el resarcimiento de los daños, con base en un objetivo contacto. (Traducción libre)

Cierta doctrina italiana comenta la nueva perspectiva de la teoría de Dölle y su crítica a la tesis de Haupt:

[...]Dölle, [...] contestava la tesi (di Haupt) di un rapporto contrattuale di fatto, sostenendo invece che, per fondare obblighi di protezione anche al di fuori delle trattative, non sarebbe stato necessario postulare la sussistenza di contratti di fatto: sufficiente, infatti, sarebbe stato riconoscere che la fonte di questi obblighi è il mero sozialer Kontakt (pur con un accorgimento: tali obblighi si sarebbero modulati, quanto ad ampiezza e misura, alla luce del corrispondente Zweck, derivandone, ad esempio, l'esclusione di qualsiasi onere di diligenza nell'ambito dei semplici incontri tra amici). (Garofalo, 2018, pp.5-6)

Dölle cuestionaba la tesis (de Haupt) sobre las relaciones contractuales de hecho, sosteniendo que, por el contrario, para establecer deberes de protección, incluso fuera de las negociaciones, no habría sido necesario postular la existencia de las relaciones contractuales de hecho: suficiente,

hubiera sido reconocer que la fuente de estos deberes es simplemente el *sozialer Kontakt* [el contacto social] (añadiendo que: tales deberes serían modulados, en términos de tamaño y extensión, a la luz del correspondiente Zweck [objetivo, buscado por las partes], excluyendo, por ejemplo, cualquier deber de diligencia en el contexto de reuniones simples entre amigos). (Traducción libre)

Puesta de manifiesto la teoría del contacto de Dölle³⁴, no tardó la doctrina alemana en comenzar a estudiarla y a plantear diversos puntos de vista no siempre acorde a lo expuesto por Dölle, y ello puede verificarse a partir de uno de los muchos escritos del gran jurista Karl Larenz, quien también aportó a este movimiento doctrinario:

La tesi veniva criticata, negli anni successivi, soprattutto da Larenz, il quale osservava che un *sozialer Kontakt* così ricostruito, pur poggiando nelle ambizioni dell'autore su un principio codicistico (idoneo a colmare una lacuna legislativa), sarebbe stato in questa sua sproporzionata estensione privo di appiglio normativo e, soprattutto, avrebbe teso ad ampliarsi al punto da assorbire l'intera responsabilità aquiliana. In particolare, un 'contatto sociale' di tal fatta avrebbe potuto presentarsi sempre, tanto che non sarebbero residuati più casi di responsabilità extracontrattuale: in capo al pedone che attraversa la strada presso un incrocio, infatti, potrebbe nascere un affidamento nei confronti dell'autista della vettura cui il semaforo rosso intima di fermarsi (a fortiori veniva criticata l'esclusione, proposta da Dölle, dei meri inviti tra amici dall'area del contatto sociale: a voler restare nell'ottica di quest'ultimo studioso, affermava Larenz, questa perimetrazione era insostenibile). (Garofalo, 2018, p.6)

La tesis fue criticada en los años siguientes, sobre todo por Larenz, quien observó que el llamado contacto social así reconstruido, descansando en las ambiciones del autor sobre un principio codicístico (adecuado para llenar un vacío legislativo), habría sido en esta medida desproporcionada, sin apoyo legal y, sobre todo, habría tendido a expandirse hasta el punto de absorber toda la responsabilidad aquiliana. En particular, siempre podría haber aparecido un "contacto social", de modo que no habría más casos de responsabilidad extracontractual: de hecho, el peatón que cruza la calle en una intersección, podría ser confiado al conductor del auto que pretende detenerse en la luz roja (*a fortiori* se criticó la exclusión, propuesta por Dölle, de las meras invitaciones entre amigos del área de contacto social: querer permanecer en la óptica de este último studioso, dijo Larenz, esta delimitación es insostenible). (Traducción libre)

³⁴ Esta teoría, a todas luces pretenciosa, tuvo mayor acogida en el ámbito de la responsabilidad del médico y los casos generados cuando éste es dependiente de un establecimiento hospitalario, que tranquilamente puede ser un tema de tesis aparte, creyendo conveniente no destinar su contenido a nuestro objeto de estudio, debido a sus amplios alcances y confines.

Larenz, afirmaba que un simple contacto social, situación en la cual uno de los sujetos confía sus bienes jurídicos a la influencia y a los cuidados del otro, no es suficiente para la constitución de una responsabilidad que supere el ilícito extracontractual, **es necesario que se trate de un contacto relativo al comercio jurídico, que implique por lo menos la posibilidad de conducir a la celebración de un contrato**. Es por ello que Larenz en lugar de hablar de contacto social habla de **contacto negocial**. (Moreno, 2016, p. 198) [El resaltado es nuestro]

Esta evolución del contacto social surgió a partir de los aportes de grandes juristas como Larenz y también de otro grande como su propio discípulo Claus-Wilhelm Canaris, quien añade un componente al contacto social: no solo ahora se sustenta en una interacción entre individuos donde ambos exponen sus esferas jurídicas; tampoco sería suficiente – como sostiene Larenz- un contacto en el escenario delimitante de un comercio jurídico que conlleve a una posible conclusión de un contrato, el jurista Canaris reconoce a la confianza de los tratantes o individuos que entran en una interacción como un presupuesto para generar responsabilidad (Canaris, 1983).

La teoría de la responsabilidad por la confianza (*Vertrauenshaftung*) descansa en supuestos que no solo son mera expresión de contactos negociales de los individuos (acorde a la teoría de Larenz) sino que se expande a los sujetos que participan en el tráfico negocial (lo cual podría entenderse como un escalón menor al de ser partícipe de una posible vinculación contractual). Pongamos ejemplos sencillos: Si alguien esta ante un individuo que paga más de lo debido por un vicio de voluntad, podemos decir que se le ha afectado en su confianza, porque la persona perjudicada ha pensado que el vendedor había sido transparente. O en el caso de ruptura de tratativas, se pueden dar muestras objetivas de que uno de los tratantes merecía respaldo en la confianza de que el contrato se iba a celebrar con el otro tratante.

Entonces, al ampliarse la aplicación de esta teoría, se entra al conflicto de diferenciarse con el campo extracontractual, lo cual identificó Canaris con agudeza, agregando que la confianza generada en uno u otro a partir de su declaración expresa y un ligamen privado que debe mantenerse en el tiempo a fin de percibir el latente tránsito del nivel de interferencia a uno de relación contractual serán elementos que generen efectivamente responsabilidad por la confianza (Canaris, 1983).

Bien o mal la teoría del contacto social permitió que emerjan planteamientos críticos, a favor, en contra, e incluso optimizadores de la teoría misma, lo que sin duda nutrió a la doctrina alemana de buenas condiciones para afrontar las falencias que mostraba su legislación, e inevitablemente una reforma posterior en el libro de obligaciones del BGB.

CAPÍTULO V: EL DESARROLLO DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN EL ÁMBITO DE LAS RELACIONES OBLIGATORIAS

5.1. Las violaciones positivas del contrato

El presente capítulo pretende imbuir al lector en el específico momento en que nace la teoría de los deberes de protección. Y ¿cómo nace la teoría de los deberes de protección? A través de una anterior teoría que reside en la obra "*Die positiven Vertragsverletzungen*"³⁵ (en español sería "las violaciones positivas del contrato") del alemán Hermann Staub - abogado cuya rama se inclinaba al derecho comercial-, distribuyendo su contribución pocos años después de la entrada en vigor del BGB, para ser exactos, en el año 1903.

Es el sistema alemán de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones el que justifica la teoría de Hermann Staub, veamos por qué. El BGB regulaba en el ámbito de la disciplina general dedicada a las obligaciones solamente dos tipos de "violaciones" de las obligaciones por parte del deudor, a saber, las siguientes:

- La imposibilidad de la prestación

El antiguo § 280 del BGB (ya que como adelantamos al final del capítulo I, hubo una reforma legislativa en materia de obligaciones) rezaba lo siguiente:

³⁵ Para poder desarrollar este sub capítulo tomamos como fuente indirecta la traducción al italiano de la obra de Staub denominada "*Le violazioni positive del contratto*". Dicha traducción quedó a cargo del profesor Giovanni Varanese y fue publicada el 2001.

Si la prestación deviene imposible a causa de una circunstancia de la que debe responder el deudor, este tiene que resarcir al acreedor el daño ocasionado por el incumplimiento (*Nichterfüllung*).

En caso de imposibilidad parcial (*teilweiser Unmöglichkeit*), el acreedor puede pretender, rechazando la parte todavía posible de la prestación, el resarcimiento de los daños por el incumplimiento de todo el compromiso (*Verbindlichkeit*), si el cumplimiento parcial no tiene ningún interés para él. Las normas sobre el derecho convencional de poner término al contrato (*Rücktrittrecht*) de los §§ 346 a 356 encuentran una aplicación análoga. (León, 2003, p. 34)

Generalmente la consecuencia jurídica ante la imposibilidad de la prestación es que el deudor asuma esta responsabilidad o se le exima de ella por razones justificadas. A tenor del § 280 hay imposibilidad total e imposibilidad parcial. La primera será resarcible siempre y cuando sea imputable dicha imposibilidad al deudor. En el segundo caso se faculta al acreedor a rechazar la parte aún posible de cumplir solo en el caso de no tener interés en un cumplimiento parcial, pudiendo pedir el resarcimiento por el íntegro de la prestación. Entonces, en Alemania, como regla general se busca el cumplimiento específico, lo que el acreedor exige al deudor bajo los términos acordados, y como excepción a la regla, es la liberación del deudor de la pretensión del cumplimiento específico al devenir la prestación imposible.

El BGB también regulaba en el § 275, cuando la imposibilidad de la prestación no era imputable al deudor:

§ 275. El deudor queda liberado del deber de prestación (*Verpflichtung zur Leistung*) si ésta se vuelve imposible (*unmöglich*) por una circunstancia de la que él no tenga que responder, sobrevenida luego de surgida la relación obligatoria.

La incapacidad (*Unvermögen*) sobrevenida del deudor se equipara a la imposibilidad (*Unmöglichkeit*) producida luego del surgimiento de la relación obligatoria". (León, 2003, p. 32)

Entendiendo que el deudor podía quedar liberado de la obligación debida si es que ésta deviene imposible por causa no imputable a él, citamos el antiguo § 276, el cual tiene a la culpa como factor determinante de imputación de la responsabilidad en el incumplimiento de obligaciones.

En Alemania, la responsabilidad del deudor sigue ligada, determinantemente, a la culpa. En el antiguo § 276, 1^{er}. párrafo, del BGB -que es la única parte modificada con la reforma-, se prescribía: "A menos que se haya dispuesto algo distinto, el deudor debe responder del dolo y negligencia". (León, 2003, p.32)

- La mora

Conforme a la legislación anterior (§§ 284-292), las reglas esenciales del BGB en materia de mora establecían que **si el deudor, ante requerimiento (*Mahnung*) del acreedor -o "intimación" por parte del acreedor, conforme a la italianizada terminología del Código Civil peruano-, realizado luego del vencimiento del plazo para la ejecución de la prestación, no procedía a realizar aquélla, quedaba constituido en mora (*in Verzug*) (§ 284)**. A renglón seguido, se precisaba: (i) que el deudor no incurría en mora si la prestación no se ejecutaba oportunamente por una causa de la que él no estuviese obligado a responder (§ 285); (ii) que el deudor estaba obligado a resarcir al acreedor por el daño derivado de la mora; y, (iii) que si la prestación, luego de la mora, perdía interés para el acreedor, éste podía rechazar la ejecución de aquélla, y demandar, en cambio, el resarcimiento de los daños por incumplimiento (§ 286). **También se consideraba que el deudor, durante la mora, tenía que responder de toda negligencia, y que pesaba sobre él la responsabilidad por la imposibilidad de la prestación sobrevenida mientras persistía la mora, si no demostraba que el daño se habría producido, aunque hubiese ejecutado a tiempo la prestación (§ 287)**. (León, 2003, p.35) [El resaltado es nuestro]

Se sabe que la mora produce consecuencias jurídicas más gravosas que el propio retardo en el cumplimiento de la prestación³⁶; por la mora se entiende el retardo imputable al deudor (incumplimiento temporal), debiéndose configurar otros supuestos como lo son principalmente la exigibilidad del pago y la intimación, mientras en el retardo, el deudor no cumple con la prestación en el término pactado por las partes. Comentario pertinente es que la doctrina alemana ya se planteaba tempranamente la constitución en mora del deudor sin necesidad del requerimiento o intimación (la llamada mora *ex re* o automática) en los casos en los cuales se pacte el plazo de la prestación para un día fijo del calendario, lo cual terminó regulándose entre otros supuestos más, en el nuevo § 286, a raíz de la reforma del libro de obligaciones del BGB.

Las primeras palabras escritas en la obra de Staub exponen frontalmente los supuestos de violación de la obligación que no pueden encuadrarse ni en la imposibilidad de la prestación, ni en la mora:

Secondo il § 286 BGB il debitore deve risarcire al creditore il danno cagionato da ritardo. È dunque in mora chi non esegue una prestazione alla quale è obbligato. Si è avuto così cura di prevedere, in modo chiaro e sufficiente, tutti i casi in cui qualcuno non esegue una prestazione omettendo quel che dovrebbe fare.

Il BGB non contiene, peraltro, un'analoga disposizione per le numerose ipotesi in cui qualcuno viola un'obbligazione mediante condotta positiva, facendo qualcosa che dovrebbe omettere, oppure eseguendo la prestazione dovuta, ma in modo inesatto. (Staub, 2001, p.39) [Cita inalterada]

³⁶ ¿No generaría el simple retardo consecuencias jurídicas a la luz del principio del cumplimiento integral, exacto y oportuno de la prestación, extraído del mismo Código Civil Peruano?

Según el § 286 del BGB, el deudor debe resarcir al acreedor el daño causado por el retardo. Por lo tanto, incurre en mora quien no realiza una prestación a la cual está obligado. Se ha tenido cuidado de prever, de modo claro y suficiente, todos los casos en los cuales alguien no realiza una prestación, omitiendo lo que debería hacer.

Sin embargo, el BGB no contiene una disposición similar para los numerosos casos en los cuales alguien viola una obligación mediante una conducta positiva, al hacer algo que debería omitir, o realizando la prestación debida, pero en modo inexacto. (Traducción libre)

A renglón seguido expone sencillos ejemplos que grafican su postura, como el caso de un comerciante que suministra a otros una sustancia luminiscente producida por él, que contiene elementos explosivos, sin dar aviso de ello al comprador, lo que ocasiona que en la tienda del comprador la sustancia luminosa cause grandes daños. El caso también de un agente que por negligencia elabora informes inexactos sobre la solvencia de uno de sus clientes. En estos casos, queda claro que la parte que viola los propios deberes, tiene la obligación de resarcir a la otra el daño derivado de tal obligación (Staub, 2001).

Staub se plantea la siguiente inquietud: ¿Bajo qué disposición legislativa se basa el principio jurídico de resarcir tales daños? No estamos hablando de mora ni de imposibilidad porque se ha realizado la obligación exigida, pero de manera defectuosa. Así las cosas, llega a la siguiente conclusión:

“Ad ogni modo, la violazione dell’obbligo non consiste in un’ommissione bensì in un’azione positiva. Tale fattispecie non è esplicitamente prevista nel § 286 BGB” (Staub, 2001, p. 40).

En cualquier caso, la violación de la obligación no consiste en una omisión, sino en una acción positiva. Tal supuesto de hecho no es explícitamente previsto en el § 286 BGB. (Traducción libre)

Ante este vacío, Staub considera que el fundamento jurídico del deber de resarcir reside en un principio jurídico general existente en el BGB de manera implícita, por lo que la consecuencia jurídica de la violación positiva es el deber de resarcir el daño, a menos que esta consecuencia jurídica sea excluida por la propia ley.

A continuación, Staub profundiza su teoría planteando situaciones acaecidas en la vida práctica y durante su ejercicio profesional con el objetivo de proyectar un remedio que no sea sólo el de resarcir al afectado con la violación positiva del contrato.

Ello, lo grafica de esta manera: Un tabernero contrata con un proveedor para que este le suministre continuamente cervezas. A pesar de las reiteradas quejas, el tabernero recibe cerveza en mal estado por todo un mes; ¿él estará destinado siempre a reclamar por la calidad de la cerveza cada vez que se la entreguen, y en el mejor de los casos a reclamar daños y perjuicios por cada entrega defectuosa debido a la culpa del proveedor, mientras su negocio sigue empeorando? El citado autor cree conveniente que se le pueda otorgar al acreedor perjudicado, a su elección, el derecho a resolver el contrato o a la

compensación por el incumplimiento de todo el contrato, de conformidad con el § 326, ya habiendo pronunciamiento por el Tribunal alemán en ese sentido (Staub, 2001).

El § 326 del BGB –tengámoslo claro- no habla sobre lesiones positivas del contrato y sus respectivos remedios, pues como inicialmente deja sentado Staub, los supuestos que conciernen a dichas incidencias no tienen respaldo legislativo. Dicho párrafo se refiere a la mora y sus consecuencias.

Si a causa de la mora, la parte cumplida pierde el interés en la ejecución de la prestación, esta puede exigir el resarcimiento del daño causado, o como opción, desligarse del contrato. Asimismo, la parte cumplida puede fijar a la parte que incurrió en mora un plazo para que ejecute la prestación ya tardía, el cual, nuevamente vencido, la parte cumplida seguirá con la potestad de elegir entre resarcimiento del daño y la resolución del contrato.

Come il legislatore non si è limitato ad imporre al debitore in mora l'obbligo di risarcimento del danno per ogni singola omissione ma, nel caso di contratti bilaterale, ha accordato al soggetto legittimato dei diritti (risarcimento del danno per inadempimento dell'intero contratto e recesso) che vanno ben oltre (§ 326 BGB), così, anche qui, il solo obbligo risarcitorio non basta alle esigenze del traffico per ogni singolo caso di violazione. La sola imposizione dell'obbligo risarcitorio risponde così poco al senso di giustizia, che si è propensi, senz'altro, a concedere anche i diritti ulteriori di recesso o di risarcimento del danno per inadempimento dell'intero contratto, senza chiarire il fondamento giuridico di questa concessione. (Staub, 2001, p. 51)

Como el legislador no se ha limitado a imponer al deudor en mora, la obligación de resarcir el daño por cada omisión, sino que, en el caso de contratos bilaterales, ha concedido al sujeto legítimado derechos (resarcimiento del daño por incumplimiento del íntegro contrato y resolución) que van más allá (§ 326 BGB), por lo que, incluso aquí, el solo resarcimiento no satisface las exigencias de cada caso, en particular sobre violaciones [positivas del contrato]. La mera imposición del resarcimiento no corresponde al sentido de justicia, que sin duda estaría destinado a conceder también derechos adicionales de resolución o de resarcimiento del daño por incumplimiento íntegro del contrato, sin aclarar la base jurídica de esta concesión. (Traducción libre)

En mérito a lo expuesto, Staub considera que la institución de la analogía es la llamada a justificar la aplicación facultativa de elegir entre la resolución del contrato y el resarcimiento del daño por incumplimiento de la obligación para los casos que encuadran en las lesiones positivas del contrato, agregando que dicha facultad no será concedida para cualquier tipo de violación positiva, solamente para aquellas que lesionen importantes obligaciones contractuales y perjudiquen el objetivo de la relación contractual:

Qui ricorreremo all'analogia del § 326 BGB. Come nella norma viene riconosciuto un diritto di scelta tra recesso e risarcimento del danno per

inadempimento del contratto quando l'obbligato omette colposamente ciò che deve fare, così si è certamente legittimati ad accordare, in via analógica, un tale diritto di scelta, allorché un obbligo contrattuale venga violato mediante un fare positivo. Il concetto giuridico è idéntico e anche gli interessi del traffico richiedono la stessa disciplina, come esposto sopra approfonditamente. Certo, questo diritto, non verrà concesso per ogni violazione positiva di un diritto, ma solamente per le violazioni di doveri con le quali vengono lesi importanti obblighi contrattuali. Chi compie atti positivi di inadempimento, che compromettano il raggiungimento dello scopo del contratto, deve sopportare che le conseguenze giuridiche di questa violazione dell'obbligo vengano valutate come quelle violazioni di chi, con la propria condotta negativa, pregiudica il raggiungimento dello scopo contrattuale attraverso il ritardo colpevole della prestazione dovuta.[...] (Staub, 2001, pp. 55-56)

Aquí recurriremos a la analogía del § 326 BGB. En esta norma viene reconocido el derecho potestativo de elegir entre la resolución y resarcimiento del daño por incumplimiento del contrato cuando el obligado omite por culpa lo que debe hacer, por lo que se esta ciertamente legitimado a conceder, por analogía, tal derecho potestativo, cuando una obligación contractual venga violado mediante un "hacer" positivo. El concepto jurídico es idéntico y también los intereses del tráfico jurídico requieren la misma disciplina, como se expuso *supra* a profundidad. En efecto, este derecho no será concedido para cada violación positiva de un derecho, sino únicamente para las violaciones de deberes en las cuales sean lesionadas importantes obligaciones contractuales. Quien realice actos positivos de incumplimiento, que comprometan la realización del objeto del contrato, debe soportar que las consecuencias jurídicas de dichas violaciones de la obligación sean valoradas como aquellas violaciones que, con su propia conducta culposa, perjudica el logro del propósito contractual, a través del retraso imputable de la prestación debida. (Traducción libre)

La idea de aplicar por analogía el § 326 BGB es porque en este párrafo existe una regla que permite, después de incurrir en mora, sea fijado por la parte cumplidora un término para que pueda cumplir aún el moroso con la prestación. Se entendería que la propia naturaleza de lesión positiva del contrato no lo permitiría, porque la violación contractual positiva es sobreviniente de manera improvisada, mientras en los casos de mora (haber omitido una prestación debida) puede ser establecido una fecha tope. Sin embargo, Staub considera que esta deducción no es del todo correcta.

Eventualmente- dicho autor- considera que una violación contractual positiva que sea relevante y comprometa el objetivo del propósito contractual puede, tranquilamente, permitir el ejercicio de derechos que con concedidos en los casos de mora, *ergo*, se puede en aquellos casos requerir o advertir al deudor que omita en el futuro, violaciones contractuales de este genero (Staub, 2001). Según lo argumentado, Staub continúa desarrollando el ejemplo del tabernero y el proveedor de cervezas:

Quell'oste al quale la fabbrica continua a vendere birra scadente, può recedere dal contratto oppure scegliere il risarcimento del danno per inadempimento del contratto, cioè può rifiutare l'accettazione delle consegne di birra e richiedere il risarcimento del danno subito. Se dunque, ad esempio, egli stipula con un'altra fabbrica un contratto di fornitura di birra a condizioni più sfavorevoli, oppure è costretto a chiudere il locale per un certo periodo, tutto ciò gli deve essere risarcito, nell'ipotesi in cui abbia scelto il risarcimento del danno per inadempimento.

Anche nel caso di contratto a consegne successive, se il nostro principio viene accettato, si soddisfa un'urgente necessità del traffico. Il commerciante che ordina della merce a consegne periodiche e riceve le prime partite in versione difettosa, certamente rimane poco soddisfatto se l'avvocato gli spiega che egli non ha, nell'ipotesi, il diritto di recedere dal contratto; egli piuttosto dovrebbe attendere le altre forniture e potrebbe solo esaminare ogni singola partita, contestarla e metterla a disposizione; tutt'al più, **se viene accettato il principio- da noi ricavato sopra- del risarcimento del danno per violazione contrattuale colpevole, potrebbe chiedere il risarcimento dei danni per inesatto adempimento di ogni singola consegna.** Certamente – prosegue l'avvocato- se il fornitore è in mora per una singola partita di merce, allora la cosa è diversa. La mora per una parte della fornitura legittima il recesso del resto del contratto. Ma, nel caso di fornitura difettosa, questo non vale. Qui, al contrario, il § 469 BGB stabilisce che la fornitura parzialmente difettosa autorizza l'azione redibitoria soltanto per quella parte di merce che è viziata. Il commerciante scuote la testa. Egli, da parte sua, deve fornire la merce ad altri. Tuttavia non può fornirla ai propri clienti, perché riconosce che la merce è difettosa; in conseguenza di ciò non può concludere ulteriori contratti. È in mora, nella misura in cui abbia già fatto delle altre stipulazioni e deve sopportare che si receda nei suoi confronti o che gli si richieda il risarcimento del danno per inadempimento, mentre non ha un tale diritto verso il suo fornitore, perché questi esegue la prestazione, benché in maniera difettosa.

Egli non può neanche compiere ulteriori stipulazioni sulla base delle partite che ancora mancano, in quanto si aspetta che anche le future consegne saranno della stessa qualità scadente, e così, a sua volta, potrebbe cadere in mora. **Se però si accetta il nostro principio, sussiste nella fattispecie una violazione contrattuale colpevole che, oltre alle azioni edilizie, dà il diritto al risarcimento del singolo danno e, inoltre, in analogia al § 326 BGB, anche il diritto al risarcimento del danno per inadempimento dell'intero contratto o il diritto di recesso.** (Staub, 2001, pp. 57-58) [El resaltado es nuestro]

El tabernero que sigue recibiendo por parte del proveedor cervezas cervezas en mal estado, puede resolver el contrato o pedir el resarcimiento, es decir, puede rechazar la entrega de cervezas y solicitar la compensación por los daños sufrido. Por tanto, si por ejemplo, él estipula un contrato de suministro de cervezas con otra fabrica en condiciones más desfavorables, o si se le obliga a cerrar la taberna por

un periodo de tiempo, todo ello le debe ser resarcido, en la hipótesis donde haya elegido el resarcimiento del daño por incumplimiento.

Incluso en el caso de un contrato de prestaciones periódicas, si nuestro principio viene aceptado, se satisface una necesidad urgente del tráfico. El comerciante que ordena entregas de forma continua y recibe el primer lote de manera defectuosa, ciertamente queda poco satisfecho si su abogado le explica que él no está en la hipótesis sugerida para resolver el contrato, él lamentablemente debe esperar la otra entrega de lotes y examinar cada entrega, advertir el defecto y ponerla a disposición. **Contrariu sensu, si se acepta el principio señalado anteriormente del resarcimiento del daño por violación contractual culpable, podría reclamar el daño por inexacto cumplimiento de cada entrega individual.** Ciertamente – prosigue el abogado – si el proveedor que se encuentra en mora por una sola entrega individual, la cosa es distinta. La mora por el hecho de una sola entrega individual legitima la resolución del resto del contrato. Pero, en el caso de entrega defectuosa, esto no vale. Aquí, por el contrario, el § 469 BGB establece que la entrega parcialmente defectuosa autoriza la acción redhibitoria solo para aquella parte de los bienes que tiene defectos. El comerciante escucha sacudiendo la cabeza. Él, por su parte, debe suministrar los bienes a otros. Todavía no puede proporcionar los bienes a sus clientes porque reconoce que los bienes están defectuosos, como consecuencia de ello, no puede celebrar nuevos contratos. Se encontrará en mora, en la medida en que ya haya celebrado otros contratos y por tanto deba soportar que se resuelva el contrato contra él o que se le reclame por daños y perjuicios por incumplimiento, mientras no tiene tal derecho hacia su proveedor porque aquel realiza la prestación, aunque de manera defectuosa.

Ni siquiera puede celebrar más contratos sobre la base de las entregas faltantes, además, espera que las entregas restantes también sean de la misma calidad deficiente, y así, a su vez puede incurrir en mora. **Sin embargo, si se acepta nuestro principio, subsiste en el supuesto de hecho una violación contractual imputable, que además de las acciones por vicios ocultos [azioni edilizie³⁷], otorga el derecho al resarcimiento por el daño individualizado, y por analogía del al § 326 BGB, también el derecho al resarcimiento por incumplimiento de todo el contrato o el derecho a resolver el contrato.** (Traducción libre)

En resumen, en esta hipótesis de violación contractual positiva, el contratante tiene un triple derecho de elección, tal como en el caso de la mora: i) puede continuar respetando el contrato y exigir el resarcimiento del daño por cada violación contractual, ii) puede pedir el resarcimiento por incumplimiento del

³⁷ Término que proviene del derecho romano, usado en la lingüística italiana para referirse a las normas – contempladas en el *Codice Civile italiano*- que tutelan al comprador en los casos en que los bienes adquiridos presentan vicios o defectos. Con base en aquellas normas, el vendedor está sujeto a la garantía por evicción, esto es responde por los vicios del bien vendido, de tal manera que sea inadecuado para su uso o para disminuir su valor de manera notable. Los remedios que otorgan las *azioni edilizie* son la *azione redibitoria*, la cual es una forma de resolución con la restitución del precio y la *azione estimatoria*, con la cual el comprador reclama la reducción del precio en relación a la menor utilidad que ofrece el bien.

contrato con el rechazo a aceptar cualquier otra prestación contractual posterior, o iii) resolver el contrato.

Se le ha reconocido a la construcción teórica de Staub la valía de comprender a la violación de un deber como un motivo para que se configure la responsabilidad contractual ante la evidente ausencia legislativa del BGB para las denominadas violaciones positivas del contrato.

El último supuesto que deja testimonio de quién fue el verdadero precursor de la teoría de los deberes de protección – aunque muchos atribuyan ese galardón a Heinrich Stoll- lo desarrolla Staub, en armonía con los postulados ya aludidos precedentemente:

[...] in caso di colpevole adempimento inesatto di un contratto di compravendita esiste, oltre alle azioni edilizie, un generale diritto al risarcimento del danno. Le azioni edilizie concernono solamente i casi in cui il venditore, con o senza colpa, consegna cose viziate, ovvero mediante la promessa di una qualità, abbia assunto la garanzia della sua esistenza o, infine, sia incorso in dolo, con la reticenza dolosa di un vizio (§ 459, 463 BGB). In questa materia non sono prese in considerazione le numerose ipotesi in cui, tramite l'adempimento viziato, sorga un danno per l'acquirente, senza che ricorra il caso di promessa di una determinata qualità o di reticenza dolosa di un vizio. Ad esempio, il venditore consegna al compratore articoli di pellicceria attaccati dalle tarme, pelletteria umida, catrame impregnato d'acqua, vino inacidito, tutta merce cui mancano le qualità che, normalmente, sono presupposte. Tuttavia, non è promessa nessuna qualità determinata e nemmeno il difetto è stato taciuto dolosamente. Se quindi il diritto al risarcimento non venisse ammesso in questi casi, il compratore avrebbe certamente il diritto di risolvere la compravendita, o di ridurre il prezzo d'acquisto, oppure di pretendere altra merce. **Ma, nella maggior parte delle ipotesi, tutti questi rimedi non sono sufficienti a soddisfare le esigenze di giustizia, specialmente non bastano in quei casi in cui sia già derivato un danno all'acquirente a seguito della fornitura difettosa. Forse, in conseguenza della fornitura viziata, il compratore non ha potuto adempiere a sua volta il proprio obbligo di consegna, divenendo soggetto al risarcimento del danno nei confronti del suo acquirente. Oppure la merce che è stata consegnata già viziata rovina quella già in suo possesso e perciò provoca un danno. Oppure, a causa del vizio, la merce è stata sequestrata dalla polizia e all'acquirente sono derivate spese per multe e costi.** Soltanto l'applicazione di quel principio generale può soddisfare le esigenze di giustizia. (Staub, 2001, pp. 48-49)
[El resaltado es nuestro]

[...] en el caso de un cumplimiento inexacto imputable de un contrato de compraventa existe, además de las acciones propias de este, un derecho general a la indemnización por daños y perjuicios. Las acciones por vicios ocultos se refieren solo a los casos en que el vendedor, con o sin culpa, entrega bienes imperfectos, o a través de la promesa de una calidad, ha asumido la garantía de su existencia o, finalmente, incurrido en dolo, con

la reticencia maliciosa de un vicio (§ 459, 463 BGB). En esta materia, no son tomadas en consideración las numerosas hipótesis en las cuales a través del desempeño del cumplimiento con vicio, surja un daño al adquirente, sin que se produzca la promesa de una cierta calidad o la renuencia dolosa del vicio. Por ejemplo, el vendedor entrega al comprador artículos para la piel atacados por las polillas, cuero húmedo, alquitrán impregnado con agua, vino agrio, todos los bienes que carecen de calidad normalmente presumida. Sin embargo, no es prometida ninguna calidad determinada ni mucho menos el defecto ha sido ocultado dolosamente. Entonces, si el derecho al resarcimiento no se admitiera en estos casos, el comprador tendría el derecho a resolver la compraventa o de reducir el precio con el que se adquirió el bien, o en su defecto, pretender otros bienes. **Pero, en la mayoría de los casos, estos remedios no son suficientes para satisfacer la exigencia de justicia, especialmente no basta en los casos en que ya se ha derivado el daño al comprador luego del suministro defectuoso. Quizás, como resultado del suministro defectuoso, el comprador no ha podido cumplir a su vez con la obligación de entrega, quedando sujeto al resarcimiento por los daños a su adquirente. O los bienes entregados con vicios y en posesión del adquirente provoca daños. O, debido a los vicios que tiene el bien, han sido incautados por la policía y el comprador ha tenido que incurrir en gastos por multas y costos.** Solo la aplicación de aquel principio general puede satisfacer la exigencia de justicia. [Traducción libre]

Para Staub, el deudor no solamente se encuentra constreñido a cumplir con la prestación principal convenida en el contrato o establecida por ley, sino a una serie de obligaciones integrativas, cuya violación responde a la intervención de la aplicación de los postulados de las violaciones positivas del contrato.

A pesar de las críticas que nunca faltan, la teoría de Staub fue recibida por la jurisprudencia alemana utilizando la fórmula de la analogía del § 326 BGB, el remedio de la resolución del contrato (Staub, 2001). Así las cosas, y por lo expuesto en este sub capítulo, el cimiento de la teoría de los deberes de protección, se puede encontrar en la obra de Hermann Staub.

5.2. El neologismo “relación obligatoria” como obligación compleja

Luego de graficar el panorama en el que la doctrina y jurisprudencia alemana han combatido contra la deficiencia legislativa del BGB, amén del profuso trabajo científico y dogmático que los estudiosos del derecho han elaborado, los países que han seguido el legado alemán y la misma Alemania creyeron indispensable ante el surgimiento de deberes que van más allá de la prestación principal, variar el sentido “denotativo” de la obligación.

No es de extrañar que países como Francia e Italia hayan quedado admirados ante la labor dogmática de los pandectistas, pues son ellos los que han construido los conceptos generales extraídos de las instituciones jurídicas, para ser fuente de estudio.

(...) en el Derecho romano, se conocían el contrato, la donación y el testamento; el pandectista encuentra en todas esas figuras el elemento de la declaración de la voluntad privada dirigida a producir efectos jurídicos; el resultado era la construcción del negocio jurídico. (León, 2003, p. 26)

Además del negocio jurídico, y como podemos corroborar de la revisión de las teorías concebidas en territorio germano, un tema predilecto también era la obligación. El grado de abstracción al desarrollar la institución de las obligaciones “cobran una singularidad y complejidad tal que se apartan de cuanto habían escrito al respecto los juristas franceses Jean Domat y Robert-Joseph Pothier, quienes sistematizaron en los siglos XVII y XVIII respectivamente, el derecho romano” (León, 2007, p. 25). Es decir, “el derecho de obligaciones que se hereda en Francia, y que pasa, tal cual, inmodificado, a Latinoamérica y a España, no es el derecho de obligaciones alemán” (León, 2007, p. 25).

Haciendo un paréntesis, se tiene que acotar que este fenómeno ha incidido sobre las bases de estudio que tenemos en las aulas universitarias o en la formación de la carrera de Derecho, al menos aquí en Perú. Resultaría descabellado negar que el esquema del libro de las obligaciones de nuestro Código Civil de 1984 sigue el modelo francés. Esto es malo? Claro que no. Lo preocupante es que nuestros manuales de enseñanza de las obligaciones vienen de textos traducidos al español de Karl Larenz, o de Von Thur, esto es, estudiamos “el derecho de obligaciones a la alemana”; tanto más si –como acepta Leysser- muchas veces se recurre al famoso manual español de Luis Díez Picaso y Ponce de León (el libro “Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial” que consta de seis tomos, donde el tomo dos es enteramente dedicado a las relaciones obligatorias o su otrora obra “Sistema de Derecho Civil”)- autor imbuido de la producción de Larenz y por tanto de doctrina alemana- para introducirnos al campo tan abstracto como es el derecho de las obligaciones.

Queda como saldo pendiente y en –términos generales desde nuestra humilde opinión - cohesionar i) el estudio casi exegético del libro de obligaciones de nuestro Código Civil (la obra “Tratado de las obligaciones” de los doctores Felipe Osterling y Castillo Freyre nutrida de bibliografía francesa), ii) la literatura italiana que ha servido de conducto a los estudios sobre del derecho de obligaciones a la alemana, y iii) la necesaria y laboriosa remisión a fuentes directas de la matriz moderna de la institución de la obligación. Y veremos ahora porque este último elemento mencionado es requisito *sine qua non* para una correcta comprensión de la institución *sub examine*.

Ateniéndonos a lo afirmado, el punto de conexión de la nueva visión que se tiene de la “obligación” [como obligación compleja] aunado a la teoría de los deberes de protección enriquece la óptica de nuestra tesis.

Doctrina autorizada italiana, orientada a lo expuesto, refiere que actualmente, la obligación ya no tiene una estructura lineal, en cuyos polos se sitúan la deuda

del lado pasivo y el crédito por el lado activo, sino que ahora la obligación constituye una estructura compleja, mediante el cual, el núcleo constituido por el deber de prestación accede a una serie de obligaciones colaterales accesorias, cuya función total es la de dirigir la relación obligatoria hacia aquel resultado íntegramente útil que se busca. En ese sentido, se indica que **la relación obligatoria posee una indudable naturaleza orgánica**. Es decir, contiene derechos, deberes, facultades, cargas, poderes, deberes secundarios, etc., los mismos que aparecen orgánicamente agrupados en torno a la relación (Bigliuzzi, Breccia, Busnelli y Natoli, 1992). [El resaltado es nuestro]

Esta organicidad de la que hablan los autores italianos no es una nomenclatura antojadiza. Esta expresión engloba lo que sustancialmente vendría a ser una “obligación” o mejor dicho una verdadera relación obligatoria. Pero vayamos por partes.

A nivel social y económico, en la modernidad las relaciones contractuales dentro de la actividad privada se adecúan acorde a las necesidades globales que destacan en las diversas transacciones económicas o intercambio de bienes y servicios previstos en cada mercado. El consumo masivo y por ende la llegada de los contratos de adhesión provocaron cambios tecnológicos y estimularon la dinamicidad en la vida económica. Tal como expresaba Díez-Picazo (2008) el tránsito de la economía agraria a la industrial afectó la teoría general de las obligaciones pensada sobre esquemas de economía agraria (obligaciones meramente pecuniarias) y de pequeños comerciantes.

Entonces, estas nuevas manifestaciones negociales ameritan de un nuevo tratamiento jurídico porque se producen nuevos esquemas legales, donde el objetivo trazado no se satisfará en una única prestación, exposiciones fácticas entre proveedor y consumidor donde deben identificarse principios y directrices que regulen un nuevo modelo de las obligaciones.

En ese contexto, cuando nos referimos a una obligación “compleja”, queda pululando la idea de su antonimia lo cual sería lo “simple”. En efecto, según João de Matos Antunez:

Se califica como (...) [obligación] simple, cuando comprende el derecho subjetivo atribuido a una persona y el deber jurídico o estado de sujeción correspondiente que recae sobre otra. Se califica como compleja (...), en cambio, cuando abarca el conjunto de derechos y deberes o estados de sujeción nacidos de un mismo hecho jurídico. (León, 2007, p.143)

Las siguientes pautas nos permitirán advertir un hecho notable. Si un estudiante X le presta un libro a su compañero Y, solo por algunos días, el derecho subjetivo de X es el de exigir que se devuelva el libro, por otro lado, el deber jurídico de Y será el de restituir dicho libro. El mencionado autor considera esto una obligación simple.

Para João, el contrato de compraventa, es una obligación compleja, porque básicamente aquí ya existen dos deberes jurídicos y dos derechos subjetivos (intentando atribuirle la variable “cantidad” a estas situaciones jurídicas

subjetivas) ya que por un lado tenemos el derecho subjetivo del comprador de exigir la entrega del bien y el deber jurídico de pagar el precio acordado; mientras por el otro, el derecho subjetivo del vendedor de exigir el pago del precio y el deber jurídico de entregar el bien. Esta relación jurídica patrimonial se enriquece, cuando se añaden en este tipo de contrato obligaciones como entrega de ciertos documentos, resarcimiento ante la mora del vendedor o comprador, gastos notariales y registrales, etc.

João dándole forma a la distinción entre obligación simple y compleja y refiriéndose a la nueva concepción de la obligación, compone los siguientes párrafos:

La distinción entre la relación obligatoria compleja y las obligaciones únicas y simples que se pueden aislar, artificialmente o abstractamente, dentro de las primeras se hace evidente, sobre todo, en las relaciones obligatorias duraderas, como el contrato de arrendamiento, de suministro (por ejemplo, de agua, de gas, de luz o de otros productos) o de mutuo oneroso, los cuales, al desenvolverse en el tiempo, van dando lugar a una creación sucesiva de nuevas obligaciones. Las dos o más obligaciones que se crean entre las partes en el momento del perfeccionamiento del contrato aumentan, en los casos mencionados, a medida que la relación contractual se desenvuelve en el tiempo. **Una idea profundamente arraigada en la bibliografía moderna sobre las obligaciones, es aquella de que la obligación en su acepción más amplia, comprende todos los poderes y deberes (variables, de momento a momento) que se van constituyendo en el camino de la relación. Dicha idea llevó[sic] Larenz, inspirado en el pensamiento de Hartmann, a enunciar la concepción de la obligación como una estructura (*ein Gefüge*) o proceso. La obligación entonces, no sólo sería compleja (es decir, compuesta por varios actos, enlazados lógicamente entre sí), sino esencialmente mutable en el tiempo y orientada hacia un determinado fin.** (León, 2007, p.144) [El resaltado es nuestro]

Antes de ir a los postulados de Larenz, queremos proponer una atinencia. En atención a la conveniente y acertada opinión de Díez-Picazo sobre el entorno económico social que vivimos en estos tiempos y los cambios en los agentes económicos y su vinculación negocial, consideramos que el desarrollo inevitable de una evolución de la teoría de las obligaciones no solo parte de las necesidades que el mismo tráfico económico ha dado paso, sino de divisar que las obligaciones más comunes que yacían desde tiempos remotos, han tenido matices que la doctrina poco a poco ha ido reconociendo, como es el de distinguir una obligación simple de una compleja.

Desde nuestro punto de vista, los parámetros de identificación de los derechos subjetivos y deberes jurídicos que se producen a partir de una obligación está en los acuerdos que se programan las partes. Destila de este apunte, observar que en la obligación tratada como simple, como sería el de prestar un libro, podría añadirse al acuerdo del préstamo, el deber del prestatario de devolver el libro no solo en la fecha pactada, sino en buenas condiciones, esto es, sin ninguna hoja rota, doblada, o sin algún tipo de deterioro en el empastado.

Una doctrina brasileña, expone los postulados antes referidos de Larenz³⁸ :

Segundo o autor, o vínculo obrigacional deve ser entendido, a princípio, como uma **estrutura complexa** (*Gefüge*), dotada de elementos individualizados com cargas valorativas singulares. Referida estrutura (a relação obrigacional) não representaria tão somente uma soma desses elementos, como se dissociados fossem, apesar de singulares; pelo contrário, evidenciaria feixes indistintamente ligados e voltados à satisfação da *finalidade* do vínculo, único consectário exigido em razão desse seu conceito global.

Segundo Larenz, isso torna o vínculo passível de ser compreendido como uma *totalidade*, dotada de singular dinamismo. Seria uma **estrutura orgânica**, um *todo* compreendido pela composição desses elementos unidos especificamente em prol do objetivo final de atendimento à finalidade da obrigação. Um todo, porém, dotado de sentido próprio, não resumível aos elementos, posições jurídicas e deveres que o integram, ainda que composto por eles. Daí a dinamicidade do vínculo como totalidade. (Brasil Jr. y Cunha, 2018, p. 8)

Según el autor, el vínculo obligatorio debe ser entendido, en principio, como una **estructura compleja** (*Gefüge*), dotada de elementos individualizados con cargas valorativas singulares. La referida estructura (la relación obligatoria) no representaría tan sólo una suma de esos elementos, como si disociados fueran, a pesar de ser singulares; por el contrario, evidenciaría elementos indistintamente ligados y orientados a la satisfacción de la finalidad del vínculo, única ligazón exigida en razón de su concepto global.

Según Larenz, eso hace que el vínculo sea comprendido como una totalidad, dotada de singular dinamismo. Sería una **estructura orgánica**, un todo comprendido por la composición de esos elementos unidos específicamente en pro del objetivo final en atención a la finalidad de la obligación. Un todo, pero, dotado de sentido propio, no resumible [o limitado] a los elementos, posiciones jurídicas y deberes que lo integran, así este compuesto por ellos. De ahí la dinamicidad del vínculo como totalidad. (Traducción libre) [El resaltado es nuestro]

Esta nueva forma de ver a la “obligación” ha impulsado a sugerir diversos vocablos para indicar su unidad global. Larenz la entiende como una estructura orgánica. Autores como Sieber y Heinrich Stoll la consideran un organismo [*organismus*], Oertmann la llama relación obligatoria en sentido amplio, Herholz como relación marco. (Castronovo, 2012). Todas ellas tratan de explicar que en la llamada “obligación”, existe un conjunto de derechos, deberes, cargas, facultades que concurren con la prestación principal.

³⁸ Recurren al libro de Karl Larenz denominado “*Lehrbuch des schuldrechts Band I: allgemeiner teil*”.

“Havendo, assim, no cerne do vínculo obrigacional diversos elementos que, juntamente com o originário dever de prestar volvem-se ao atendimento da finalidade da obrigação, o mero cumprimento do débito não mais corresponde ao conceito total de adimplemento” (Brasil Jr. y Cunha, 2018, p. 9).

Por lo tanto, en el núcleo del vínculo obligatorio diversos elementos que, junto con el originario deber de prestar se vuelven a la atención de la finalidad de la obligación, el mero cumplimiento del débito ya no corresponde al concepto total de la debida prestación. (Traducción libre)

Por consiguiente, el mero cumplimiento enfocado en la prestación debida no necesariamente va a satisfacer el interés que tiene el acreedor, así como las condiciones en las que se sostiene la relación obligacional tienen que ser las adecuadas para que el deudor pueda lograr adecuadamente el cumplimiento de la prestación debida. La polaridad que se materializaba en una “obligación” (término clásico) en atención al crédito y la deuda, no será más la exigencia única dentro de lo que ahora se quiere de una “relación obligatoria” (término moderno).

Siguiendo con la explicación de la complejidad que comprende una “obligación”, quedan cosas por detallar y precisar. Las metáforas usadas para definirla en la actualidad, tales como: estructura orgánica; organismo; proceso; relación marco, relación obligatoria en sentido amplio; además de significar una correlación, coexistencia de situaciones jurídicas subjetivas, también denotan una relación dinámica, poseedora de vida durante la relación obligacional, es decir, pueden surgir durante el período de vida de lo que se comprende por obligación, otras obligaciones, facultades, derechos subjetivos, de acuerdo al tipo de prestación que se acuerda y a los intereses de las partes vinculadas. Así como pueden aparecer unas nuevas situaciones jurídicas subjetivas, también pueden irse extinguiendo otras, pero quedarán perennes las principales, esenciales, que permitirán el cumplimiento de la prestación debida. Como bien decía un autor alemán, en el campo de las multiplicidades de prestaciones u obligaciones(en sentido estricto) la designación de ello como organismo, es la continua variación del estado de la relación obligacional en el curso del tiempo, por lo que la imagen del *organismus* es aquella de un ser que nace, crece, envejece y muere (Medicus, 1995).

En ese orden de ideas, es atendible preguntarnos lo siguiente: ¿Dentro de una obligación compleja, no necesariamente toda obligación que se desprenda del vínculo obligatorio será principal (como la prestación principal)? La respuesta a simple vista la encontraríamos en algunos contratos que yacen en nuestro código civil: arrendamiento, locación de servicios, comodato, mutuo, depósito, etc. Pero, es la doctrina la que clasifica y esclarece que existen además de deberes principales, deberes secundarios, y dentro de estos, los deberes autónomos³⁹ que coexisten con los primarios y secundarios.

³⁹ La doctrina no es pacífica en afirmar sin ambages que el carácter autónomo de ciertos deberes que convergen con el deber principal en una relación obligatoria, no se extrae de los deberes secundarios. Es esta también una de las tantas críticas que recibe la teoría de los deberes de protección y por la cual se le pretende dar la categoría de secundaria y por ende, parte de la prestación principal misma. Nosotros somos de la opinión, y tal como se verá en las siguientes líneas dedicadas al capítulo sobre dicha teoría, que no obstante la doctrina profese que los

El ávido lector habrá podido deducir que diferenciar prestaciones en principal (o principales), secundarias y autónomas tiene una razón de ser cuando se empieza a crear categorías que llenan vacíos que se dan fácticamente en las relaciones interpersonales. Y decimos esto, porque a raíz de lo estudiado en el capítulo IV, comenzando con la culpa *in contrahendo*, siguiendo con la teoría del contacto social y posteriormente con las fases de las tratativas, podemos apreciar que pueden generarse deberes a pesar que no se haya materializado una prestación principal o ésta nunca haya llegado a existir. Por tanto, aún sin citar a algún preclaro autor experto en derecho de las obligaciones, podemos inferir que en tanto hayan deberes que emerjan de una relación de negociación, de contacto con contenido económico, en razón de una confianza razonable, sin siquiera identificar aún una prestación principal, puede decirse una verdad de perogrullo: se tienen y deben clasificar en esta nueva concepción de obligación compleja, los deberes principales, secundarios y en defensa de nuestra tesis los deberes autónomos, los cuales vendrían a ser los deberes de protección.

Entonces es a partir de ahora que usaremos el término de “relación obligatoria”, para apuntalar a lo que modernamente se entiende por obligación como relación compleja y porque dicho término grafica de una mejor manera lo que es ahora, una relación vital y dinámica donde ambos polos acreedor-deudor adquieren diversas situaciones jurídicas subjetivas, por lo que ya no solo es una bipolaridad crédito/deuda, donde el acreedor es el protagonista y el deudor el antagonista.

Es así que el estudio sobre la obligación como relación compleja y el término “relación obligatoria en sentido amplio” ya usado en la doctrina alemana, ha llevado a que en la reforma del derecho de obligaciones del BGB -entrado en vigor el 1 de enero del 2002- bajo el título de la “Ley de modernización del derecho alemán de obligaciones”, tenga cabida a nivel legislativo. La referida ley será comentada más adelante, pero en lo que respecta a lo antedicho, entre sus objetivos más resaltantes, está el cambio del término “obligación” por el neologismo *Schuldverhältnis* (relación obligatoria). Aquél cambio tendrá connotaciones relevantes no sólo por haber sido la intención de la Comisión del Proyecto de Desdre evitar en la medida de lo posible los extranjerismos -refiriéndose al termino en latín “obligación” [*obligatio*]-, sino además, elegir un nombre lo más coincidente posible con la completa relación obligacional, el derecho de crédito y la correspondiente obligación. Como venimos diciendo, ahora a nivel legislativo este fenómeno de equiparación quiere dejar claro que ya no se piensa sólo en el deudor, o sólo en el acreedor como agente principal, más bien se toma a ambos como protagonistas de la relación obligatoria (Bucher, 2006).

5.2.1. El contenido de la relación obligatoria

Pasemos ahora, a definir el contenido de una relación obligatoria:

deberes de protección (que son a nuestro juicio deberes autónomos) se extraigan de los deberes secundarios, aquellos mantienen un trato horizontal con los principales y secundarios, amén de su independencia.

a) Prestación principal.- el deber o deberes de prestación que comulgan en un contrato es aquella o son aquellas que se relacionan estrechamente con satisfacer el interés que de manera primigenia se ha tenido en cuenta al momento de celebrar un determinado contrato, esto es, el objetivo principal de la vinculación jurídica buscado por las partes. Esto responde a las características propias del referido tipo contractual. En el contrato de arrendamiento tenemos – a modo de ilustración- las siguientes prestaciones principales: la transmisión del bien, el pago del precio del bien, el saneamiento por vicios ocultos. A esta conformación, la doctrina la llama “relaciones obligacionales en sentido estricto” (Medicus, 1995).

b) Prestación secundaria.- Son los deberes que fungen de instrumentales al principal formando un solo cuerpo, para así realizar un cumplimiento, exacto, debido. La prestación secundaria necesariamente esta vinculada o presenta un factor de dependencia con la prestación principal, la cual coadyuvará a que el comportamiento del deudor y del acreedor estén destinados al programa contractual que las partes han deseado. Pueden cumplir un carácter sustitutivo o complementario de la prestación principal. El civilista español Díez-Picazo (2008), advierte que los deberes secundarios integran y amplían el contenido de la prestación nuclear para componer una parte esencial de esta.

La observación que hace el jurista español sobre la prestación principal y las secundarias resulta pertinente: “La infracción del deber principal o deber central de prestación entraña siempre un fenómeno de “incumplimiento” en sentido técnico. En cambio, la omisión total de los deberes accesorios no origina un verdadero y propio incumplimiento, sino solamente un “cumplimiento defectuoso”(…) (Díez-Picazo, 1964, p. 364).

Mutatis mutandi, de manera ilustrativa podemos divisar la expresión práctica de la o las pretensiones principales y las prestaciones secundarias a partir del contrato de arrendamiento:

En el comodato, contrato mediante el cual el comodante se obliga a entregar gratuitamente al comodatario un bien no consumible, para que lo use por cierto tiempo o para cierto fin y luego lo devuelva (artículo 1728 del Código Civil) los deberes principales están señalados en el artículo 1735 y 1738 (obligaciones del comodante y del comodatario respectivamente). Otro deber principal se identifica en el artículo 1748 el cual expresa que: “El comodatario tiene derecho a retener el bien, sólo cuando no le hayan sido pagados los gastos extraordinarios a que se refiere el artículo 1735º, inciso 4”⁴⁰. La explicación es la siguiente: este derecho puede ser o no ejercido por el comodatario. Luego, este derecho subjetivo que tiene el comodatario de exigir los gastos extraordinarios al comodante, puede frustrar nuclearmente el *iter* contractual que posee el comodato esto es, la entrega gratuita de un bien no consumible por un período

⁴⁰ El inciso 4 del artículo 1735 dice lo siguiente:

“Art. 1735.- Son obligaciones del comodante:

(...)

4. Pagar los gastos extraordinarios que hubiese hecho el comodatario para la conservación del bien”.

de tiempo o para cierto fin para que posteriormente se restituya el mismo. Por lo tanto, si hay una retención por parte del comodatario debido a la exigencia de gastos extraordinarios, ambas partes verán como no se produce la eficacia del contrato, más aún cuando el comodatario haya podido desembolsar una fuerte suma de dinero para la conservación del bien, incluso mayor a la del precio de éste, lo cual resulta totalmente ineficiente en una operación económica, pero ello no significa que no ocurra en la práctica.

Ahora, como deber secundario tenemos – según nuestro criterio el artículo-1751, el cual expresa que: “Pagado el bien dado en comodato por haberse perdido, si posteriormente lo halla el comodatario, no podrá obligar al comodante a recibirlo pero éste tendrá la facultad de recuperarlo, devolviendo al comodatario lo que recibió. Si el hallazgo lo realiza el comodante puede retenerlo devolviendo el bien o el valor que recibió o, en su defecto, entregando el bien hallado al comodatario. Si el bien fue hallado por un tercero, el comodante está facultado para reclamarlo y, una vez recuperado, devolverá al comodatario lo que éste hubiese pagado”.

Aquí se dan parámetros de facultades atribuidas al comodatario y comodante, donde también se ve aparejada a la intervención de un tercero. La figura del principio de reciprocidad de prestaciones gira en torno a quién haya hallado el bien dado en comodato que en un primer momento se había perdido pero que a pesar de ello se había dado el cumplimiento definitivo del programa contractual previsto en un contrato de comodato. En otras palabras, se verifica de dicho artículo que el comodatario ya ha cumplido con lo estipulado en el artículo 1750, referido al caso de imposibilidad de devolver el bien: “ Cuando sea imposible devolver el bien, el comodatario pagará, a elección del comodante, otro de la misma especie y calidad, o su valor, de acuerdo con las circunstancias y lugar en que debía haberse restituido”.

Siendo así el caso, el núcleo principal del deber de prestación no se ve afectada de forma gravitante que propicie la frustración del contrato, ya que el artículo 1750, el cual también es un deber secundario, da una salida legal y justa (por decirlo así). Por tanto el deber del comodatario – en caso él hallara el bien perdido dado en comodato y el comodante tome conocimiento de ello- es el de entregar al comodante dicho bien sólo si éste quiere recuperarlo y para ello, el comodante debe devolver lo que recibió del comodatario. En consecuencia es un deber secundario que coadyuva al interés que verdaderamente puede tener el comodante sobre el bien dado en garantía, ya que el solo hecho de devolver el bien que lo ha sustituido, implica que el comodante realmente ve de esta forma satisfecha la prestación nuclear de lo que primigeniamente se busca con el contrato de comodato. Hay que recalcar que esta labor se puede realizar con cada tipo contractual, lo que será indispensable para distinguir a las prestaciones principales de las accesorias.

c) Deberes funcionales⁴¹.- Las primeros visos de originalidad que presenta esta parte integrante de la clasificación que compete a la relación obligatoria, puede ser captada a partir de los siguientes párrafos del artículo de Castronovo:

⁴¹ A efectos didácticos de conocer el contenido de la “relación obligatoria” y por la observación pertinente que hace la doctrina, lo llamaremos en esta clasificación así, para luego usar el término

Una vez que nos convenzamos de la posibilidad de que la cualificación obligatoria sea extendida a otras relaciones en las que lo fundamental no es la plenitud del contenido sino la dimensión formal en la cual las partes se encuentran la una frente a la otra, entonces también la idea de una obligación sin prestación no solo deja de parecer contradictoria, sino que incluso por mérito de ella se pone en evidencia **la verdadera esencia de la obligación, la cual no consiste en su contenido u objeto, como se prefiera, más o menos amplio y variado según el tipo contractual que lo genera, sino en el carácter relacional como matriz de cualificación de la posición recíproca de los sujetos, uno frente al otro y en contemplación del otro.** Es este carácter relacional el que, en el momento en que caracteriza la obligación, con o sin prestación, resulta ser el aspecto constante, el marco dentro del cual la prestación se inscribe solo como una posible variable. **Así, la relación obligatoria deja de ser en su esencia deber de prestación y pasa a ser esa relación constante** (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizada por Herholz y acogida por Mengoni, la cual en esta perspectiva adquiere un significado nuevo y más vigoroso. En efecto, en la idea original, la constancia significaba la subsistencia de la obligación luego del incumplimiento, si bien con la transformación de su objeto, no pudiendo ser más este último la prestación original sino la de resarcimiento del daño. En cambio, en la transposición de significado aquí propuesta la relación obligatoria se constituye *ex lege*, como resultado del contacto social cualificado, como conjunto de **deberes funcionales** [se refiere a los deberes de protección] a la finalidad, que es la realización de la relación misma como cumplimiento del deber de prestación. (Castronovo, 2012, p. 57) [El resaltado y agregado es nuestro]

Es importante la necesaria precisión que hace el jurista Carlo Castronovo, en función de elevar la categoría - o darle un sentido distintivo- de aquellos deberes denominados “accesorios”, a ser contemplados como deberes funcionales (refiriéndose a los deberes de protección), mostrando la bifurcación que existe entre los deberes principales, secundarios y los funcionales (preferimos que se llamen autónomos):

Hago referencia a deberes funcionales y ya no accesorios, precisamente porque dicha función accesoria solo puede ser predicada cuando exista un deber de prestación que, por el contrario, como estamos diciendo, no surge necesariamente o, cuando habiendo existido y habiéndose luego extinguido, no implica a su vez la extinción automática de los deberes denominados accesorios. Desde esta perspectiva, el elemento que hace permanente (*konstante*) la relación no está constituido por el deber de prestación, el cual precisamente por definición tiene una duración inferior a la de la relación en su conjunto, sino por esta última, que viene a denominarse relación jurídica fundamental. De esto se deriva que **la esencia de la relación obligatoria** –esencia entendida como lo que debe estar presente y no puede faltar– **no está constituida por el deber de**

que queremos atribuirle a este tipo de deberes, la expresión “deberes de protección” , llamadas por Castronovo como deberes funcionales, y que tienen la singularidad de ser “autónomos”.

prestación, que precisamente puede faltar, sino por los hasta ahora denominados deberes accesorios que, sin embargo, por lo que hasta el momento hemos afirmado, es mejor denominar funcionales al correcto desarrollo de lo que –habiéndose originado en un contacto social cualificado– se convierte en una relación jurídica gracias a aquellos, relación que incrementa su contenido si a esto se suma el deber de prestación. (Castronovo, 2012, pp.57-58) [El resaltado es nuestro]

5.2.2. La cualidad de los “deberes funcionales”

Nos adentramos al terreno más pantanoso y por ende el más discutido sobre el contenido de la relación obligatoria. Es este elemento de clasificación (los deberes funcionales) el recipiente que cobija a la teoría de los deberes de protección. Por ello, antes de mostrar nuestra posición al respecto [ver nota 39], creemos correcto indicar lo que la doctrina ha ido decretando al respecto, comenzando por la clasificación que brinda el profesor Carneiro da Frada:

Normalmente, la relación jurídica obligativa surge polarizada, en torno de una o más prestaciones que definen su configuración típica. Estos son los deberes principales o primarios de prestación, cuya realización es el camino a través del cual se pretende alcanzar el fin determinante de la constitución del vínculo obligatorio.

Al lado de tales deberes, los autores añaden otros deberes de prestación, los cuales se encuentran en una relación de accesoriedad respecto de la prestación principal y que apuntan a la satisfacción cabal del interés que el acreedor deposita en esta última (deberes accesorios de la prestación principal). Estos deberes constituyen un sucedáneo o complemento de la prestación principal, en caso de que se presente una vicisitud de ésta que justifique la aparición de los primeros (deberes secundarios sustitutivos o complementarios).

(...)

Fuera de los deberes de prestación, cualquiera que fuera su naturaleza en la relación obligatoria se dispone toda otra serie de deberes esenciales para su correcto desarrollo. Estos deberes no apuntan, pura y simplemente, a la ejecución del deber de prestación, sino a la salvaguarda de otros intereses que deben ser tomados en cuenta por las partes en el transcurso de su relación(...) Por su índole, **estos deberes son susceptibles de aparecer en toda relación obligatoria, sin importar el tipo de ésta, incluso si se especifican en función de los contornos que se derivan de la vida de la relación contractual que se va desplegando.** (León, 2007, p. 156) [El resaltado es nuestro]

A aquellos deberes que intenta descifrar el profesor Carneiro, los llama deberes colaterales – lo que para nosotros vendría a ser “los deberes funcionales”- , los cuales afirma que por su naturaleza son opuestos a toda numeración o descripción definitiva, no obstante ello, menciona alguno de ellos tales como los

deberes de información, cooperación, de secreto, custodia, vigilancia, de lealtad, etc. (León, 2007).

El referido autor sostiene que los deberes colaterales pueden tener:

a) una finalidad positiva: son aquellos deberes que apuntan a satisfacer el interés buscado por el acreedor; vendrían a ser el soporte del fin secundario o mediato de la prestación. En puridad persiguen un interés vinculado a la prestación.

b) una finalidad negativa: son aquellos deberes que pretenden proteger a ambas partes, tanto acreedor como deudor, de posibles daños a su persona o patrimonio derivados de la relación obligatoria (León, 2007).

A saber, el literal b) –según el mismo Carneiro da Frada, es la definición de lo que se entiende por la teoría de los deberes de protección.

Respecto a los deberes secundarios y funcionales, Luis Díez-Picazo - con una notable influencia de Larenz- formula la siguiente distinción:

Un análisis y una sistematización de los deberes accesorios [léase secundarios para efectos de armonizar el decurso del presente capítulo] del deudor es tarea sobremanera difícil pero conviene, al menos, dejarla esbozada.

a) Atendiendo a su origen o fundamento los deberes accesorios pueden ser legales, convencionales, usuales o impuestos por la buena fe:

1.º Existen, en primer lugar, deberes accesorios de origen legal, es decir, impuestos directamente por la ley. El obligado a dar alguna cosa está obligado también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia (art. 1.904 C.c [español]) (...)

2.º Existen, en segundo lugar, deberes accesorios de origen convencional, cuando las partes lo han estipulado de una manera expresa. El vendedor de un vehículo destinado al servicio público debe entregar al comprador el vehículo prometido, pero debe proporcionarle también la documentación administrativa necesaria para su circulación.

3.º Hay, además, deberes usuales o consuetudinarios, originados por el uso de los negocios (...) El vendedor de una mercancía debe entregarla embalada de una determinada manera si el uso del lugar lo impone así.

4.º Existen, finalmente, deberes accesorios derivados de la buena fe, que era según vimos, una fuente de creación de deberes especiales de conducta. El vendedor de una máquina compleja debe proceder a su instalación y proporcionar al comprador las instrucciones e informes que convengan a su mejor manejo (...) (Díez-Picazo, 1964, pp. 362-363)

Al lado de los deberes que hemos examinado, es decir, el deber central de prestación y los deberes de cooperación del deudor al pleno resultado útil de la misma, la situación de deuda comporta todavía **una serie de deberes que no guardan ya una conexión directa con la prestación**, sino que derivan del hecho de que entre las partes se ha establecido una relación jurídica que es sobre todo una relación vital, es decir, lo que los alemanes llaman un contacto social. Pues bien, **por el hecho de haberse**

relacionado, las partes deben una frente a otra aquella conducta que la conciencia social en cada caso exige: consideración, respeto, ayuda, lealtad. Estos deberes son especialmente importantes en las relaciones obligatorias duraderas (trabajo, sociedad, arrendamiento, etc.) pero se presentan también en las relaciones momentáneas o pasajeras. Algún ejemplo puede contribuir a aclarar la idea de esto que pueden llamarse **deberes de consideración en la relación obligatoria.**

El trabajador no es solamente deudor de su trabajo, sino que es también deudor de respeto y consideración hacia el empresario y, del mismo modo, éste no es sólo deudor del salario, sino también de respeto y consideración hacia la persona que le presta su trabajo. En la infracción de este deber tiene su origen y su raíz toda la teoría de las faltas laborales (faltas de aseo, embriaguez, riñas, pendencias, malos tratos de palabras, etc.) (...)

Como puede verse **se trata de deberes acaso no demasiado homogéneos en cuanto a su contenido, pero inspirados en una fundamental directriz: lealtad y consideración entre las partes de la relación obligatoria.** La sanción por la infracción de estos deberes tampoco es homogénea: en unas ocasiones determinan una causa justa de ruptura rescisión o denuncia de la relación obligatoria: en otras, un deber de indemnizar daños y perjuicios (Diez-Picazo, 1964, pp. 364-365) [El resaltado es nuestro]

Por otro lado, el jurista italiano Francesco Benatti hace alusión expresa a los deberes de protección sin encasillarlos dentro de lo que son los deberes secundarios:

Estos deberes, que se califican como de <<protección>>, atendiendo a la finalidad a la cual están orientados, se distinguen del deber de prestación que es propio de la posición jurídica del deudor, y que tiende, en cambio, hacia la realización del interés del acreedor en la prestación. Los deberes de protección tienen la característica de la reciprocidad, es decir, la de recaer sobre el deudor y el acreedor, y la de estar dirigidos a la satisfacción del interés de cada una de las partes de preservar de hechos lesivos a su propia esfera jurídica.

(...)

Entre los deberes de protección se han enumerado a los de comunicación, aviso, custodia, cooperación, secreto y conservación. Para ello, se ha recurrido también a lo indicado por el Código Civil [italiano], que, al reglamentar algunos contratos, ha previsto una serie de deberes que son, ciertamente, asociables con el art. 1175, como los deberes de aviso, de secreto, de salvataje, de cooperación y de conservación.

(...)

En relación con los deberes de conservación, se ha puesto en duda que ellos pueden ser útilmente comprendidos dentro del ámbito de los deberes de protección. **En efecto, mientras los deberes de aviso, custodia y secreto, están vinculados con el contenido de la relación, los**

deberes de conservación parecen ser, en cambio, totalmente independientes. Por otro lado, el interés de cada sujeto en no ser damnificado en su persona o en sus cosas, que es el interés protegido por los deberes de conservación, existe con anterioridad, independientemente de la existencia de una relación obligatoria (...)

Resulta evidente que los **deberes de conservación** tienen razón de ser, por el principio de la buena fe, **sólo en aquellas relaciones cuya ejecución comporta una exposición de la persona y de las cosas de un contratante a riesgos, como consecuencia de la actividad de la otra.**

(León, 2007, pp.153-155) [El resaltado y agregado es nuestro]

Como puede verse de las citas expuestas, la doctrina no es uniforme sobre una clasificación. Tal vez se diría que la clasificación queda a la sana arbitrariedad de cada autor que lo elabora, y nosotros apoyaríamos eso siempre y cuando sea sobre cuestiones meramente descriptivas, históricas o de reseñas, véase por ejemplo los regímenes patrimoniales en el derecho de familia, que existen y han existido; no hay unanimidad en precisar cada tipo de regímenes existentes, sin embargo al solo conocer sobre lo que trata cada uno de ellos se puede determinar a cual se refiere, sin importar el rótulo asignado por la doctrina o por la misma legislación.

Según nuestra opinión, ello no ocurre para la clasificación – que queremos que sea tripartita para la línea que sigue la presente tesis- que se hace para conocer el contenido de una relación obligatoria. En atención a ello queremos curarnos de salud y darle sentido a la mencionada y tan sinuosa clasificación:

- Crítica a la clasificación del profesor Carneiro da Frada. - El profesor portugués, quien es un gran civilista estudioso de la doctrina alemana, aclara una separación entre el deber principal y los deberes accesorios (sustitutivos o complementarios), para luego mencionar a los deberes colaterales, los cuales claramente se refieren a los deberes de protección, ya que de su definición sobresale la naturaleza autónoma de las mismas. No confluyen hacia la prestación principal, sino que acompañan al programa contractual y velan por los intereses que subyacen de esta relación obligacional. Todo bien hasta ahí, pues luego divide a los deberes colaterales en deberes con finalidades positivas y negativas.

Aquí en nuestra humilde opinión se genera una incoherencia. Se define a los deberes con finalidad positiva como aquellos que buscan realizar el interés vinculado con la prestación y a los deberes con finalidad negativa como aquellos deberes que protegen a las partes de daños a su patrimonio o la integridad física de las mismas, afirmando que estos últimos son los llamados deberes de protección.

Veamos cuál es la incoherencia: primero se dice que los deberes colaterales no tienen nada que ver con los principales ni accesorios; más adelante se afirma que las especies de deberes colaterales son dos: con finalidad positiva, la cual extrañamente se define como deberes vinculados con la prestación(¿?) y

negativa, la cual sí tiene relación con la definición resultante y connatural de los deberes colaterales, esto es, que no tengan vinculación con la prestación principal o que coadyuven a esta. Además de ello ¿cómo es posible que una de las especies sea el género mismo?: Deberes colaterales con finalidad negativa (especie) -> Deberes colaterales (género). Hasta aquí nuestra humilde crítica a la confusión que podría llevar tomar esta clasificación para la presente tesis.

- Crítica a la clasificación del jurista Diez-Picazo.- El gran jurista Diez-Picazo, quien en vida fue el gran civilista que nos permitió conocer los estudios sobre las obligaciones en Alemania – y en general sobre el derecho civil- en idioma español, ha esbozado una suerte de clasificación de los deberes accesorios[secundarios]. Empero, creemos que dicha clasificación puede prestarse a confusión.

Para el maestro español, hay cuatro subtipos de deberes secundarios: legales; convencionales; usuales o consuetudinarios, y los que derivan de la buena fe. Entonces, al definir a los deberes que no guardan conexidad con la prestación principal, esto es, los que él llama deberes de consideración en la relación obligatoria, que en sentido técnico son los deberes de protección. Diez- Picazo enseña que estos deberes se sustentan en la lealtad, consideración, respeto, que las partes deben seguir porque se deben ambas una conducta que la conciencia social exige. La buena fe es agente interviniente en cada etapa contractual concebida entre las partes, incluso ante las teorías estudiadas en el capítulo 1, la buena fe ha sido el estandarte que daba soporte a las posibilidades de tutela y remedios para dichos casos. Entonces intentar encuadrarla como subtipo de los deberes secundarios es una obviedad que demarca una limitación de aplicación, tanto más, si los deberes de consideración en la relación obligatoria se sustentan claramente en la buena fe.

El segundo punto a saber es que para nuestra tesis, los deberes de protección pueden ser convencionales y también legales. En el momento de introducirnos en el siguiente sub capítulo daremos cuenta de ello, pero lo que podemos adelantar es que los deberes de protección pueden ser acordados dentro del programa contractual, así como ya regulados en leyes especiales o el mismo código civil. Incluso el instrumento legal entendido bajo la tesis de Diez-Picazo como subtipo de los deberes secundarios ya podría estar albergando deberes que tienen como fin la lealtad, conservación, respeto entre las partes. Bajo las consideraciones expuestas, esta clasificación tampoco coadyuva a la presente tesis.

- Opinión sobre la clasificación del profesor Francesco Benatti.- El maestro italiano se enfoca propiamente en los deberes de protección y como estos han influido en el sistema civil italiano. La definición que le da a estos es la que le pertenece a Heinrich Stoll: proteger intereses que podrían resultar perjudicados durante la relación obligatoria, estos es, preservar de hechos lesivos a la esfera jurídica de las partes, lo cual va mas allá de la prestación principal. Asimismo, sigue doctrinariamente la lista de los deberes de protección: deberes de comunicación, custodia, aviso, cooperación y conservación; lista que –según Benatti- fue planteada por Luigi Mengoni, otro gran jurista italiano (Benatti, 1960). Aquí el profesor Benatti hace el siguiente reparo:

(...) Entre los deberes de aviso y aquellos de conservación existe una diferencia de función que impide su ubicación en una misma categoría: en efecto, mientras los deberes de comunicación están vinculados con el contenido del contrato, e cuanto sirven a que el acreedor y el deudor no estén el uno contra el otro, sino el uno para el otro en una solidaria cooperación, los deberes de conservación resultan completamente independientes. (Benatti, 1960, p. 1351)

El inconveniente que encuentra Benatti es cómo pueden haber deberes que apuntan a intereses distintos, situados dentro de una misma categoría. Nosotros creemos que va más por el lado de dudar si los deberes de conservación tendrían como fuente la responsabilidad extracontractual, sin embargo, la respuesta a esta inquietud la otorga él mismo muchos años después, al concluir que los deberes de conservación tienen razón de ser en aquellas relaciones cuya ejecución comporta una exposición de la persona misma y de sus cosas a riesgos como consecuencia de la actividad de la otra.

La clasificación que realiza este autor encaja dentro de los parámetros que queremos solventar para nuestra tesis. Sin perjuicio de ello, los deberes de aviso, custodia, secreto, comunicación, tiene que ser delimitados acorde a la misma naturaleza de los deberes de conservación, esto es, no enfocándose en la prestación principal, ni cumplir funciones coadyuvantes, sino la de reflejar la salvaguarda de los intereses de proteger la integridad física de las partes o de sus patrimonios, siempre dentro de una relación obligatoria.

Se desliza de cada clasificación y sus respectivas críticas u opiniones que es menester cubrirse de una correcta y bien delimitada clasificación para que la teoría de los deberes de protección no sea confundida con la o las prestaciones principales o las secundarias y queden en la nebulosa, o adopten una ilimitada abstracción.

Claramente uno de los los objetivos- así como la nuestra- que debe tener un investigador que quiera estudiar esta teoría, es pasar por un filtro esencial: definir el contenido de la relación obligatoria. Puede verse en una doctrina nacional autorizada, una identificación de deberes (principales, secundarios o funcionales) en el contrato de arrendamiento, que puede llegar a traer confusión si es que no se ha elaborado una previa definición de los deberes que conforman el contenido de la relación obligatoria:

Por ejemplo, el contrato de arrendamiento genera una relación obligatoria compleja donde coexisten **obligaciones principales del arrendador de entregar el bien** (artículo 1678 del Código Civil) **y de mantener al arrendatario en el uso del bien durante el plazo del contrato** (numeral 1 del artículo 1680 del Código Civil), y **deberes de protección del arrendador de conservar el bien en buen estado para el fin del arrendamiento** (numeral 1 del artículo 1680 del Código Civil) **y de realizar las reparaciones necesarias** (numeral 2 del artículo 1680 del Código Civil). Además, hay otras obligaciones principales del arrendatario de recibir el bien (numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil), de cuidar

el bien diligentemente (numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil), de usar el bien para el fin según el contrato o las circunstancias (numeral 1 del artículo 1681 del Código Civil), de pagar oportunamente la renta y los servicios públicos suministrados (numerales 2 y 3 del artículo 1681 del Código Civil), y de restitución del bien en el plazo debido y en el estado del normal deterioro (numeral 10 del artículo 1681 del Código Civil).

Asimismo, hay la **obligación secundaria de permitir al arrendador la inspección por causa justificada** [carga del arrendador de avisar siete días antes] (numeral 5 del artículo 1681 del Código Civil), y **obligación secundaria negativa de uso imprudente del bien o con fin ilícito** [motivo del arrendatario contrario al orden público o a las buenas costumbres] (numeral 7 del artículo 1681 del Código Civil). Finalmente, están reguladas la **obligación de protección de dar aviso inmediato al arrendador de cualquier posible peligro de perjuicio al bien** (numeral 4 del artículo 1681 del Código Civil), la **obligación de protección de hacer las reparaciones según la ley o el contrato** (numeral 6 del artículo 1681 del Código Civil), y la **obligación de protección negativa de no introducir cambios ni modificaciones en el bien** (numeral 8 del artículo 1681 del Código Civil). (Morales, 2013, pp. 61-62)

De los párrafos glosados, se puede advertir que si seguimos nuestra línea clasificatoria conjuntamente con la clasificación del profesor Benatti, los “deberes de protección del arrendador de conservar el bien en buen estado para el fin del arrendamiento y de realizar las reparaciones necesarias” vendrían a ser deberes secundarios que coadyuvan a la prestación principal. Los deberes de aviso inmediato al arrendador de cualquier posible peligro de perjuicio al bien son más deberes que guardan conexión con el bien materia de arrendamiento, y no con las esferas jurídicas de las partes ni sus patrimonios, los cuales deben diferir de los que se encuentran sujetos al programa contractual (según la tesis que queremos defender), por lo que las demás obligaciones de protección de hacer reparaciones en el bien y no introducir cambios ni modificaciones en el mismo, tampoco vendrían a ser – acorde a nuestra tesis- deberes de protección, sino deberes secundarios.

Terminando con el presente subcapítulo, debemos tener presente que, la forma de interpretar, de traducir las diversas situaciones jurídicas subjetivas de naturaleza esenciales para el cumplimiento total de una “relación obligatoria” y que forman su contenido, es a través de una figura jurídica que siempre ha integrado dicha relación, pero que bajo esta concepción moderna, tendrá un rol preponderante para cada caso en concreto, estamos refiriéndonos a la buena fe, la cual ha tenido mucho que ver en el proceso de construcción de la obligación como relación compleja (más aún para el origen de los deberes de protección como elemento autónomo de la prestación principal y secundaria), por lo que inexorablemente esta institución jurídica-histórica tiene que ser mencionada y analizada *a posteriori*.

5.3. La teoría de los deberes de protección

La nueva visión interpretativa heredadas de teorías como la culpa *in contrahendo*, el contacto social y las violaciones positivas del contrato han favorecido a que en la complejidad inherente a una relación obligatoria, se diga que también existen deberes que buscan tutela para ambas partes, tanto en su integridad psicofísica, como en su patrimonio, independientemente del resultado de la prestación acordada.

Este trabajo de diferenciación elaborado en un ensayo publicado en 1932, se le atribuye a Heinrich Stoll. Si bien un atento investigador español sobre el tema, como Cabanillas Sanchez (2000), dice que se reconoce una tesis análoga ya formulada por Herholz y Kress el año 1929, observándose un apunte también en Von Tuhr a mediados del 1918, la doctrina reconoce que fue Stoll quién desarrollo la doctrina moderna – técnicamente hablando- de los deberes de protección⁴² (en alemán *Schutzpflichten*).

(...) este autor identificó los deberes que “resultan del contenido del contrato, que tienen una finalidad positiva” esto es, que “sirven al logro del interés en la prestación”, que denominó “deberes en la ejecución” (*Erfüllungspflichten*). de otra, señaló que todas las relaciones obligatorias son consideradas de buena fe y que “por medio de la relación obligatoria se crea una relación especial entre las partes que es considerada por nuestro ordenamiento como una relación de confianza recíproca” y que “abre la posibilidad para ambas partes [...] de influir en la persona y los bienes de la otra”, por lo que se derivan deberes de “abstenerse de cualquier efecto perjudicial”, **deberes que tienen una “finalidad negativa”, pues “deben proteger a la contraparte para que no sufra daños que podrían resultar de la relación particular” que se crea entre las partes; estos deberes “no sirven al interés en la prestación sino al interés en la protección del acreedor” por lo que los denomina “deberes de protección”.**

Esta distinción hizo célebre la etiqueta “deber de protección” como un elemento independiente de la prestación (*Leistungspflicht*) y de los deberes complementarios que sirven a la realización de esta última (*Nebenleistungspflichten*), si bien la idea misma detrás de ese concepto se remonta ya al derecho romano, en cuyos juicios de buena fe el acreedor podía llegar a obtener en casos concretos el resarcimiento de los daños que sufriera por la lesión de deberes de lealtad y diligencia que pesaban sobre él en virtud de la relación obligatoria concreta. (Rodríguez, 2011, pp. 311-312) [El resaltado es nuestro]

Stoll definía así el contenido de la relación obligatoria en i) la prestación, ii) deberes complementarios y iii) deberes de protección; asimismo aclaraba que estos últimos tipos de deberes tienen una finalidad negativa (idea que no compartimos), esto es omisión de dañar a la persona o a su patrimonio, lo cual no tendría solo que recaer en el interés en la protección del acreedor, sino también en el del deudor.

⁴² Como hemos visto en el subcapítulo anterior, la doctrina ha acuñado diversas expresiones para definir a este tipo de deberes, tales como “accesorios”, “funcionales”, “deberes de consideración en la relación obligatoria”, etc.

Stoll aclara el significado de la categoría de los deberes de protección a través de aspectos esenciales:

A) Ante todo se distingue el deber de prestación (*Erfüllungspflicht*) de los deberes de protección (*Schutzpflichten*). El primero es propio de la posición jurídica del deudor y tiende a la realización del interés a la prestación (*Leistunginteresse*) del acreedor; los deberes de protección, en cambio, son impuestos tanto al deudor como al acreedor y están dirigidos a la satisfacción del interés de cada parte a preservar la propia persona y las cosas de eventos lesivos (*Schutzinteresse*).

La diversidad de funciones existente entre los tipos de deberes se refleja sobre la carga de la prueba. Puesto que la obligación tiende, mediante un sacrificio del deudor, a la satisfacción del interés del acreedor a la prestación, si la expectativa viene defraudada toca al acreedor disculparse; en la hipótesis de deberes de protección, en cambio, el acreedor no espera un aumento en su patrimonio, sino sólo la conservación de sus bienes (*die Erhaltung der vorhandenen Rechtsgüter*): vale, por tanto, -por la sustancial afinidad entre la violación de un deber de protección y la violación de un deber subsumible en el sistema de responsabilidad extracontractual- la regla general según la cual el actor está obligado a probar los presupuestos de su pretensión.

B) El deber de prestación se determina sobre la base del contenido de la obligación y tiene un objetivo [*scopo*] positivo, en cuanto sirve para la realización del *Leistunginteresse*; los deberes de protección, en cambio, derivan del principio de la buena fe y, aunque puedan constituir un *facere*, tienen una función negativa, pues están dirigidos a la conservación de la esfera jurídica ajena.

C) Los deberes de protección se distinguen de los deberes subsumibles en el sistema del § 823 del BGB por la diversa fuente de la cual derivan, y de los deberes accesorios (*Nebenflichten*), en cuanto estos no tienen un objetivo autónomo, pero sirven para contribuir al cumplimiento exacto de la obligación principal.

D) Los deberes de protección son de dos (2) tipos: deberes de aviso y de conservación (*Anzeige und Erhaltungspflichten*). (Benatti, 1960, pp. 1344-1345)

De lo difundido, se puede decir que el literal A) es la definición de lo que se considera como deberes de protección (ahora sí se incide en la tutela de ambas partes), además de definir que la carga de la prueba en una supuesta vulneración a este tipo de deberes está en la víctima. Respecto a ello, la jurisprudencia alemana terminó puliendo la actividad procesal de la carga de la prueba, **de acuerdo con las esferas del riesgo**:

El principio de la repartición de la carga de la prueba atendiendo a las esferas de riesgo implica que “en algunos casos, en los que la causa del

daño deriva de la esfera de poder o de organización del demandado, muchas veces le resulta al demandante difícil, si no imposible, probar una culpa del demandado, mientras que, por el contrario, para este último normalmente es fácil controlar su esfera de poder o de organización; de este modo él está 'más cerca' de aclarar los hechos y de soportar las consecuencias de una insuficiente aclaración de los mismos" (Tribunal Supremo Federal, sentencia del 9 de diciembre de 1976). (Rodríguez, 2011, p.334)

En el literal B) se vuelve a referir sobre la naturaleza negativa de los deberes de protección; en el literal C) se resalta el carácter autónomo y se deja claro que existen deberes principales y secundarios [accesorios en clave *stolliana*] destinados a la conservación de la esfera jurídica ajena sustentándose en la buena fe.

En el literal D) nos detendremos un momento.

5.3.1. Tipos de deberes de protección

Stoll menciona en su teoría los deberes de protección trazando su división en dos tipos: (i) deberes de avisos y (ii) deberes de conservación

Es moneda corriente advertir -como lo venimos haciendo- las diversas expresiones que la doctrina brinda, esta vez, para estos tipos de deberes: los deberes de avisos son también llamados deberes de información (*Informationspflichten*); asimismo, los deberes de conservación son denominados también deberes de cuidado y asistencia (*Obbuts und Fürsorgepflichten*) (Rodríguez, 2011).

(i) Los deberes de aviso-información: empezaron a estar en boga a partir de consentir teorías como la responsabilidad precontractual, en los tratos preliminares, a raíz de siempre actuar con buena fe y no vulnerar intereses despertados en la confianza que se generen en las tratativas, la información que ambos tratantes puedan compartirse es vital para eximirse de responsabilidad alguna. También estos deberes están presentes cuando ya hay un contrato celebrado, viéndose más en contratos de larga duración. No está de más decir que llegaron a su máxima expresión a través de las relaciones de contratación en masa, acogida por el derecho al consumidor, ante la asimetría de información existente entre proveedor y consumidor. En resumen los deberes de información buscan socorrer a la parte más débil, ya sea por la poca o escasa información que posea, ya sea por su poco *expertise* en el ámbito negocial (tratativas) y contractual.

Brindemos un ejemplo dentro del ámbito privado, el hecho de que A tenga un acuerdo de palabra para alquilarle un departamento a B por el malecón de Miraflores y que repentinamente un inversionista pretenda no solo alquilar el departamento sino comprarlo, disponiendo de una fuerte suma de dinero, conllevaría a que A, en el caso decida venderle al inversionista dicho inmueble, informe de este giro de las tratativas con la premura de evitar gastos que pueda

ya estar efectuando B a efectos de pagar la renta. Yendo más lejos, en contratos ya celebrados por las partes y que impliquen la interacción frecuente entre las partes, piénsese en primer lugar en las modalidades de prestación de servicios (locación de servicios, contrato de obra, contrato de mandato) en un contrato de suministro. Estos contratos tienen un nivel más alto que otros a la hora de gestionar los acuerdos que se pactaron para cada uno de ellos.

Materialicemos la idea de los deberes de protección; el inciso 2 del artículo 1774 del Código Civil, menciona lo siguiente:

“Artículo 1774.- El contratista está obligado:

(...)

2. A dar inmediato aviso al comitente de los defectos del suelo o de la mala calidad de los materiales proporcionados por éste, si se descubren antes o en el curso de la obra y pueden comprometer su ejecución regular.

(...)”

Una reflexión lacónica es suficiente para dejar sentado el rango de irradiación de los deberes de información. El inciso 2 del artículo 1774 del CC requiere al contratista a dar información relevante al comitente sobre aspectos que puedan comprometer la ejecución “regular” de la prestación. No es una mera advertencia o aviso anodino, tiene que comprometer la ejecución regular de la obra, es decir, se considera un estándar donde si el contratista lo desea o no, puede no informar al comitente defectos que no ameriten un peligro en la ejecución de la debida prestación. Darle esta interpretación a la norma, permite tomar a este deber de información como deber secundario. Tanto más si el artículo 1779 del mismo cuerpo legal nos dice: “*Se entiende aceptada la obra, si el comitente la recibe sin reserva, aun cuando no se haya procedido a su verificación*”. Esto permite deducir que en el caso hipotético que el contratista no haya informado bajo los presupuestos que atiende el inciso 2 del artículo 1774 del CC, y frente a ello, el comitente no haya ejercido el derecho de inspección de obra (artículo 1777 del CC) ni tampoco el derecho a la comprobación de ésta (artículo 1778 del CC), se entenderá por aceptada la obra.

Siendo así, se reconoce que el carácter polivalente de los deberes de información ha permitido que además de estar dentro del ámbito de los deberes de protección, puedan también fungir como deberes que complementan a la prestación, es decir como deberes secundarios.

Nos falta el ejemplo de los deberes de información en resguardo de los intereses que buscan proteger la integridad de las partes y de sus cosas: Continuando el ejemplo del contrato de obra, si el comitente levanta una tienda de campaña a una distancia prudente del terreno donde se ejecuta la prestación, teniendo el pleno consentimiento del contratista al no advertir un remoto riesgo y además informándole sobre los horarios en los que se encontrará ahí, y luego, lamentablemente sucede que el día de descarga de materiales, al comitente - estando dentro de la carpa- se le ocasiona graves heridas debido a la caída de materiales que venía trayendo uno de los camiones de carga, el cual está a cargo del contratista, evidentemente tenemos un caso de afectación a la integridad

física de una de las partes, no sólo vulnerándose el deber de información, sino el deber de cuidado y asistencia, el cual comentaremos a continuación.

(ii) Deberes de cuidado y asistencia: Los deberes de cuidado van dirigidos a las cosas o al patrimonio de las partes dentro de una relación obligatoria, mientras los deberes de asistencia van dirigidos a las personas.

En el derecho laboral esta función la desempeña el § 618 del BGB y el amplio deber de asistencia del empleador basado en el 242 del BGB. De parte del trabajador existe en cambio un amplio deber de fidelidad, que sirve primordialmente a la protección patrimonial del empleador. Algunos de estos deberes de protección se encuentran actualmente previstos en normas especiales, p. ej. el deber resultante del 17 de la ley contra la competencia desleal (UWG) de salvaguardar secretos empresariales, la prohibición de compartir a terceros circunstancias que dañen el buen nombre y el crédito. (Rodríguez, 2011,p. 315)

En puridad este tipo de deberes vendría a encerrar la premisa principal de los deberes de protección: el cuidado dirigido al patrimonio y la asistencia dirigida a la persona. Esta modalidad “preventiva” de la teoría *sub examine* no solo se expresa en las relaciones laborales sino también en los contratos de transporte: sea vía aérea, marítima, terrestre; y en las relaciones contractuales que nace de establecimientos de consumo, las fuentes más prístinas donde la jurisprudencia alemana, ya por los años 1914 y 1915, ha creído conveniente el cumplimiento de estos deberes.

(...) se muestra la jurisprudencia germana, la cual, en ocasiones ha sometido al contratante, cuya actividad durante la ejecución de un contrato hubiere ocasionado daño a la persona o a los bienes de su contraparte, a la regla del §823 del BGB aunque con mayor frecuencia ha considerado de naturaleza contractual tal responsabilidad. Referiré algunos casos. En una taberna dos personas jugaban al ajedrez sobre una mesa; poco después ingresaron algunos jóvenes, los cuales se pusieron a jugar en una mesa de billar ubicada al lado de la mesa de ajedrez; en un determinado momento una de las bolas golpeó en la cabeza a uno de los dos jugadores de ajedrez, el cual solicitó al tabernero el resarcimiento de los daños sufridos, afirmando que su mesa se encontraba en un lugar muy cercano a la mesa de billar. El *Reichsgericht* acogiendo la demanda de resarcimiento, fundó la responsabilidad del tabernero en base al contrato, en cuanto consideró que ingresaba en las obligaciones contractuales el deber, atribuible al propietario del local, de proporcionar seguridad a los clientes.

Otro caso: una persona ingresó a una estación y, mientras se aproximaba al tren, se resbaló, lesionándose, a causa de la nieve que había caído durante la noche. El *Reichsgericht* habló entonces de la responsabilidad contractual, puesto que la sociedad ferroviaria, en base al contrato de transporte, debería de haber predispuesto todos los mecanismos aptos para evitar que fuese puesta en peligro la indemnidad del viajero. Un último ejemplo: una persona ingresó hacia la noche en una taberna para

beber un vaso de cerveza, mientras iba a una sala ubicada en el piso superior, se tropezó a causa de la escasa iluminación de la escalera de acceso. También en este caso el *Reichsgericht* condenó al tabernero a título de responsabilidad contractual, derivada del deber de aportar todas las medidas necesarias a fin que los clientes puedan moverse, sin problema alguno, en los locales puestos a su disposición. (Benatti, 1960, p.1343-1344)

El ámbito mediante el cual se desenvuelven los deberes de protección de Stoll requiere de manera indispensable un mínimo enlace, nexo comercial entre las partes, debiendo existir un contacto entre ellos, en vista o bajo la perspectiva de celebrar un futuro contrato, o sobre la base de un contrato existente.

Una arista a ser reflexionada en este sub capítulo es dejar sentado que los tipos de deberes tales como los “deberes de información” o “los deberes de aviso y cuidado” (nos parece más preciso referirnos así a los “deberes de aviso” y “deberes de cuidado”, según la teoría *stolliana*) son deberes que han sido provistos de hipótesis que los tipos de contrato o relaciones obligatorias exigen ante una interacción entre las partes, es decir, atendiendo a la realidad práctica. Esta labor efectuada por la doctrina alemana en dividir en dos tipos los llamados deberes de protección, ha sido a partir de identificar y distinguir hipótesis similares de relaciones jurídicas patrimoniales establecidas entre las partes. Puede que no todos los contratos o relaciones obligatorias celebradas generen deberes de información o deberes de aviso y cuidado al mismo tiempo; asimismo, de contratos o relaciones obligatorias pueden emerger deberes de información o deberes de aviso y cuidado, o incluso ambas.

Es prudente, por tanto, realizar una vez más una bifurcación de los tipos de deberes de protección que pueden existir: **deberes de protección típicos y deberes de protección atípicos**. Esta división – según nuestro punto de vista – tiene un peldaño más - a nivel jerárquico- respecto a los tipos de deberes de protección enunciados por Stoll.

- Los deberes de protección típicos: Son aquellos deberes ya encontrados expresamente en la legislación correspondiente. Es la propia ley quien ha servido de agente orientador para advertirnos de las exigencias que puede comprender ciertas relaciones jurídicas patrimoniales.

- Los deberes de protección atípicos: En estos deberes la legislación no ha contemplado los alcances tuitivos que deben tener las partes en una relación jurídico patrimonial determinada, por lo que será el intérprete de la ley (léase el juez) o la doctrina quienes se encargarán de advertir la existencia de deberes de protección. Es aquí donde Stoll ha aportado, originalmente los tipos : “deberes de aviso” y “deberes de cuidado”. El elemento justificativo para afirmar la existencia de deberes de protección reside en la buena fe.

El fundamento relacionado a la tipicidad y atipicidad de los deberes de protección cobrará relevancia en el siguiente capítulo, puesto que será una premisa que reforzará nuestra tesis a favor de que los deberes de protección sean acogidos

por nuestro ordenamiento jurídico peruano y se responda ante estos por responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

5.3.2. La buena fe en los deberes de protección

Este apartado no está destinado a justificar la teoría de los deberes de protección en terreno peruano con base en la buena fe, ese objetivo lo desarrollaremos en el siguiente capítulo. Aquí se va a indicar cómo la buena fe ha sido el sustento de la teoría de los deberes de protección sin aludir a ningún nacionalismo ni referirnos a si es correcto o no, sino directamente al aspecto dogmático del mismo.

Como apunta una atenta doctrina colombiana:

En el siglo XIX tomó fuerza la discusión doctrinal en torno a la diferenciación entre los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva. Especial atención suscitó la disputa surgida en Alemania en torno a 1870, entre Bruns y Wächter, sobre la “buena fe”, enmarcada en las fuentes romanistas. Los citados autores controvierten sobre diversos aspectos, entre los que se cuenta la naturaleza ética o psicológica de la “buena fe”, sobre su concepto y acerca de si debe ser concebida en modo positivo o negativo.

Para Wächter, el concepto de “buena fe” indica la simple ignorancia de dañar el derecho ajeno y se consume en la falsa creencia, determinada por cualquier error, sin tener en cuenta la excusabilidad o no del error, en una concepción que se denominará, después, subjetiva.

Para Bruns, en cambio, la “buena fe” designa la rectitud de la conducta, el espíritu escrupuloso y franco con el cual es necesario estrechar acuerdos y comportarse en el consorcio humano, dentro de una visión que denomina ética, en la que la mirada dirige al contenido exterior de tal conducta, a aquello que resulta observable y enfatiza en la corrección, la honestidad, por lo que considera irrelevante lo que se piensa, se quiere o se cree, destacando que como sustento de un comportamiento probo y leal debe estar un error excusable. Asimismo, Bruns contrapone a la “buena fe” no solamente el dolo, sino la falta de cuidado, no excusable y la culpa grave, con lo que desplaza la tesis, originalmente planteada desde una perspectiva, totalmente objetiva al campo del error excusable que se mueve en el ámbito subjetivo que pretendió evitar, por lo que al final la concepción de Bruns continuó envolviendo el concepto de “buena fe” objetiva con parte del manto que cobija la buena fe subjetiva. (Neme, 2009, pp.46-47) [El resaltado es nuestro]

Esta discusión que modernamente ya ha sido superada con los conceptos disímiles “buena fe subjetiva” y “buena fe objetiva”, tuvo su origen en el derecho romano, y con justa razón se dio este debate. La buena fe [*fides bona*] como concepto originario tenía única vinculación con el contenido contractual, esto es, al deber de comportarse de manera proba y leal frente a la otra parte. Esta buena

fe es la que hoy llamamos buena fe objetiva. Años después el ejercicio -por ejemplo - de la posesión del comprador para la usucapión y el requerimiento del comprador al momento del contrato supone una *bona fides*. Terminó, entonces, por adaptarse la *bona fides* contractual a la problemática posesoria. La transición de lo objetivo a subjetivo (Neme, 2009).

Esta transición fue llevada a cabo, cuando la buena fe imperaba como principio y criterio interpretativo en el período clásico del Derecho Romano, hasta llegar a la etapa del Imperio. La acuciosa investigadora brasileña Judith Martins-Costa, quien ha dedicado un libro completo al instituto de la buena fe, en relación a lo dicho nos enseña que:

Como guía do momento hermenéutico, a boa-fé atuava, concomitantemente, em cinco campos funcionais, a saber: (a) critério de valoração da execução contratual e parâmetro da admissibilidade dessa mesma execução; (b) cânone hermenêutico para a determinação do *id quod actum est*, encaminhando a conexão entre a interpretação segundo a boa-fé e a interpretação segundo a intenção das partes; (c) regra de integração contratual, nas hipóteses de lacuna em relação a determinado aspecto do regulamento de interesses, então atuando funcionalmente para a configuração do comportamento exigível; (d) regra de interpretação para solver cláusulas obscuras, ambíguas ou plurívocas; (e) cânone para a harmonização entre os interesses dos contraentes e de terceiros, conduzindo- pela interpretação (segundo a boa-fé) do contrato, -à salvaguarda dos interesses de terceiros e daqueles envolvidos no contrato.

Esses núcleos funcionais da *bonae fides interpretatio*, acrescidos àqueles anteriormente assinalados, configuram a boa-fé como um princípio que impregnava capilarmente o tecido jurídico romano, atuando na própria base de *expedientes técnicos* permissivos ao juiz da adoção de decisões, em certos casos, considerando não apenas a ocorrência do fato central apresentado pela parte, mas ainda outros fatos ligados ao litígio. Era já uma certa objetivação do sentido da boa-fé, pois expurgada da conotação exclusivamente moral ou subjetivada, ligada à crença do sujeito da ação. (Martins-Costa, 2018, p.87- 88)

Como guía del momento hermenéutico, la buena fe actuaba, concomitantemente, en cinco campos funcionales, a saber: (a) criterio de valoración de la ejecución contractual y parámetro de la admisibilidad de esa misma ejecución; (b) canon hermenéutico para la determinación del *id quod actum est*, encaminhando la conexión entre la interpretación según la buena fe y la interpretación según la intención de las partes; (c) regla de integración contractual, en las hipótesis de laguna en relación a determinado aspecto del reglamento de intereses, actuando entonces, funcionalmente para la configuración del comportamiento exigible; (d) regla de interpretación para resolver cláusulas oscuras, ambíguas o plurívocas; (e) canon para la armonización entre los intereses de los contratantes y de terceros, conduciendo -por la interpretación (según la

buena fe) del contrato, - la salvaguardia de los intereses de terceros y de los que participan en el contrato.

Estos núcleos funcionales de la *bonae fides interpretatio*, añadidos a aquellos anteriormente señalados, configuran la buena fe como un principio que impregnaba capilarmente el tejido jurídico romano, actuando en la propia base de expedientes técnicos permisivos al juez de la adopción de decisiones, en ciertos casos, considerando no sólo la ocurrencia del hecho central presentado por la parte, sino también otros hechos ligados al litigio. Era ya una cierta objetivación del sentido de la buena fe, pues expurgada de la connotación exclusivamente moral o subjetivada, ligada a la creencia del sujeto de la acción. (Traducción libre)

Habiéndose entonces conocido la razón por la cual existió una discusión doctrinal para saber qué es la buena fe, estamos inequívocamente situados – para el presente estudio- en el campo de la buena fe objetiva⁴³. La buena fe objetiva acorde a la herencia del derecho romano y la doctrina que venimos siguiendo, es traducida en el deber de comportamiento por las partes acorde a la lealtad, corrección, diligencia, probidad, responsabilidad dirigidas a viabilizar un adecuado tráfico negocial. Aquí no se requiere solo creer que se esta obrando conforme a la buena fe, sino obrar, ser realmente diligente.

Si bien, la profesora Martins- Costa (2018) acepta que debido a la elevada condición genérica de esta institución es imposible definir técnicamente a la buena fe objetiva, ello no es óbice para delimitar la función que cumple en un ordenamiento jurídico. Así se puede discernir funcionalmente su actuación y eficacia como (i) canon hermenéutico de los negocios jurídicos: como pauta de interpretación, fuente de integración y criterio para la corrección de conductas contractuales e inclusive- según la ley- para la corrección del contenido contractual) y (ii) fuente generadora de deberes jurídicos de cooperación, información, protección y consideración de las legítimas expectativas de un tercero.

⁴³ Confundir los conceptos de buena fe objetiva y buena fe subjetiva ha conllevado a errores severos que tienen plena operatividad en el plano práctico. La autora colombiana Martha Neme (2009) recoge algunas situaciones erradas, ocurridas en el plano normativo y jurisprudencial colombiano, tales como: a) asumir que la buena fe objetiva comprende tanto una buena fe “exenta de culpa” (artículo 683 del Código de Comercio colombiano) como buena fe en la que la diligencia no resulta exigible (el término buena fe exenta de culpa es impropio pues atribuir una característica que valide el comportamiento –exenta de culpa- es incoherente ya que no existe una buena fe objetiva que carezca de diligencia); b) entender que la regla que prohíbe el ir contra los actos propios está regida por la buena fe subjetiva (la conducta contradictoria –aún no siendo malintencionada- contraviene la buena fe objetiva, pues es más desleal que incoherente con su contraparte, quien tiene confianza en la firmeza de los actos que realiza su contraparte) ; c) asumir que el principio de buena fe deba ceder ante la autonomía contractual (La Corte Suprema de Colombia debió entender en un caso, que la creencia –estado psicológico- de un asegurado de no estar incurso en una causal de exclusión prevista en el contrato de seguro, no puede imponerse al contenido del contrato mismo, pues es en razón de la buena fe objetiva que la cláusula de exclusión tiene validez); d) pretender una vinculación al acuerdo conforme a la literalidad del contrato sustentándose en la buena fe subjetiva y no la buena fe objetiva (exige la interpretación del pacto que busque la verdadera satisfacción de los contratantes, es decir la buena fe objetiva), entre otros.

En alemán, la expresión “buena fe” es llamada *Treu und Glauben*⁴⁴, ésta es una fórmula bipartita que significa *lealtad y confianza*, la cual tiene una connotación cultural, pues muestra como los alemanes entienden estructuralmente un concepto, un claro ejemplo es como más adelante crean otra fórmula bipartita: el famoso *Schuld und Haftung*, en español “*débito y responsabilidad*” (Martins-Costa, 2018)

La *Treu und Glauben* ha mantenido su esencia funcional (abandonamos la búsqueda de definición) tanto en la promulgación del BGB como en la reforma del acotado cuerpo legal luego de la “Ley de Modernización del derecho alemán de obligaciones”, bajo el baluarte del § 242, norma jurídica que ha permitido a la jurisprudencia alemana, salir victoriosa de situaciones problemáticas que vivía la nación no solo a nivel de déficit legislativo sino a nivel social (con las dos guerras mundiales acaecidas, donde fue protagonista Alemania)⁴⁵:

En Alemania, la falta de una norma general que permitiera la creación normativa por parte del juez, sumado a las vicisitudes que traería el siglo XX, llevaría a la doctrina y jurisprudencia a recurrir a la buena fe objetiva como un instrumento de flexibilidad normativa a fin de adaptar el Derecho Civil a las nuevas exigencias económico-sociales. El BGB, siguiendo la tendencia de los códigos modernos, consagró en el § 242 la obligación del deudor de efectuar la prestación como exige la buena fe en atención a los usos del tráfico. Ella ocupaba un papel modesto en el plan del legislador, teniendo una función insignificante antes de la codificación. Sin embargo, **a diferencia de otras experiencias europeas, los jueces alemanes dieron desde el comienzo una interpretación amplia y creativa al § 242, introduciendo nuevas soluciones equitativas mediante dicha disposición.** Este desarrollo se agudizó en la década de 1920, cuando producto de la depreciación monetaria el Reichsgericht determinó que de acuerdo con la buena fe correspondía aplicar en materia de obligaciones monetarias la revalorización de las obligaciones en lugar del nominalismo, contradiciendo directamente la letra de la ley, amenazando con desobedecer el mandato del gobierno, que pretendía compeler al tribunal a aplicar el nominalismo. El razonamiento del tribunal era que este principio estaba por sobre toda ley, y que el legislador no podía frustrar sus exigencias. Luego de esta sentencia, la buena fe recibiría una aplicación progresiva, ocupando un papel importante en la flexibilización de las relaciones contractuales, especialmente ante las situaciones de excepción que se presentaron durante y después de la

⁴⁴ Queda como dato periférico que el Derecho Germánico otorgó significados distintos a aquellos atribuibles a la bona fides romana, lo que daría consecuencias perdurables en la noción que se generaría posteriormente en la *Treu und Glauben*. Ello marcó dos caminos distintos en la acepción que se tendría sobre la buena fe: en los ordenamientos jurídicos situados en la órbita del derecho francés, la acepción derivaría del derecho romano y canónico; mientras los ordenamientos que sufrirían la influencia del derecho germánico verían como modelo el *Treu und Glauben* (Martins-Costa, 2018).

⁴⁵ Dada la escasez de viviendas tras la primera guerra mundial, era necesario estimular la construcción de casas mediante esta figura [el derecho de superficie](...) También las consecuencias de una guerra – esta vez de la Segunda Guerra Mundial- marcaron la necesidad de promulgar en 1951 una ley sobre propiedad horizontal o de viviendas (algo tardía, si se la compara con otros países que han introducido esta institución ya antes) (Wacke, 2013, p. 700).

guerra. Así, ella aparecía súbitamente como un instrumento que velaba por la justicia en las relaciones jurídicas, incluso, a pesar del texto legal, constituyendo el fundamento textual para el otorgamiento de soluciones equitativas. Este desarrollo estuvo respaldado por el aporte filosófico previo de Rudolf Stammler, que buscaba escapar de las consecuencias adversas de la excesiva limitación que suponía la normativa positiva de los nuevos códigos mediante el recurso a principios generales, así como de la Escuela del Derecho Libre, la cual realzaría la importancia de las cláusulas generales en la creación jurisprudencial, y en forma muy especial la buena fe. (Eyzaguirre y Rodríguez, 2013, pp. 148-149) [El resaltado y subrayado es nuestro]

Posteriormente, producto de la constante aplicación de la buena fe por los tribunales alemanes, la doctrina empezó a percatarse del caos en el que éstos empezaban a incurrir al resolver los casos puestos en despacho, orientándose la doctrina alemana – por tanto- a buscar una esquematización de la buena fe.

La actividad más característica de la doctrina alemana fue organizar las decisiones jurisprudenciales en “grupos de casos” (*Fallgruppen*), agrupando las soluciones que presentaran presupuestos y características similares. De esta forma se podría lograr más claridad en cuanto a la aplicación del artículo, evitando la incerteza jurídica que se derivaba de esta norma abierta, formando así un “sistema interno” que representaría el contenido de la cláusula general del § 242. La sistematización de este principio llevó a que muchas de las soluciones fundadas en el § 242 dieran lugar a doctrinas con contornos muy claros, y que se clasificaron posteriormente como “subteorías”, tanto doctrinas desarrolladas históricamente de forma independiente a la buena fe tales como: la doctrina de los actos propios, la cláusula *rebus sic stantibus*, el abuso de derecho o la *culpa in contrahendo*, así como nuevas doctrinas, como la existencia de obligaciones implícitas en la ejecución del contrato (*Leistungstreuepflicht*, *Schutzpflicht*, *Mitwirkungspflicht*, etc.), la imposibilidad de exigir la resolución del contrato por incumplimientos menores, el retraso desleal (*Verwinkung*), la excepción de contrato no cumplido, la interdicción de cláusulas abusivas en materia de protección al consumidor, por nombrar sólo algunas. Esta gigantesca sistematización bajo el § 242 del BGB llevó a que este párrafo adquiriera una importancia inusitada dentro del ordenamiento jurídico alemán, pasando a convertirse, prácticamente, en una normativa paralela al BGB, ocupando los comentarios al § 242 miles de páginas. (Eyzaguirre y Rodríguez, 2013, p. 150)

A pesar de todo, no se les quita mérito a los tribunales alemanes el hecho de aplicar la buena fe frente a supuestos que atacan los intereses legítimos de las partes involucradas, ya que de los planteamientos efectuados en sus sentencias – muchas veces atendiendo a la doctrina que apoyaba y ofrecía válvulas de escape mediante categorías jurídicas - derivan las instituciones que la reforma legislativa en el 2002 ha incluido y adherido al BGB.

La introducción de la buena fe objetiva, parte de la interacción que desarrollan las partes negocialmente hablando. Antes de celebrar el contrato, la buena fe ya se encuentra latente y por tanto vigilante de los deberes que en la etapa precontractual se generen. A continuación una vez dentro de una relación obligatoria, la buena fe es prestadora de que dicha relación guarde una complejidad –hoy innegable- en su contenido, nos referimos a las situaciones jurídicas subjetivas que destilan de aquella, deberes, cargas derechos, facultades, y que se concretan en la prestación o prestaciones principales, prestación o prestaciones secundarias y las prestaciones que no son ni principales ni secundarias, son colaterales o autónomas, como desee llamársele, son deberes de protección que, paralelamente a los deberes que resguardan directamente la prestación, buscan la protección de la integridad de las partes y sus bienes.

Que en el contrato o en la relación obligatoria fundada, aparezcan deberes que las partes no han previsto expresamente no es fruto de una arbitrariedad, ni busca desequilibrar las cosas. Esto quiere decir que cuando las partes celebran un contrato tendrán el efecto vinculante de la ley, y por tanto lo que en ella se prevé para cada contrato en particular, además la autonomía privada determinará en principio las reglas contractuales a la cuales se someterán voluntariamente las partes. Y aquí entra la fuente de la integración del contrato bajo el soporte normativo de la buena fe. Ninguna autorregulación contractual podrá contemplar todos los eventos que puedan originarse durante la ejecución del contrato, ni tampoco predeterminar las soluciones a posibles controversias. La solución a este “vacío” lo da la buena fe. Siendo esto así, los deberes de protección – aquellos deberes nunca expresado por las partes- se integrarán al contrato por la vía de la buena fe, en la medida que las partes depositan su confianza en la conducta de cada una de ellas y exponen su esfera jurídica dentro de una relación obligatoria: ojo, hablamos de la conducta acorde a la lealtad, honestidad, rectitud; en efecto, es la buena fe objetiva.

La teoría de los deberes de protección tiene una característica inherente de reciprocidad al ser ajena a la prestación principal (que comúnmente pesa la balanza a favor del acreedor). Se busca que ambas partes logren un ambiente de protección para ellas mismas, pues como diría Jordano Frada (1987), **el carácter de reciprocidad se activa por un lado con la existencia de los deberes de protección y por otro con la buena fe, criterio que fija los límites de lo que puede ser exigido.** No se quiere decir que buena fe y deberes de protección operan por cuerdas separadas, sino que la base teórica de los deberes de protección se fundan en la buena fe y no termina su labor ahí, sino que la acompañará no solo justificando la existencia de dicha teoría, sino fijando los límites que pueden alcanzar los tipos de deberes que puedan darse en cada caso particular.

Así es cómo los deberes de protección ha calado sin peros en la jurisprudencia alemana⁴⁶, conforme al § 242; para luego radicar expresamente en el segundo

⁴⁶ A propósito del estudio preliminar que hemos hecho sobre el contacto social y las lesiones positivas del contrato, vemos que Stoll ha tenido un *backup* crucial para que la estructura de su teoría sea sustancial y haya podido pulir las teorías referidas anteriormente, para así ser recogida sin ambages en la jurisprudencia alemana.

párrafo del § 241, gracias a la reforma del BGB el año 2002, como podremos ver en el siguiente subcapítulo.

5.3.3. Reconocimiento legislativo de los deberes de protección en la ley de modernización del derecho de obligaciones

Son el historial doctrinario (todas las teorías esbozadas en el capítulo I y II) y los pronunciamientos jurisprudenciales orientados a imputar responsabilidad contractual frente a los daños provocados en la integridad de las partes o en sus bienes - producto de un contacto social con carácter negocial o dentro de una relación contractual-, los factores más determinantes que han impulsado la reforma del BGB básicamente a nivel de derecho de obligaciones⁴⁷.

La ley fue publicada el 29 de noviembre de 2001, entrando en vigor el primero de enero de 2002. Sus tres grandes objetivos fueron: 1) la implementación de las propuestas de reformas de partes nucleares del derecho de las obligaciones formuladas durante los años 80', 2) incorporar las últimas directivas europeas y 3) agregar las leyes especiales sobre derecho del consumidor (Lamarca, 2002)

(...)el esquema de la reforma puede resumirse en cuatro sectores principales: (i) la prescripción; (ii) las irregularidades en la ejecución de la prestación (Leistungstörungen); (iii) la compraventa y el contrato de prestación de obra; y (iv) la normativa de protección al consumidor. (León, 2003, p.30)

Para efectos del presente trabajo, nos centraremos únicamente en los dos primeros ítems:

(i) La prescripción.- Se regula en el § 202 la reducción o ampliación convencional de los plazos de prescripción, siendo la excepción a la regla la responsabilidad por dolo:

Section 202

Inadmissibility of agreements on limitation

(1) In the case of liability for intention, the limitation period may not be relaxed in advance by legal transaction.

(2) The limitation period may not be extended by legal transaction beyond a period of thirty years from the beginning of the statutory limitation period.

⁴⁷ Esta reforma en Alemania, también ha afectado la normativa sobre la prescripción. Tal como comenta el civilista Leysser León (2003), el antiguo sistema preveía una gran variedad de plazos de prescripción, algunos iban desde seis meses y otros llegaban a treinta años, lo que llevaba a confusión en la aplicación concreta para cada caso. Esta disconformidad atravesó la regularidad del plazo de prescripción en materia de compraventa, que era considerado muy corto para algunas hipótesis, y para otras demasiado largo (treinta años). Con la reforma se ha reducido a nivel general el plazo de prescripción a tres años, regulando de forma enumerativa plazos especiales de más larga duración solo para específicos supuestos.

Parágrafo 202

Inadmisibilidad de acuerdos sobre prescripción.

(1) *En el caso de responsabilidad por dolo, el período de prescripción no puede ser reducido de manera anticipada por un negocio jurídico.*

(2) *El período de prescripción no puede extenderse a través de un negocio jurídico, si es un período mayor a treinta años regulado legalmente de forma prevista. (Traducción libre)*

(ii) Las irregularidades en la ejecución de la prestación.- Si antes de la reforma el sistema de remedios alemán eran de cuatro tipos: imposibilidad, retraso, lesión positiva del contrato y defectos del bien en la compraventa, ahora en el nuevo BGB, se pide un prerrequisito para poner a disposición del acreedor remedios para protegerlo ante un incumplimiento total o un incumplimiento defectuoso: se pide la infracción de un deber, así, de forma conceptual generalizada y amplia.

(...) Los prerrequisitos para los remedios a disposición del acreedor dependen, ahora, del tipo de *remedy* que él seleccione. Estos serían: el resarcimiento, como sustituto de la prestación, en caso de retraso o ante otros daños; el poner término al contrato; u otros remedios como la eliminación de un defecto, la reducción del precio o la entrega de nuevos bienes libres de defectos.(...) Luego de la reciente reforma, es mucho más fácil para el acreedor poner término al contrato y demandar el resarcimiento en lugar de la prestación. En otras palabras: es mucho más perjudicial para el deudor no ejecutar la prestación. Y ello -por supuesto- incrementa el incentivo en el deudor, para que cumpla. Esta era una meta explícita de la reforma. (León, 2003, p.30)

El punto más álgido de este ítem es respecto a los casos de incumplimiento que no se encontraban contemplados (cumplimiento defectuoso es un ejemplo), por lo que se verá como la teoría de las lesiones positivas del contrato se consagra legislativamente.

El legislador alemán ha propuesto estos dos nuevos textos para el § 275 (cuando la imposibilidad no es imputable) y el § 280 (cuando la imposibilidad es imputable:

Section 275

Exclusion of the duty of performance

(1) *A claim for performance is excluded to the extent that performance is impossible for the obligor or for any other person.*

(2) *The obligor may refuse performance to the extent that performance requires expense and effort which, taking into account the subject matter of the obligation and the requirements of good faith, is grossly disproportionate to the interest in performance of the obligee. When it is determined what efforts may reasonably*

be required of the obligor, it must also be taken into account whether he is responsible for the obstacle to performance.

(3) In addition, the obligor may refuse performance if he is to render the performance in person and, when the obstacle to the performance of the obligor is weighed against the interest of the obligee in performance, performance cannot be reasonably required of the obligor.

(4) The rights of the obligee are governed by sections 280, 283 to 285, 311^a and 326.

Parágrafo 275

Exclusión del deber de cumplimiento.

(1) Una pretensión por la prestación se excluye en la medida en que el cumplimiento sea imposible para el deudor o para cualquier otra persona.

(2) El deudor puede rehusarse a cumplir con la prestación en la medida en que esta requiera un gasto y un esfuerzo que, teniendo en cuenta el objeto de la relación obligatoria y los requisitos de buena fe, sea sumamente desproporcionado respecto del interés que el acreedor tenga en la prestación. A efectos de determinar qué esfuerzos pueden ser razonablemente necesarios que realice el deudor, también se deberá tener en cuenta si es responsable del impedimento de la prestación.

(3) Además, el deudor puede oponerse a la prestación si ha de realizarla personalmente y la misma no puede serle exigida en atención a los obstáculos para la ejecución del deudor frente al interés del acreedor en la ejecución.

(4) Los derechos del acreedor se rigen por los artículos 280, 283 a 285, 311^a y 326. (Traducción libre)

Section 280

Damages for breach of duty

(1) If the obligor breaches a duty arising from the obligation, the obligee may demand damages for the damage caused thereby. This does not apply if the obligor is not responsible for the breach of duty.

(2) Damages for delay in performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirement of section 286.

(3) Damages in lieu of performance may be demanded by the obligee only subject to the additional requirements of sections 281, 282 or 283.

Parágrafo 280

Resarcimiento por incumplimiento de un deber

(1) Si el deudor lesiona un deber derivado de la relación obligatoria, el acreedor puede exigir daños y perjuicios por los daños causados. Esto no se aplica si el deudor no es responsable por la infracción del deber.

(2) El resarcimiento por retraso en la ejecución pueden ser exigidos por el acreedor únicamente acorde a los supuestos del § 286.

(3) El resarcimiento en sustitución de la prestación puede ser exigido por el acreedor según los requisitos adicionales de los § 281, 282 o 283. (Traducción libre)

¿Cuál es la razón de contemplar como fundamento único “la lesión de un deber”? Citando a Aurelia Colombi Ciacchi, el prof. Leysser apunta a una respuesta:

El objetivo perseguido con esta nueva figura –resume Aurelia Colombi Ciacchi- es claro: comprender todas las instituciones, de la *culpa in contrahendo* a la *positive Forderungsverletzung* [lesiones positiva del crédito o contrato], a la *culpa post contractum finitum* [culpa post contractual], y al *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* [deberes de protección frente a terceros ajenos al contrato], que la jurisprudencia alemana había tenido que crear para resolver los casos que no se podían incluir en los abstractos supuestos de las disposiciones del Código Civil, o bien para remediar los inconvenientes ligados con la aplicación de estas últimas. En Alemania, dichas instituciones gozaban de un reconocimiento tan universal que eran pacíficamente consideradas como normas de Derecho Consuetudinario. (León, 2003, p.34)

Visto como se ha internalizado los trabajos que la doctrina y la jurisprudencia iban arrojando ante la realidad práctica (lesiones positivas del contrato, *culpa in contrahendo* por nombrar las importantes), queda por ver la introducción de la teoría de los deberes de protección al nuevo BGB:

En el régimen anterior del BGB, para admitir la responsabilidad por infracción de los deberes de protección se tenía que razonar por analogía, sobre la base de la normativa en materia de mora. Dado que el deudor está obligado a resarcir en caso de no hacer lo que debía (mora), análogamente tendrá que responder por los daños derivado de haber hecho lo que no debía hacer, o simplemente, de la ejecución inexacta de la prestación.

(...) la primera norma (§ 241) del libro II del BGB ha sido objeto de una ampliación. Originalmente, se limitaba a establecer una regla fundamental: "En virtud de la relación obligatoria el acreedor tiene el derecho de pretender una prestación del deudor. La prestación también puede consistir en una omisión". (León, 2003, p. 38)

Ahora la redacción del § 241 incluye un párrafo más:

Section 241

Duties arising from an obligation

(1) By virtue of an obligation an obligee is entitled to claim performance from the obligor. The performance may also consist in forbearance.

(2) An obligation may also, depending on its contents, oblige each party to take account of the rights, legal interests and other interests of the other party.

Parágrafo 241

Deberes derivados de una obligación

(1) En virtud de una relación obligatoria, el acreedor tiene derecho a reclamar la prestación del deudor. La prestación también puede consistir en una omisión.

(2) Una relación obligatoria también puede, según su contenido, obligar a cada una de las partes a tener en cuenta los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte. (Traducción libre) [El resaltado es nuestro]

Finalmente, y por si fuera poco, la reforma también trajo consigo el reconocimiento legislativo de las tratativas precontractuales, regulándose en el § 311 lo siguiente:

Section 311

Obligations created by legal transaction and obligations similar to legal transactions

(1) In order to create an obligation by legal transaction and to alter the contents of an obligation, a contract between the parties is necessary, unless otherwise provided by statute.

(2) An obligation with duties under section 241 (2) also comes into existence by

- 1. the commencement of contract negotiations*
- 2. the initiation of a contract where one party, with regard to a potential contractual relationship, gives the other party the possibility of affecting his rights, legal interests and other interests, or entrusts these to him, or*
- 3. similar business contacts.*

(3) An obligation with duties under section 241 (2) may also come into existence in relation to persons who are not themselves intended to be parties to the contract. Such an obligation comes into existence in particular if the third party, by laying claim to being given a particularly high degree of trust, substantially influences the pre-contract negotiations or the entering into of the contract.

Parágrafo 311

Obligaciones creadas por negocios jurídicos o cuasinegocios

(1) Para crear una relación obligatoria mediante un negocio jurídico y para variar o alterar el contenido de una relación obligatoria, es necesario la celebración de

un contrato entre las partes interesadas, a menos que la norma disponga lo contrario.

(2) Una relación obligatoria con deberes según el § 241, segundo párrafo también nace por:

- 1. El inicio de las tratativas negociales*
- 2. La preparación de un contrato donde una de las partes otorga a la otra, con respecto a una posible relación contractual, la posibilidad de incidir en sus derechos, bienes jurídicos y otros intereses, o se los confía, o*
- 3. Mediante contactos de carácter cuasinegocial.*

(3) También puede existir una relación obligatoria con deberes en virtud del § 241, segundo párrafo, en relación con las personas que no están destinadas a ser parte del contrato. Dicha relación obligatoria surge en particular si el tercero, afirma que se le ha otorgado un grado de confianza particularmente alto, y a través de este influye sustancialmente en las tratativas o en la celebración del contrato. (Traducción libre)

Sin duda alguna, la teoría de los deberes de protección tiene una calificación exitosa en el marco del derecho alemán, ya que no solamente adquirió consagración legislativa como hemos podido ver, sino que ganó adeptos fuera de sus confines territoriales como sucedió en Italia.

5.3.4. I doveri di protezione

Luigi Mengoni considera que la razón de que en en su país haya sido recepcionado la teoría de los deberes de protección radica en que en su sistema jurídico la referida teoría tiene una base normativa y una probabilidad de definición más concreta que en el propio ordenamiento jurídico alemán. Para él, la esencia de los deberes de protección está en su reciprocidad, característica que no se contempla en el o los deberes de prestación que generalmente se le imputa al deudor (Mengoni, 1954). El maestro continúa comentando que la base normativa antedicha es el artículo 1175 del Código Civil Italiano de 1942 [*Codice Civile*], norma que trasciende –según su parecer- el campo de las relaciones contractuales:

*Art. 1175.
Comportamento secondo correttezza.*

Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza.

*Art. 1175
Comportamiento con arreglo a la corrección*

*El deudor y el acreedor debe comportarse según las de la corrección [lealtad]
(Traducción libre) [El agregado es nuestro]*

Con el artículo anteriormente glosado, concurren: a) el artículo 1374 del *Codice Civile* relacionado a la integración del contrato como sometimiento a lo que se ha expresado en él y sus consecuencias que deriven de él conforme a ley o en su defecto a los usos y a la equidad y b) el artículo 1375 del *Codice Civile*, artículo que invoca la buena fe a ejecutarse en todo contrato.

Este principio [el de la buena fe], que tiene en la corrección no más que una de sus variantes, asume el papel de fuente de integración del contrato para la salvaguardia del interés de protección de cada una de las partes, e incluso de los terceros ligados a alguna de ellas por relaciones particulares, que los asocie con el mismo riesgo específico. De ello se deduce, ante todo, que la lesión de dicho interés, producida por comportamiento de la contraparte, causalmente conexos con la ejecución del contrato, cambia de naturaleza: ella no plasma un ilícito civil, como ocurriría fuera del ámbito del art. 1775, sino una *fattispecie* de incumplimiento del contrato, sujeta a la regla del art. 1128. En segundo lugar, y en consecuencia, un comportamiento contrario a un deber de protección puede cobrar relevancia jurídica independientemente de la producción de un daño concreto, en función de los remedios de la resolución del contrato, y de la excepción de incumplimiento. (León, 2007, p. 147) [El resaltado es nuestro]

No ha escapado esta teoría a críticas que únicamente se sustentan en su naturaleza jurídica. Carlo Castronovo concentrado en un ejemplo los argumentos que están en contra de dicha teoría, comenta la regulación del contrato de transporte en Italia:

Così, quando a proposito del trasporto di persone si afferma che <<l'obbligazione del vettore non si esaurisce nel trasferimento del viaggiatore da un luogo all'altro, come sembrerebbe dedursi dall'art. 1678, gianché dall'art. 1681... si deduce che la prestazione in effetti consiste nel trasferimento di questo senza danno (per la sua persona o per il suo bagaglio)>> si disattende chiaramente la netta distinzione normativa tra l'obbligo di prestazione e la responsabilità del vettore: dall'art. 1681 risulta infatti chiaramente la sottolineatura di una responsabilità che va al di là di quella per inadempimento della prestazione di trasporto. Che se poi effettivamente la norma riferisse a quest'ultima, essa risulterebbe superflua, essendovi la prestazione generale dell'art. 1218.

(...)

Diventa comprensibile, piuttosto, una volta individuato questo modulo interpretativo del rapporto obbligatorio, l'affermazione secondo la quale, accolta la teoria dei doveri di protezione, si dovrebbe << constatare una certa confusione per così dire di competenza tra le norme degli artt. 1175 e 1176>>. Comprensibile ma non per questo accettabile. La confusione sussisterebbe, e sarebbe certo non di poco momento, qualora si accogliesse la teoria dei doveri di protezione e insieme si intendesse la diligenza nel senso tanto ampio, per non dire totalitario, in cui la accoglie la doctrina in questione. (Castronovo, 1976, pp.145-148)

Así, cuando se trata del transporte de personas, se afirma que << la obligación del transportista no termina con el traslado del viajero de un lugar a otro, como parece deducirse del art. 1678, ya que del art. 1681 ... se puede deducir que el desempeño en vigor consiste en la transferencia de este sin daño (para su persona o su equipaje) >> la clara distinción normativa entre el deber de prestación y la responsabilidad del transportista no se tiene en cuenta: el art. 1681 muestra claramente el subrayado de una responsabilidad que va más allá de la falta de cumplimiento del servicio de transporte. Si la teoría se refiere a este último, sería superflua, ya que hay una disposición general del art. 1218. (...)

Se hace bastante comprensible, una vez que se ha identificado este módulo de interpretación de la relación obligatoria, la afirmación según la cual, habiendo aceptado la teoría de los deberes de protección, uno debería <<ver una cierta confusión, por así decirlo, de competencia entre las normas de los artículos. 1175 y 1176 >>. Esto es comprensible pero no aceptable. La confusión subsistiría, y ciertamente no sería de poca importancia, si se aceptara la teoría de los deberes de protección y al mismo tiempo se entendiera a la diligencia en e un sentido tan amplio, por no decir totalitario, en que la doctrina en cuestión lo acoge. (Traducción libre)

Los reclamos que apuntan a entender que el sistema de responsabilidad extracontractual regula por cuenta propia los planteamientos que la categoría de los deberes de protección pretende tutelar, han sido absueltos por Benatti apoyándose en el artículo 2087⁴⁸ del *Codice Civile*, formulando las siguientes alegaciones:

(...) es necesario, tener aún en cuenta el artículo 2087^o, el cual parece contradecir todo y cuanto se ha afirmado.

La ratio del artículo nos sigue el criterio para salir de la aparente dificultad. En verdad, la norma ha sido dictada por la preocupación de asegurar al trabajador, condiciones ambientales idóneas para garantizar su integridad física: si el trabajador fuese constreñido a prestar sus servicios en locales malsano, en máquinas privadas de adecuados dispositivos de seguridad, su salud se encontraría expuesta a continuos peligros.

⁴⁸ Art. 2087. Tutela delle condizioni di lavoro.

L'imprenditore è tenuto ad adottare nell'esercizio dell'impresa le misure che, secondo la particolarità del lavoro, l'esperienza e la tecnica, sono necessarie a tutelare l'integrità fisica e la personalità morale dei prestatori di lavoro.

Art. 2087. Protección de las condiciones de trabajo.

El empleador está obligado a adoptar las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para proteger la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores. (Traducción libre)

Exigencias análogas a aquellas delineadas para el contrato de trabajo se presentan también para otros contratos: piénsese en el contrato de hospedaje, en el de clínica [casa di cura] y así por el estilo. Es claro que en esta hipótesis debe ser concedida una tutela idéntica a aquella prevista en el artículo 2087° para la relación de trabajo: el cliente de un hospedaje tiene el derecho de ser alojado en una habitación no solamente confortable, sino <<segura>>. Si, por ejemplo, el techo estuviese inestable, no existe alguna duda que el cliente podría solicitar o ser alojado en otro cuarto o bien la resolución del contrato, no siendo admisible que deba permanecer a esperar el eventual hecho lesivo, con la sola satisfacción, luego, de pretender el resarcimiento de los daños. Considérese aún el caso del contrato de clínica: un enfermo tiene el derecho de exigir ser ubicado en una habitación que se encuentre alejada de aquella en la cual se encuentra una persona hospitalizada por una enfermedad infecciosa.

Puesto que, entonces, **en ciertos contratos el reglamento de intereses previsto no puede ser actuado con suficiente seguridad si una parte no tiene una conducta idónea para salvaguardar de hechos lesivos a la persona o bienes de la otra, es necesario, en servicio al principio del artículo 1175° del *Codice Civile*, admitir la constitución de un deber dirigido a tutelar la integridad física o el patrimonio ajeno(...)** De allí que consecuentemente la falta de observancia de los deberes de conservación [léase deberes de protección] genera el derecho a la resolución del contrato y a otras medidas cautelares; y es cierto que, si un daño fuese causado la responsabilidad es contractual, dado que el nexo existente entre el comportamiento dirigido a evitar el evento dañoso y el contenido del contrato. (Benatti, 1960, p. 1351) [El resaltado y agregado es nuestro]

5.3.5. *Les obligation de securité*

En Francia, se ha presenciado un desarrollo, más que nada jurisprudencial- que guarda cierto paralelismo con los deberes de protección alemana. La jurisprudencia francesa ha desarrollado una categoría denominada “*obligation de securité*” (en español obligaciones de seguridad).

La revolución industrial y la aparición de transportes ferroviarios cumplió con germinar progresivamente obligaciones de seguridad para los viajeros y empleados. El *leading case* entre “*la Compagnie Générale Transatlantique y Zbidi, Hamida Ben Mahmoud*” resuelto por la *Cour de Cassation* el año 1911, dio inicio a esta particular categoría.

En síntesis, el caso trata sobre un pasajero al que se le asignó un sitio junto a las mercaderías, el cual resultó lesionado en el pie por la caída de un barril mal almacenado, durante un viaje en el barco del cual era propietario la empresa demandada. La defensa argumentaba que las cláusulas comprendidas cuando se adquiere un boleto de viaje no comprenden casos de resarcimiento contra la misma empresa, por heridas que pueda recibir un pasajero.

La corte de Casación francesa sentenció que además de la prestación principal dirigida a brindar el servicio de transporte, existen obligaciones del transportista, orientadas a trasladar al pasajero sano y salvo a su destino [*Que l'exécution du contrat de transport comporte, en effet, pour le transporteur l'obligation de conduire le voyageur sain et sauf à destination*]. Y estas obligaciones de seguridad reposan – para dicha Corte- sobre un fundamento contractual ubicado en el artículo 1134 del *Code Civil*:

Article 1134

Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. Elles ne peuvent être révoquées, ou pour les causes que la loi autorise. Elles doivent être exécutées de bonne foi.

Artículo 1134

Los contratos legalmente celebrados tienen fuerza de ley entre los que los han efectuado. Sólo pueden revocarse por mutuo acuerdo o por las causas que autoriza la ley. Deben cumplirse de buena fe. (Traducción libre)

Lo revolucionaria de esta decisión, es por la sencilla razón de que la jurisprudencia hasta ese entonces resolvía que, en casos de producirse daños en la ejecución de un contrato de transporte, se respondía por responsabilidad extracontractual:

Hasta finales del siglo xix la Corte de Casación francesa consideraba que un resarcimiento por el daño ocasionado al pasajero durante la ejecución de un contrato de transporte estaba sometido a la disciplina de la responsabilidad extracontractual con fundamento en la cláusula general del art. 1382 del c.c.fr., lo que conllevaba la necesidad de probar una culpa del transportador. Por el contrario, si los daños recaían sobre las cosas transportadas, el régimen aplicable era el de la responsabilidad contractual. **Este diferente tratamiento, que colocaba a la persona en peor posición que la mercancía, fue objeto de críticas en la doctrina y condujo a que la Cour de Cassation cambiará su posición en los albores del siglo xx, ‘contractualizando’ el daño por medio de la creación de una obligación de seguridad de resultado**, logrando de esta forma conceder una protección adecuada al pasajero lesionado, ya que se liberaba a este último de la prueba de la culpa del transportador, quien a su vez podía exonerarse solamente demostrando una causa extraña. (Rodríguez, 2011, pp.328-329) [El resaltado es nuestro]

Esta sentencia fue el detonante de que a partir de ese momento se formulen las obligaciones de seguridad no sólo para los contratos de transporte sino para otras actividades económicas más: transportes similares (teleféricos, teleesquíes), contratos de hospedaje, contratos de tratamiento médico, contratos donde prestan servicios las agencias de viaje, contratos de compraventa, contratos para realizar instalaciones de espectáculos, juegos.

Se dice que la teoría de las obligaciones de seguridad tuvieron singular éxito debido a la regla del *non-cumul*, regla que también fue elaborada por la jurisprudencia francesa. Esta regla se traduce en un “negativa de elección” (*refuse d’option*) por parte de la víctima, de accionar por responsabilidad contractual o extracontractual, pues se pretende ante estos casos que la solución sea recurrir a la responsabilidad contractual, cumpliendo la labor de una acción especial. En relación a ello, la profesora de la Facultad de Derecho de París, Geneviève Viney, explica el razonamiento adoptado por los jueces franceses al aplicar el *non-cumul*:

Parfois d'ailleurs, lorsque la règle du non-cumul est invoquée, ce n'est pas pour préserver le contenu et la portée des obligations elles-mêmes, mais pour faire prévaloir certaines particularités du régime de la responsabilité contractuelle. Or la Cour de cassation se montre également favorable à son application dans ces hypothèses.

Ainsi a-t-elle imposé, sur le fondement de ce principe, les règles de preuve normalement applicables entre cocontractants.

Elle a également eu l'occasion de refuser à la victime, sur ce même fondement, la possibilité d'écarter le principe de non-réparation du dommage contractuel imprévisible résultant de l'article 1150 C.N.

Mais c'est surtout afin d'imposer les particularités du régime de l'action en responsabilité contractuelle que la règle du non-cumul est fréquemment invoquée et, ici encore, la jurisprudence s'est déclarée favorable à son application. La Cour de cassation refuse en effet catégoriquement, dès lors qu'il est constaté que les conditions d'application du régime contractuel se trouvent réunies, d'admettre que la victime soit autorisée à se placer sur le terrain délictuel soit pour faire jouer les règles de compétence juridictionnelle applicables en ce domaine, soit pour échapper aux délais de prescription ou de forclusion limitant la durée de l'action contractuelle.

Dans ces hypothèses, la règle du non-cumul acquiert alors une fonction qui dépasse largement la protection du contenu obligationnel du contrat. Elle devient une garantie de l'autonomie du régime de la responsabilité contractuelle. Certes, dans la mesure où ce particularisme est présenté comme une conséquence de l'origine contractuelle de la règle méconnue, ces applications paraissent logiques et naturelles. (Viney, 1994, pp. 819-820)

Además, a veces, cuando se invoca la regla de *non-cumul*, no es para preservar el contenido y el alcance de las obligaciones en sí, sino para hacer que ciertas características del régimen de responsabilidad contractual prevalezcan. La *Cour de cassation* también es favorable a su aplicación en estas hipótesis.

Así, sobre la base de este principio, fueron impuestas las reglas de la prueba normalmente aplicables entre las partes co-contratantes.

Esta regla, también tuvo la oportunidad de negar a la víctima, sobre la misma base, la posibilidad de rechazar el principio de no resarcimiento por daños contractuales imprevisibles resultantes del Artículo 1150 C.N.

Pero es especialmente para imponer las particularidades del régimen de acción en la responsabilidad contractual que la regla de *non-cumul* se invoca con frecuencia y, nuevamente, la jurisprudencia se ha declarado a favor de su aplicación. La *Cour de cassation* refuta categóricamente, ya que encuentra que se cumplen las condiciones de aplicación del régimen contractual, para admitir que la víctima sea autorizada a desplazarse en el campo extracontractual ya sea para favorecerse con las reglas de competencia jurisdiccional aplicables en esta área, ya sea para evitar los períodos de prescripción o caducidad que limitan la duración de la acción contractual.

En estos casos, la regla de non-cumul adquiere una función que va mucho más allá de la protección del contenido contractual del contrato. Se convierte en una garantía de la autonomía del régimen de responsabilidad contractual. Es cierto que, en la medida en que este particularismo se presenta como consecuencia del origen contractual de la regla desconocida, estas aplicaciones parecen lógicas y naturales. (Traducción libre)

Era de esperarse que pronto la doctrina francesa tenga sus reparos respecto a la labor activa de los tribunales franceses, tanto más si el artículo 1382 del *Code Civil* contiene una regla general para la responsabilidad aquiliana, no hay una regla de atipicidad como ocurrió en Alemania y llevo a completarla a través de categorías conceptuales. El texto del artículo 1382 recoge la siguiente regla:

Article 1382

Tout fait quelconque de l'homme, qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Artículo 1382

Cualquier hecho del hombre, el cual cause al otro un daño, obliga a aquel por cuya culpa sucedió, a resarcirlo. (Traducción libre)

Asimismo, en términos contractuales, en Francia, sólo respondían los transportistas por los bienes de los contratantes, conforme al artículo 1784 del Código de Napoleón. León y Henri Mazeaud apuntaban con claridad que esa norma estaba dirigida para mercancías o – en ese tiempo- animales con imposibilidad de movilizarse, y por el contrario, no para las personas, pues se esta realizando el transporte de pasajeros que no son bultos de mercancías; en este caso, pues la empresa tiene un derecho de dirección limitado (Mazeaud, 1929). El artículo en cuestión reza lo siguiente:

Article 1784

Ils sont responsables de la perte et des avaries des choses qui leur sont confiées, à moins qu'ils ne prouvent qu'elles ont été perdues et avariées par cas fortuit ou forcé majeure.

Artículo 1784

Son responsables de la pérdida y de las averías de las cosas que se les confían, a menos que se pruebe que estos se han perdido o averiado por caso fortuito o fuerza mayor. (Traducción libre)

Frente a esta posición tomada por la Corte Francesa, la doctrina analizó la participación no solo del deudor (empresa que presta servicios de transportes) como responsable de un potencial daño, sino también el comportamiento que despliega el acreedor (pasajero), el cual concurre con el daño. La respuesta de la doctrina se dio con las “obligaciones de medios y de resultados”⁴⁹ propuesta por René Demogue, quien básicamente era partidario de unificar los sistemas de responsabilidad civil ya que tanto en la contractual como extracontractual existen supuestos donde se presume la culpa y supuestos donde la víctima debe probarlo.

La finalidad de Demogue ante el panorama descrito era el de evitar que la responsabilidad se desborde de sus confines, y para ello consideró que la mayoría de obligaciones de seguridad sean consideradas obligaciones de medios, esto inevitablemente iba a llevar a que la teoría de las obligaciones de seguridad se debilite ya que la carga de la prueba pesaría sobre la persona que considera que no se actuó diligentemente (Rodríguez, 2011).

La jurisprudencia como respuesta ha tenido a bien determinar según el tipo de contrato, qué obligaciones de seguridad serán de medios y otras de resultado, no admitiéndose del todo que estas obligaciones sean de medios ya que su rol tuitivo jamás sería logrado. Sin embargo, la consecuencia colateral que iba a traer ello es una jurisprudencia inestable y fluctuante:

(...) la misma jurisprudencia en casos concretos ha dado efectos a una obligación de seguridad de resultado, si bien las circunstancias encuadraban perfectamente en la configuración de una obligación de medios. Una “estrategia doble” que se puede encontrar en casos como en el que un cliente de un restaurante sufre un daño cuando al sentarse la silla se rompe, y en el cual la Corte de Casación considera que si bien el restaurador en principio tiene una obligación de seguridad de medios frente a sus clientes, en el caso concreto la obligación de poner a disposición sillas estables y en buen estado son parte integral del contrato

⁴⁹ Mientras en las obligaciones de medios, el deudor debe mantener una conducta dirigida a alcanzar la satisfacción del interés del acreedor, sin garantizar la obtención de ésta por tener el objeto del contrato un carácter aleatorio o incierto, en las obligaciones de resultado, el deudor se compromete a garantizar el cumplimiento de la prestación que constituye el interés principal del acreedor (Cabanillas, 2000). Sin duda el criterio a determinar por las partes, de qué obligación es de medio y qué obligación es de resultado, conlleva a una polémica por la cual muchos se han desencantado por la mencionada clasificación.

de restauración, y dicha obligación había sido incumplida (Cas. Civ., 1ª cam., 2 de junio de 1981); en el caso de un huésped de un hotel, quien sufre un daño como consecuencia de la explosión de la calefacción de su habitación, en donde la Corte hace referencia a que la obligación que pesa en cabeza del hotelero de poner a disposición una calefacción segura es de medios, y sin embargo fundamenta su responsabilidad a prescindir de que haya existido un error en la manipulación del sistema por parte del huésped (Cas. Civ., 1ª cam., 19 de julio de 1983); en el caso de un niño que muere ahogado en la piscina de un restaurante alquilado para un evento, en el que el restaurador sólo había colocado unas sillas como barrera para acceder a la piscina, por lo que es considerado responsable por las escasas medidas de seguridad adoptadas sin importar el rol activo del menor (Cas. Civ., 1ª cam., 14 de marzo de 1995); en el caso de vuelos en parapente, en el que la Corte de Casación afirmó en un primer momento que pesaba a cargo del organizador sólo una obligación de medios (9 de octubre de 1996), para un año después reconocer una obligación de resultado (21 de octubre de 1997), con la única diferencia que en el primer caso el cliente había hecho uso del aparato por su propia cuenta, mientras que en el segundo el vuelo había sido supervisado por el encargado. (Rodríguez, 2011, p. 333)

Viney (1994), sintetiza con mucha pulcritud cómo podría lograrse una eficiente distinción, partiendo de que los tribunales deben analizar que la actividad del deudor ponga en un estado de impedimento de libertad de movimiento al acreedor (como sucede generalmente en los contratos de trabajo, de tratamiento médico y transporte) en una situación verdadera de peligro, no teniendo una forma de defenderse, y por tanto depositando su confianza en la otra parte. Si estos presupuestos no se reúnen, la obligación de seguridad será de medios.

Ante la adversidad descrita, las obligaciones de seguridad aún perviven, incluso hay proyectos de reformas como el *avant-projet* [anteproyecto] por Pierre Catala del año 2005 que pretenden codificar dicha categoría:

Art. 1150

L'obligation de sécurité, inhérente à certains engagements contractuels, impose de veiller à l'intégrité de la personne du créancier et de ses biens.

Art. 1150

La obligación de seguridad inherente a algunos contratos, impone de velar por la integridad de la persona que es acreedora y sus bienes. (Traducción libre)

Finalmente, el ejercicio de diferenciación entre los deberes de protección alemana y las obligaciones de seguridad francesa nos permitirá darle consistencia a las pautas ya elaboradas hasta este punto (Rodríguez, 2011):

Respecto a su fisonomía. - Los deberes de protección acompañan al deber de prestación principal, poseyendo una atribución autónoma, hasta el hecho de prescindir de ella. Las obligaciones de seguridad, en cambio, se adhieren a la prestación principal, adquiriendo el carácter de accesoriedad. La construcción dogmática de los deberes de protección no se compara a la francesa, y ante ello,

es que puede equipararse esta última solo en uno de los subtipos de los deberes de protección: el deber de información y consejo.

Respecto a su funcionalidad.- El sistema de responsabilidad extracontractual en Alemania es atípico, mientras en Francia, el sistema aquiliano es atípico, además de que no existe una figura como el *non-cumul* en Alemania, lo que origina que en Alemania existe un grado de intensificación en el ámbito contractual para las partes, mientras en Francia, esta intensificación se dará siempre y cuando se produzcan obligaciones de seguridad de resultado, o no resulte claro aplicar el primer párrafo artículo 1384 del *Code Civil*⁵⁰ en atención a las cosas que estén bajo la guarda de uno (es decir, si esta guarda sobre las cosas se generan a partir de una vinculación contractual).

CAPÍTULO VI: APLICABILIDAD DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN VIRTUD DEL RÉGIMEN DE INCUMPLIMIENTO DE OBLIGACIONES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

En el presente capítulo desarrollaremos los fundamentos en los que se apoya nuestro trabajo de investigación a fin de conseguir la viabilidad de la teoría de los deberes de protección en sede nacional; en primer lugar siendo incorporada en nuestro sistema jurídico y en segundo y último lugar resolviendo su aplicación a través de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

6.1. El sistema de responsabilidad civil en el Perú.

El vocablo “responsabilidad” contiene un aspecto único y peculiar, pues de su sola lectura ya se tiene una aproximación a su significado, lo cual no ocurre si queremos saber que es “acto jurídico” o “negocio jurídico”.

⁵⁰ *Article 1384*

On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde.

(...)

Artículo 1384

Se es responsable, no sólo del daño causado por hecho propio, sino además del causado por personas de las que se debe responder, o por las cosas que estén bajo la guarda de uno.

(...)

(Traducción libre)

Etimológicamente, en efecto, “responder” es como “prometer a la vez” o como “corresponder a una promesa”. La palabra comunica, entonces, un desbalance, una equiparidad previamente alterada que da lugar a la imposición de una “respuesta”, la cual debe restablecer el statu quo preexistente, y que se quiere mantener, o bien una secuencia de acciones que deben sucederse con una regularidad y orden a ser preservados.

(...)

En sentido jurídico, en cambio, la responsabilidad puede definirse como la situación del sujeto al que le toca experimentar, concretamente, las consecuencias, para él desventajosas, que una norma prevé y le impone atendiendo a la verificación de un determinado presupuesto. (León, 2017, pp. 144-145)

Esta adaptación semántica tuvo muestras concretas en el Derecho romano, donde para hacer un contrato se comenzaba con un *sponsio*, un manifestación de voluntad a nivel de ritualidad, de manera solemne sobre una promesa, frente a la cual la otra persona correspondía con un *responsio*. De esta manera se logra el equilibrio original, que es la esencia de la responsabilidad civil. “Toda forma de “responsabilidad” en la experiencia humana –según se ha escrito– tiene como presupuesto la ruptura de un equilibrio y la necesidad de su recomposición” (León, 2016, p. 28).

En el campo del derecho frente a la contravención de las normas reguladas en distintas ramas del derecho, se responde: i) penalmente (a través de penas, que según el artículo 28 del código penal es la pena privativa de libertad, la restrictiva de libertad, la limitativa de derechos y la multa), ii) administrativamente (mediante sanciones y medidas correctivas) y iii) civilmente⁵¹ (a través del resarcimiento) (León, 2016). Nosotros nos ubicamos en la responsabilidad civil.

Al respecto, el maestro Lizardo Taboada predicaba que:

Como es sabido, la disciplina de la responsabilidad civil está referida al aspecto fundamental de indemnizar los daños ocasionados en la vida de relación a los particulares, bien se trate de daños producidos como consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, principalmente contractual, o bien de daños que sean el resultado de una conducta, o bien de daños que sean el resultado de una conducta, sin que exista entre los sujetos ningún vínculo de orden obligacional. **Cuando el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación voluntaria, se habla en términos doctrinarios de *responsabilidad contractual*, y dentro de la terminología del Código Civil peruano de *responsabilidad derivada de la inejecución de obligaciones*. Por el contrario, cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, o incluso existiendo ella, el daño es**

⁵¹ Existe una corriente teórica italiana que habla además de una “responsabilidad patrimonial”(en el código civil español e italiano se ha obtenido su consagración normativa). La ubicamos dentro de la responsabilidad civil, pues este tipo de responsabilidad se ubica dentro del área de las obligaciones. Esta se revela cuando queda expuesto el patrimonio del deudor a la ejecución forzada de sus bienes presentes y futuros al no haber honrado un crédito. La responsabilidad patrimonial toma acto de presencia a través del artículo 195 del código civil peruano, con la acción revocatoria, más conocida como acción pauliana (León, 2017).

consecuencia, no del incumplimiento de una obligación voluntaria, sino simplemente del *deber jurídico genérico de no causar daño a otro*, nos encontramos en el ámbito de la denominada <<responsabilidad civil extracontractual>>. La responsabilidad civil extracontractual es consecuencia entonces del incumplimiento de un deber jurídico genérico, mientras que la responsabilidad civil obligacional o contractual es producto del incumplimiento de un deber jurídico específico denominado << relación jurídica obligatoria>>. (Taboada, 2013, pp. 33-34) [El resaltado es nuestro]

Otro maestro como es Fernando de Trazegnies Granda, usaba los siguientes términos cartográficos para referirse a la responsabilidad civil: “El país denominado Responsabilidad Civil dentro de la geografía política del Derecho se encuentra actualmente integrado por dos grandes provincias: la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual” (De Trazegnies, 2005, p. 431).

Esta distinción no fue siempre pacífica entre los estudiosos del Derecho. Se ha sostenido que en el Derecho Romano existieron dos acciones basilares: la *Lex Aquilia* y la proveniente del incumplimiento del *negotium*, pretensiones que vendrían a ser los equivalentes de la responsabilidad extracontractual y contractual respectivamente. En la etapa de los glosadores y postglosadores estas pretensiones adoptarían una diferencia notoriamente conceptual, lo que finalmente llegó a plasmarse en el *Code Civil* y por ende en las obras clásicas de los autores franceses (Espinoza, 2016). Es a partir de aquí donde se fueron desprendiendo diferentes posiciones respecto a estos dos tipos de regímenes, las cuales se dividen básicamente en tres: monistas, dualistas y eclécticas.

La tesis monista (defendida por el francés Lefebvre) consideraba que solo existe un tipo de culpa, la cual es la responsabilidad extracontractual. Esta tesis – a nuestro juicio equivocada – equipara el contrato y la ley. En esa creencia se entendía que al existir un incumplimiento se cometía un acto ilícito, extinguiéndose así la obligación inicial y por ende aplicándose la responsabilidad por hecho ilícito. Lo que realmente sucede es que al existir un incumplimiento de del contrato no extingue la obligación de este, pues al surgir la obligación de resarcir se esta cumpliendo de cierta forma con la obligación primitiva (Espinoza, 2016)

La tesis dualista consideran que las relaciones jurídicas reguladas entre los sujetos ya sea por la ley o el contrato son conceptos opuestos, no es lo mismo un deber legal que un deber que surge de una “convención”. Esta tesis es la primera acogida en un código civil, en el francés; los regímenes regulados se encuentran en el artículo 1137 (donde reside la culpa contractual) y 1383 (donde reside la culpa extracontractual) :

Article 1137

L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.

Artículo 1137

La obligación de conservar la cosa, tanto si el contrato es útil sólo a una de las partes como si tiene utilidad para ambos, somete al deudor a la necesidad de emplear la diligencia de un buen padre de familia.

Esta obligación tiene más o menos extensión en ciertos contratos, cuyos efectos, a este respecto, se exponen en los títulos correspondientes. [Traducción libre]

Article 1383

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Artículo 1383

Cada uno es responsable del daño que cause, no sólo por su acción, sino además por su negligencia o por su imprudencia. [Traducción libre]

Finalmente, la tesis ecléctica parte de buscar la conciliación de ambos regímenes, en otras palabras, la unificación. Esta tesis acepta que ambas responsabilidades obedecen a mismos principios: en las dos se produce un daño y a su vez el derecho de intervenir para su reparación; en ese sentido, no importaría el origen del daño. No obstante ello, esta tesis acepta que la diferencia radica en sus efectos (Espinoza, 2016).

Crear en una unificación implicaría no referirnos más a una responsabilidad por incumplimiento de obligaciones o a una responsabilidad aquiliana. La tendencia en nuestro país sobre la tesis ecléctica ha ido equiparándose en cuanto posiciones contrapuestas. Autores de la talla de Lizardo Taboada, Juan Espinoza, Fernando Vidal Ramirez se adhieren a la teoría ecléctica, creyendo en una visión unificadora del sistema de responsabilidad civil. Por el otro lado de la moneda, autores como Fernando de Trazegnies, Rómulo Morales y Leysser León consideran que se debe respetar la distinción de ambos regímenes (Espinoza, 2016).

Si bien la profundidad de abarcar el debate sobre la unificación de la responsabilidad civil no es materia del presente trabajo de investigación, asumimos de todas formas una posición: la tesis dualista. Ello en razón de no dejar en el aire algún cuestionamiento que parta sobre la absolución de la realidad problemática que origina nuestra investigación, a partir de unificar los regímenes de la responsabilidad civil. Para nosotros eso es inviable, pues el tratamiento dualista es totalmente justificable, ergo, la afectación a los deberes de protección tiene que sancionarse por una de los tipos de regímenes: la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

La explicación de nuestra posición se extrae del análisis de ambos regímenes.

6.1.1. Responsabilidad por incumplimiento de obligaciones⁵²

Referirnos a una de las instituciones del derecho más importantes como el contrato, es pautar, prima facie, su posición legislativa para las reglas de aplicación de la misma. Como segundo lugar brindar su definición y como última pauta revisar el análisis de responsabilidad en este campo.

Miembro ilustre de la comisión reformadora del Código Civil de 1936, Manuel de la Puente y la Valle nos enseña que el código civil vigente ha optado por legislar separadamente la teoría general del acto jurídico (*rectius*: negocio jurídico) y la teoría general del contrato.

La teoría general del acto jurídico regulada en el libro II, presenta sus disposiciones generales, su forma, sus modalidades, su interpretación, las instituciones de la simulación y el fraude, los vicios de voluntad, la nulidad. Todos ellos principios aplicables a los actos jurídicos y como no, a los contratos. Muchas páginas más adelante, se ubica a la teoría general del contrato, en la sección primera del libro VII, en el cual se desarrolla sus disposiciones generales, el consentimiento, el objeto y la forma del contrato, los contratos preparatorios, los contratos con prestaciones recíprocas, la cesión de posición contractual, la excesiva onerosidad de la prestación, la lesión, el contrato a favor de tercero, promesa de la obligación o del hecho de un tercero, el contrato por persona a nombrar, las arras de conformación y de retractación y las obligaciones de saneamiento (De la Puente y Lavalle, 2017). Sumado a ello, la sección dedicada que regula la teoría general del contrato, contiene el artículo 1353, el cual deja establecido que todas las reglas contenidas en dicha sección son aplicables a tanto a los contratos nominados como a los innominados, en cuanto resulten compatibles con las reglas particulares de cada contrato.

Resulta así que un contrato en particular, por ejemplo, la compraventa está sujeto tanto a las reglas aplicables a los actos jurídicos como a las aplicables a los contratos en general.

En tal sentido, si hubiera existido error al celebrar el contrato de compraventa, o sea algo susceptible de ocurrir en cualquier acto jurídico, se recurrirá a las reglas sobre este vicio de la voluntad consignadas en el Título VIII del Libro II sobre acto jurídico (el remedio es la anulación del contrato). En cambio, si se tratara de un caso de lesión en dicho contrato de compraventa, que es una figura propia de los contratos, se aplicarán las disposiciones sobre lesión contenidas en el Título IX de la Sección Primera del Libro VII sobre contratos en general (el remedio es la rescisión del contrato). (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 32) [El resaltado es nuestro]

⁵² Preferimos usar el término “responsabilidad por incumplimiento de obligaciones” en vez de “responsabilidad contractual” debido a que este último plantea una connotación netamente contractual (negocios jurídicos con contenido patrimonial) y por tanto insuficiente, porque este tipo de régimen también es aplicable a figuras que no son técnicamente contratos, tales como la promesa unilateral (artículo 1956 del C.C. peruano) y la gestión de negocios (artículo 1950 del C.C. peruano).

La definición que tiene la doctrina y la definición establecida en el código civil por obvias razones difieren, pero partamos de lo que el Código Civil Peruano entiende por contrato:

Artículo 1351.- El contrato es el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial.

Al comentar Max Arias-Schreiber sobre la elaboración de la parte general del contrato, deja en claro que para dicho libro se tomó en cuenta los principios universales tradicionalmente establecidos para la institución, siendo receptivos de los aportes doctrinarios, jurisprudenciales y la legislación comparada. Un factor que también se resguardó es que la institución del contrato se ajuste a la realidad económica, social y cultural, respondiendo además a la concepción filosófica de la Constitución⁵³ (Revoredo, 2015).

En palabra de Manuel de la Puente y Lavallo(2017) el artículo 1351 es copia literal del artículo 1321 del Código Civil italiano el cual dice lo siguiente:

*Art. 1321.
Nozione.*

Il contratto è l'accordo di due o più parti per costituire, regolare o estinguere tra loro un rapporto giuridico patrimoniale.

Art. 1321
Noción.

El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas. [Traducción libre]

Las fuentes sobre el artículo que define lo que es el contrato en el Perú, no deviene solo del *Codice Civile* italiano, sino del Código Civil de Etiopia de 1960 (Revoredo, 2015):

Art. 1675. Contract defined

A contract is an agreement whereby two or more persons as between themselves create, vary or extinguish obligations of a proprietary nature.

Art. 1675. Contrato definido

Un contrato es un acuerdo por el cual dos o más personas entre sí crean, varían o extinguen obligaciones de su propia naturaleza. [Traducción libre]

⁵³ Es claro que la constitución de 1979 tiene un modelo social, económico y político distinto al de la constitución de 1993 (vigente), lo que incluso ha generado que haya un enfrentamiento entre el artículo 1355 del Código Civil y el artículo 62 de la Carta Magna actual, optando por una interpretación restrictiva del artículo 1355 ante su derogación tácita. Sobre la libertad para contratar y lo comentado léase el artículo de Carlos Cárdenas Quirós, "Autonomía privada, contrato y constitución", publicado el año 2000 en la Revista Contrato & Mercado, en Gaceta Jurídica.

Pues bien, a nivel doctrinario la evolución de la estructura del contrato ha permitido la concesión de masivas propuestas para definir el contenido de dicha institución⁵⁴. Es solo tener sentido común, para saber entonces por qué se estudia autores italianos que escriban sobre el contrato (y también otras aristas del mismo, imbuidas de influencia italiana). Citamos, entonces los componentes del contrato que elabora el jurista italiano Vincenzo Roppo para identificar qué es un contrato:

Un supuesto de hecho es acorde a una definición si presenta, en concreto todos los elementos que componen la definición misma. Es discordante, si le falta incluso uno solo de sus componentes. Los componentes de la definición de contrato son esencialmente tres.

El primer componente es el acuerdo de los interesados (técnicamente de las “partes”). El contrato es pues un acto consensual.

El segundo componente atiende al objeto del acuerdo: una relación jurídico- patrimonial. El contrato es pues un acto jurídico-patrimonial.

El tercer componente atiende al modo cómo opera el acuerdo respecto a su objeto: no descriptivo o valorativo, sino más bien finalista o, dicho de otro modo, voluntarista. Lo indica la preposición “para”: las partes no llegan al acuerdo sobre un juicio (de hecho o de valor), sino con una finalidad, que es incidir sobre una relación jurídica patrimonial; ellas concordemente quieren constituirla, regularla o extinguirla. El contrato es pues un acto de voluntad.

Solo un acto que sea al mismo tiempo acto de voluntad, acto consensual y acto jurídico patrimonial es un contrato. No es un contrato el supuesto de hecho en el que falte uno o más de estos elementos. (Roppo, 2009, pp. 29-30)

Ahora pasemos al régimen del incumplimiento dentro de un contrato.

Es el interés del acreedor en que se vea satisfecho su prestación, lo que en caso de incumplimiento, puede provocar un supuesto de lesión del crédito⁵⁵. Este interés que viene a ser un elemento constitutivo de la relación obligatoria, tiene un fundamento económico que reside en la necesidad de bienes y servicios.

El concepto de interés no es de por sí un concepto jurídico; sino que es un *præ* respecto al derecho, un dato preexistente al ordenamiento; que lo tomará más o menos en consideración, un momento, pues, de la economía. Para definir el concepto de interés, es necesario, por ende, recurrir a los conceptos de la ciencia económica. (Nicolò, 2005, p. 106)

⁵⁴ La definición acogida por el código civil italiano es pues, la que merece perdurabilidad, enfocándose los estudiosos en describir sus elementos y presupuestos del contrato (como estructura), o ya a nivel macro, en las funciones que pueden cumplir a nivel económico y político.

⁵⁵ Díez Picazo prefiere referirse en vez de incumplimiento a lesión de derechos de créditos. Posiblemente más específica es esta última, la figura del incumplimiento nos permite abordar más zonas del terreno de las obligaciones.

El interés del acreedor se puede tornar insatisfecho cuando existe un incumplimiento dentro de una relación contractual y este incumplimiento puede darse de múltiples formas:

En relación a las circunstancias de este, a la naturaleza de la prestación incumplida, a las modalidades de quien incumple, a la situación de la contraparte y a otros factores más. Puede ser incumplimiento radical y definitivo, cumplimiento parcial, retardo en el cumplimiento, cumplimiento cualitativamente defectuoso. Puede ser incumplimiento que se consume de una vez por todas, o incumplimiento que continúa en el tiempo. En este último caso, su prolongarse en el tiempo puede agravar las consecuencias de manera más o menos marcado y más o menos veloz: a menudo el “factor tiempo” es, en la materia, muy relevante. Puede ser incumplimiento remediable en el futuro, o incumplimiento irremediable. (Roppo, 2009, p. 873)

Procede, así, ofrecer la definición que emplea Luciano Barchi -con una clara influencia de Díez-Picazo- para la lesión del derecho de crédito: “Se produce una lesión del interés creditorio cuando el comportamiento del deudor, apreciado desde una óptica objetiva, independiente de cualquier valoración o calificación de dicho comportamiento, no se ajusta al programa de prestación” (Barchi et al., 2016, p. 120).

Sistematizar las hipótesis de incumplimiento ayudará a formular las nociones que derivan del código civil peruano. Dos serían las formas elementales de la lesión del derecho de crédito (Barchi et al., 2016):

a) **Hipótesis de situaciones de no prestación.** - Donde el deudor no ha efectuado ningún acto dirigido a cumplir con la prestación debida. Tenemos aquí las siguientes hipótesis:

- Imposibilidad sobreviniente. - Además de no realizar ninguna conducta destinada a cumplir con la prestación, esta deviene en imposible. Lo encontramos regulado en el artículo 1432⁵⁶ de nuestro código civil.

- Retardo. - El deudor no ha cumplido con la prestación en el momento oportuno, sin embargo, la prestación aún puede satisfacerse (posibilidad) ya que el acreedor mantiene interés en que se efectivice la prestación aún tardíamente.

- Incumplimiento (en sentido estricto). - El deudor no ha cumplido con la prestación en el debido momento, y a pesar de ser posible aún la prestación, el

⁵⁶ Artículo 1432.- Si la prestación resulta imposible por culpa del deudor, el contrato queda resuelto de pleno derecho y éste no puede exigir la contraprestación y está sujeto a la indemnización de daños y perjuicios.

Cuando la imposibilidad sea imputable al acreedor, el contrato queda resuelto de pleno derecho. Sin embargo, dicho acreedor deberá satisfacer la contraprestación, correspondiéndole los derechos y acciones que hubieren quedado relativos a la prestación.

acreedor ya no tiene interés en la ejecución de la misma. El artículo 1150⁵⁷ del C.C. nos brinda un ejemplo de esta hipótesis.

b) **Hipótesis de prestación inexacta.** - Donde el deudor sí ha efectuado conductas dirigidas a cumplir con la prestación, pero ésta no se ajusta a la prestación debida

- Cumplimiento defectuoso.- Cuando existe inexactitud en el objeto de la prestación, pues se vulnera el principio de identidad del pago, recogido en el artículo 1132⁵⁸ del C.C.

- Cumplimiento parcial.- Cuando se da esta hipótesis, se vulnera el principio de integridad del pago, establecido en el artículo 1220⁵⁹ del C.C.

- Cumplimiento tardío. - Aquí se configura un tipo de inexactitud pero no referido al pago, sino al tiempo.

El artículo 1314 del C.C. describe estas tres hipótesis de manera expresa cuando se actúa con diligencia ordinaria, mientras el artículo 1151 propone los remedios cuando se generan dichas hipótesis por culpa del deudor :

“Artículo 1314.- Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento **parcial, tardío o defectuoso**”. [El resaltado es nuestro]

“Artículo 1151.- El cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación de hacer por culpa del deudor, permite al acreedor adoptar cualquiera de las siguientes medidas:

- 1.- Las previstas en el artículo 1150, incisos 1 ó 2.
- 2.- Considerar no ejecutada la prestación, si resultase sin utilidad para él.
- 3.- Exigir al deudor la destrucción de lo hecho o destruirlo por cuenta de él, si le fuese perjudicial.
- 4.- Aceptar la prestación ejecutada, exigiendo que se reduzca la contraprestación, si la hubiere”.

Luego del reconocimiento de los dos tipos de modos en que se pueden lesionar el derecho de crédito, queda por revisar qué remedios brinda el ordenamiento jurídico. Los remedios jurídicos pueden dividirse en 2 ramas (Barchi et al., 2016):

⁵⁷ Artículo 1150.- El incumplimiento de la obligación de hacer por culpa del deudor, faculta al acreedor a optar por cualquiera de las siguientes medidas:

- 1.- Exigir la ejecución forzada del hecho prometido, a no ser que sea necesario para ello emplear violencia contra la persona del deudor.
- 2.- Exigir que la prestación sea ejecutada por persona distinta al deudor y por cuenta de éste.
- 3.- Dejar sin efecto la obligación.

⁵⁸ Artículo 1132.- El acreedor de bien cierto no puede ser obligado a recibir otro, aunque éste sea de mayor valor.

⁵⁹ Artículo 1220.- Se entiende efectuado el pago sólo cuando se ha ejecutado íntegramente la prestación.

a) Remedios generales:

- La pretensión de cumplimiento. - El acreedor puede exigirle al deudor que cumpla con la prestación debida aunque tardía, y si lo hace es porque aún mantiene interés en la ejecución y porque la prestación aún es posible, por ende, o puede reclamarlo por vía directa (requiriéndolo) o a través del órgano jurisdiccional (coactivamente).

Si se acciona por la vía judicial, se pretenderá la llamada “ejecución forzada”, lo que en sentido estricto significaría la “ejecución forzada en forma específica”, sea por medio del propio deudor o de un tercero. Sin embargo, por estas dos vías pueden haber límites; la doctrina las separa en límite de hecho (cuando el bien destinado a entregarse no se halla), y límite de derecho (cuando existe una norma jurídica que impida la ejecución forzada) (Barchi et al., 2016). Asimismo, la ejecución por un tercero será factible si es que resulta ser un bien genérico, *contrario sensu*, no será posible si versa sobre un bien determinado en posesión del deudor o si se trata de una obligación de hacer *intuito personae*.

- El resarcimiento de los daños.- Ya sea por un tema de incumplimiento o de retardo (mora imputable al deudor), no cumplir la prestación debida puede producir daños, los cuales serán asumidos por el deudor cuando la inejecución sea imputable a él⁶⁰, y para ello se hace necesario un juicio – en este caso – de “responsabilidad obligacional”.

Este juicio puede colegirse del artículo 1321 del Código Civil:

“Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inejecución.

Si la inejecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”. [El resaltado es nuestro]

El primer párrafo del artículo 1321 sostiene que el deudor responsable asume el daño total, prescribiéndose una excepción en su último párrafo: cuando el deudor incurre en culpa leve ante un cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, los daños que se resarcen serán concedidos en la medida en que el deudor hubiera podido preverlos cuando surgió el contrato.

Sin perjuicio de describir los remedios generales, el esquema de los remedios generales puede encontrarse previsto en el artículo 1219 del C.C.:

“Artículo 1219.- Es efecto de las obligaciones autorizar al acreedor para lo siguiente:

1.- Emplear las medidas legales a fin de que el deudor le procure aquello a que está obligado.

⁶⁰ Para el resarcimiento de los daños, dentro del área de incumplimiento de obligaciones, es requisito indispensable la imputabilidad.

- 2.- Procurarse la prestación o hacérsela procurar por otro, a costa del deudor.
 - 3.- Obtener del deudor la indemnización correspondiente.
 - 4.- Ejercer los derechos del deudor, sea en vía de acción o para asumir su defensa, con excepción de los que sean inherentes a la persona o cuando lo prohíba la ley. El acreedor para el ejercicio de los derechos mencionados en este inciso, no necesita recabar previamente autorización judicial, pero deberá hacer citar a su deudor en el juicio que promueva.
- Es posible ejercitar simultáneamente los derechos previstos en este artículo, salvo los casos de los incisos 1 y 2”.

b) Remedios específicos: Es de real importancia indicar que en el ámbito de los remedios específicos no es necesario o no se exige que la inejecución de la obligación sea imputable.

- Excepción de incumplimiento.- Se encuentra previsto en el artículo 1426 del C.C.: “En los contratos con prestaciones recíprocas en que éstas deben cumplirse simultáneamente, cada parte tiene derecho de **suspender el cumplimiento de la prestación a su cargo, hasta que se satisfaga la contraprestación o se garantice su cumplimiento**”.

Para poder ejercer este derecho de suspensión se requiere: i) que los contratos contengan prestaciones recíprocas, ii) que exista un incumplimiento de ambas obligaciones y iii) el ejercicio del derecho de suspensión sea acorde a la buena fe.

- Excepción de caducidad del plazo.- Previsto en el artículo 1427 del C.C.: “Si después de concluido un contrato con prestaciones recíprocas sobreviniese el riesgo de que la parte que debe cumplir en segundo lugar no pueda hacerlo, la que debe efectuar la prestación en primer lugar puede **suspender su ejecución, hasta que aquella satisfaga la que le concierne o garantice su cumplimiento**”.

Equivale a un derecho también de suspensión que se daría en casos de riesgo en el cumplimiento de la parte que debe ejecutar la obligación en segundo lugar, supuesto referido –creemos- a una posible disminución patrimonial por parte de ésta.

- Excepción de previo pago. - Más que excepción se manifiesta en la práctica como una cláusula contractual que excluye o impide que las partes opongan las excepciones de incumplimiento y de caducidad del plazo, para que en reemplazo de estos remedios se efectúe un pago previo que brinde al acreedor una mayor garantía del cumplimiento efectivo.

- Resolución por incumplimiento. - Se toma en cuenta el grave incumplimiento de la contraparte, o por un hecho no atribuible a éste, para justificar la resolución de un contrato. Aplicable a los contratos (a título oneroso)⁶¹ que contengan una obligación objetivamente relevante, este remedio específico está regulado en tres artículos que facultan las posibilidades en que puede hacerse efectiva la

⁶¹ También puede aplicarse a contratos a título gratuito cuando se produzca un incumplimiento grave del beneficiario de su cargo.

resolución del contrato, sea por vía judicial (artículo 1428), sea de pleno derecho previo requerimiento (artículo 1429), o sea de pleno derecho aplicando directamente una cláusula resolutoria (artículo 1430).

- Reducción de precio o acción estimatoria. - Regulada en el artículo 1513 del C.C.: “El adquirente puede optar por pedir que se le pague lo que el bien vale de menos, por razón de vicio, en el momento de ejercerse la acción de pago, teniendo en cuenta la finalidad de su adquisición, sin perjuicio del derecho que contempla el artículo 1512, inciso 5”.

Se configura ante una inexactitud cualitativa de la prestación, por lo que se puede disminuir la contraprestación proporcionalmente al menor valor que surge de la prestación inexacta. No obstante, este remedio se encuentra previsto para los casos en que se adviertan vicios en la cosa vendida, se extiende a los contratos con prestaciones recíprocas.

- Arras confirmatorias. - La aplicación de este remedio se encuentra previsto en el artículo 1478 del C.C.: “Si la parte que hubiese entregado las arras no cumple la obligación por causa imputable a ella, la otra parte puede dejar sin efecto el contrato conservando las arras. Si quien no cumplió es la parte que las ha recibido, la otra puede dejar sin efecto el contrato y exigir el doble de las arras”; y en el artículo 1479 del C.C.: “Si la parte que no ha incumplido la obligación prefiere demandar la ejecución o la resolución del contrato, la indemnización de daños y perjuicios se regula por las normas generales”.

Merece aclaración el último artículo, pues si el que no incumplió decide resolver el contrato o exigir la ejecución forzada: si quien incumplió fue el que entregó las arras, verá imputadas éstas al resarcimiento en caso corresponda; por otro lado, si el que incumplió fue el que recibió las arras, devolverá las arras, y pagará el resarcimiento de ser el caso.

6.1.2. Responsabilidad extracontractual⁶²

Siguiendo el mismo patrón del subcapítulo anterior; en primer lugar, nos avocamos a la definición legislativa de la “responsabilidad aquiliana”⁶³, ubicada en el libro VIII, artículo 1969 del C.C., no sin antes partir de una premisa básica para este tipo de responsabilidad: “el deber general de abstención, propio del

⁶² “En experiencias como la francesa e italiana, la responsabilidad civil está limitada al área de lo que en Perú denominamos responsabilidad extracontractual” (León, 2016, p. 33). Esto se traduce en que los manuales jurídicos de ambos países tengan como rótulos “*Responsabilità Civile*” o “*Responsabilité Civile*”, aunque algunos textos franceses antiguos hayan usado más a menudo “*responsabilité delictuelle*”. Dicha terminología, es parte integrante de los elementos consagrados en el capítulo II del *Code Civil (des délits et des quasi-délits)* desarrollada ampliamente por los franceses Domat y Pothier. Actualmente, esa terminología no es usada más, pues, la Pandectística la reemplazaría por la de “actos ilícitos”.

⁶³ Dicha denominación proviene del Derecho Romano, lo cual no significa que se asimile su noción en la actualidad. El *damnum iniuriam datum* (una de las cuatro especies de *delicta*; los otros tres son el *furtum*, *rapina* e *iniuria*), es decir, el daño ocasionado a las cosas ajenas, fue regulada en la *Lex Aquilia* que data del siglo III d.C. En ella básicamente se estipulaba que el daño debía ser *contra ius* (contraviniendo el derecho) y *corpore corpori* (contacto corporal entre el agente dañoso y el objeto dañado).

alterum non laedere, sólo rige en ausencia de un contrato o de una ley que regule específicamente la relación entre los sujetos” (Corsaro, 2002, p.153).

En relación a ello, en la exposición de motivos y comentarios del Código Civil de 1984, José León Barandiarán enumera los criterios uniformadores de tal responsabilidad:

Puede considerarse que esos criterios son tres:

1. El de la responsabilidad subjetiva
2. el de la responsabilidad por cosas riesgosas o actividades peligrosas
3. el de la responsabilidad objetiva

No era dable admitir el tercero, pues ello significaría desconocer al carácter propio de la fenomenología jurídica que importa la responsabilidad, desde que aquélla respecta al proceder de un sujeto como tal, de una persona, pues, que debe ser enjuiciada axiológicamente para determinar lo plausible o no plausible de esa conducta, en cuanto se debe tomar en cuenta el hecho de un daño para determinar la responsabilidad en el autor de este daño. El segundo criterio corresponde sólo a los daños por cosas riesgosas y actividades peligrosas que originan que sean tenidas en cuenta para una determinada responsabilidad, y aunque pueden ser numerosos los casos para su aplicación no es, sin embargo, el único criterio informador para poder establecer la responsabilidad. Acaso podría aludirse a algún otro criterio informador como el del Seguro General Obligatorio o como el que recomienda que la responsabilidad venga a recaer en toda la sociedad. Pero el primero sería inaplicable en nuestro medio y el segundo no está todavía debidamente conformado. (Revoredo, 2015, p.883)

El comentario del maestro ilustre Barandiarán era una muestra fiel de que en la Comisión Revisora del Código Civil de 1936, se buscaba que el libro dedicado a la responsabilidad aquiliana, mantenga aún un perfil subjetivista, pues desde el Código Civil de 1852, preponderaba el criterio de la culpa para la determinación de la responsabilidad, conforme a la tradición de la época, heredada del *Code Civil* Francés de 1804 (De Trazegnies Granda, 2005). No obstante ello, la versión final aprobada tuvo el cambio necesario para la actualidad: la sección VI del libro VII de nuestro código vigente ya no tiene como título “Del acto ilícito” (como en el Código Civil de 1936), sino lleva ahora “De la responsabilidad extracontractual”, lo cual implica que el acto ilícito no vendría a ser la única fuente de carácter extracontractual que conceda resarcimiento para reparar a la víctima, ya que el criterio de la responsabilidad objetiva iba a calar para los casos en que los daños provengan de un bien riesgoso o peligroso. Afirmado ello, veamos la comparación de artículos:

- Artículos del *Code Civil Français* de 1804:

Article 1382

Tout fait quelconque de l'homme qui cause à autrui un dommage, oblige celui par la faute duquel il est arrivé, à le réparer.

Artículo

Todo hecho del hombre que cause un daño a otro, obliga a aquel por cuya culpa provocó, a repararlo. [Traducción libre]

Article 1383

Chacun est responsable du dommage qu'il a causé non seulement par son fait, mais encore par sa négligence ou par son imprudence.

Artículo 1383

Cada uno es responsable del daño que haya causado, no sólo por su acción, sino también por su negligencia o por su imprudencia. [Traducción libre]

- Artículo del Código Civil Peruano de 1984:

Artículo 1969.- Aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor.

El artículo 1382 del Código Civil Francés fue casi reproducido literalmente en el Código Civil Peruano de 1936⁶⁴ (León, 2017). Ahora podemos observar que tanto el artículo 1382 y 1383 fueron cohesionados en el artículo 1969 de nuestro actual Código Civil.

Podemos insertarnos en el plano explicativo de lo que representa la responsabilidad extracontractual, de la misma forma que lo tuvimos que hacer en cuanto a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones: con base en su estructura y además en sus funciones en el plano social, jurídico y económico.

Nuestro artículo 1969 contiene una cláusula normativa general, es decir un enunciado cuyo contenido será extraído por los intérpretes (jueces). Es por esta sutil razón que seguimos la doctrina francesa y (con mayor frecuencia) la italiana para estudiar a profundidad la responsabilidad extracontractual, pues sus códigos⁶⁵ también albergan la característica de atipicidad respecto a la ilicitud;

⁶⁴ Artículo 1136 del Código Civil de 1936: "Cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo".

⁶⁵ Ya lo vimos en el artículo 1382 del *Code Civil*; en el artículo 2043 del *Codice Civile* Italiano de 1942 podemos ver un parecido más notable al de su similar artículo 1969 peruano:

"Art. 2043.

Risarcimento per fatto illecito.

Qualunque fatto doloso o colposo che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno".

Art. 2043

en cambio, el régimen extracontractual en Alemania, como ya hemos visto, es atípico.

En ese orden de ideas, la fórmula del artículo 1969 es que “la culpa y el dolo se presumen contra el autor del daño. Mas éste puede superar esa presunción, o sea, realizar el descargo de que hablar el artículo 1969” (Revoredo, 2015, p. 884).

Respecto al descargo por falta de dolo o culpa que tiene el presunto autor del daño, ha sido motivo de una aguda crítica por el profesor Leysser León:

No es improbable que la intención de nuestro codificador haya sido la de mejorar, a toda costa, la posición del damnificado en una eventual causa judicial. Hay otras figuras especiales en las cuales un régimen probatorio favorable, caracterizados por el establecimiento de presunciones, se ha contemplado expresamente. Lo que se debe destacar es que semejante favoritismo se ha limitado siempre, si se tiene en cuenta la experiencia extranjera, a la imposición del descargo por falta de culpa, pero jamás del dolo, que es la intención de cometer el acto ilícito generador de responsabilidad.

¿No es que *dolus non praesumitur*, “el dolo no se presume”?

(...)

Pero de la letra del artículo 1969 de nuestro Código Civil resulta, sin ningún límite, que el dolo, el deliberado propósito de realizar un evento del que se generarán daños sí se presume, y es el sindicado como su causante quien debe demostrar que no tuvo voluntad de ocasionar aquéllos.

Es de observar, ante todo, que **la demostración de la falta de dolo carece de utilidad en el campo de la responsabilidad civil, lo que no ocurre en la responsabilidad penal**. En el segundo ámbito, la aplicación de las penas está condicionada, por excelencia, a la verificación de una conducta dolosa; por ende, la demostración de la inexistencia de intencionalidad de cometer un crimen sí puede decidir el dictamen en el juicio respectivo. Ello no sucede en el campo aquiliano, porque **el deber de resarcimiento persiste aun cuando no haya existido, sino simplemente culpa (y a veces, al margen de todo criterio subjetivo de imputación, pero este es otro problema)**.

La ley tampoco contempla la posibilidad de aminorar el monto del resarcimiento si se ha obrado con culpa, y no con dolo; en caso contrario, sí tendría algo de razón lo prescrito en el Código Civil.

Resarcimiento por acto ilícito

Cualquier hecho doloso o culposo que ocasiona al otro un daño injusto, obliga a quel que ha cometido dicho acto, a resarcir el daño. [Traducción libre]

Tampoco hay supuestos normativos que señalen al dolo como criterio de imputación imprescindible para efectos de la determinación de la responsabilidad. En Alemania, en cambio, el dolo figura como único criterio de imputación válido en la hipótesis en que los daños se ocasionan atentando contra las buenas costumbres. (León, 2017, pp. 185-187) [El resaltado es nuestro]

Respecto al fundamento de la responsabilidad extracontractual, el profesor Gastón Fernández, comenta el giro de 180° que ha tenido ésta, adoptando una teoría solidarística y ya no individualista:

Como se sabe, bajo una perspectiva típicamente “ochocentista”, la responsabilidad civil sólo cabía ser enfocada desde una óptica intersubjetiva, en donde, como ha graficado bien nuestro medio el profesor De Trazgenies, la responsabilidad funcionaba “como un interruptor de corriente, con sólo dos puntos: *off* (el peso económico permanece en la víctima porque no se reconoce responsabilidad en el causante) y *on* (el peso económico se traslada al causante porque se establece la responsabilidad de éste). Bajo esta perspectiva, es claro que la discusión sobre el fundamento de la responsabilidad civil sólo podía centrarse en el ámbito de la finalidad de la tutela resarcitoria.

Sin embargo, a partir de la evolución de la responsabilidad civil, de ser concebida como forma única de tutela del denominado “hecho ilícito” a ser entendida como “reacción al daño injusto”, se aprecia también que la responsabilidad sirve como instrumento de desarrollo social y, por ende, no cabe ser vista exclusivamente desde una óptica individualista e intersubjetiva. Esta evolución de la cosmovisión de la responsabilidad civil, es propia bajo diversos argumentos – tanto de *civil law* como del *common law*. (Fernández, 2001, p. 12)

Las funciones que cumple la responsabilidad extracontractual desde inicios del siglo XXI son orientadas – según el citado autor- desde una perspectiva “diádica o micro- sistémica” y desde una “perspectiva sistémica o macro-económica”⁶⁶:

Desde una perspectiva diádica o micro-sistémica, la responsabilidad civil cumplirá, básicamente, una triple función:

a) Satisfactoria; como garantía de consecución de los intereses que merecieron juridicidad por el orden jurídico, incluida la reparación del daño, cuando éste se ha hecho presente, en su carácter de fenómeno exógeno al interés.

⁶⁶ Es innegable el terreno que ha ido ganando el AED (*economic analysis of law*, en español análisis económico del derecho) en campos tan basilares como es el de la responsabilidad civil, contratos y la propiedad, por lo que la doctrina nacional más autorizada ha tenido a bien revisarla y no ser ajena a ésta. Además de ello, la doctrina europea ha seguido de cerca los estudios seguidos en el *common law* respecto al “*tort law*” (se traduciría para nosotros como responsabilidad civil), pues un autor de la talla del gran Guido Alpa ha subrayado que las funciones predominantes en la responsabilidad civil se reducirían – por influencia del *common law*- en dos: *compensation* y *deterrence* (Alpa, 2006).

b) De equivalencia; que explica el por qué la responsabilidad civil representa siempre una afectación patrimonial, en donde “alguien” deberá siempre soportar las consecuencias económicas de la garantía asumida para la satisfacción de intereses dignos de tutela. Presente el fenómeno exógeno del daño, se deberá decidir si esta afectación patrimonial se deja allí donde se ha producido o si por el contrario, conviene trasladarla a otro sujeto.

c) Distributiva; presente sólo cuando el daño ha afectado un interés tutelado cuya función consistirá -como su propio nombre lo indica- en distribuir entre determinados sujetos el costo de su actividad, induciendo de esta manera una regulación espontánea acorde con los lineamientos marco-económicos perseguidos. De esta manera, esta función servirá para la aplicación de los justificativos teóricos del traspaso económico del daño de la víctima al responsable, a través de los denominados “factores atributivos de responsabilidad”.

Desde una perspectiva sistémica o macro-económica, la responsabilidad civil cumplirá básicamente dos funciones esenciales, con sujeción al modelo económico que se tome como referencia:

- i) Una función de incentivo o desincentivo de actividades; y
- ii) Una función preventiva. (Fernandez, 2001, pp. 32-33)

Frente a este espectro de funciones enmarcada por el profesor Gastón Fernandez⁶⁷, se han agregado dos nuevas funciones, las cuales – según afirma el civilista Guido Alpa, guardan conexión estricta con los efectos económicos de la responsabilidad civil. Éstas son: la distribución de las pérdidas y la asignación de los costos (Alpa, 2006).

Así, bajo la perspectiva del análisis económico del derecho, se considera “axiomático que la función principal de la responsabilidad civil es la de reducir la suma de los costes de los accidentes y de los costes de evitarlos”. Dentro de los costos, se distinguen, los costos primarios, que son los que se asumen para reducir el número y la gravedad de los accidentes; los costos secundarios (denominados costos sociales) y los costos terciarios (costos administrativos). En ese orden de ideas, la responsabilidad extra-contractual tiene metas de compensación (que engloba a la difusión de pérdidas, distribución de la riqueza o *deep pocket*) y metas de desincentivación (dirigidas a “minimizar la suma de los costos de los daños y de los costos de las precauciones) que pueden ser colectivas o específicas y generales o de mercado. (Espinoza, 2016, p.55)

Ahora bien, los elementos constitutivos de la responsabilidad civil pueden ser vistos desde un aspecto sistemático, y el juicio de responsabilidad desde un aspecto valorativo (es nuestra propia división de corrientes doctrinarias en el

⁶⁷ La distribución de funciones esbozada por el profesor Gastón Fernandez ha sido materia de crítica por el también docente Juan Espinoza, en los siguientes términos:

En verdad, las funciones satisfactiva, de equivalencia y distributiva, son tres maneras de ver una misma función; así, si se quiere satisfacer a la víctima, la reparación será (en la medida que ello sea posible)equivalente al daño causado, lo cual originará una (re) distribución de los costos del mismo. Por otro lado, cuesta entender la separación entre la función preventiva con la disuasiva o la incentivadora, cuando, en realidad, la primera se materializa, a través de éstas. (Espinoza, 2016, p.59)

Perú). Al final ambos guardan similares contenidos, en ese sentido, mencionaremos el de ambos sin entrar en favoritismo alguno⁶⁸.

Siguiendo la doctrina nacional más moderna del aspecto sistemático, Juan Espinoza considera que los elementos constitutivos de la responsabilidad civil (aplicables para el incumplimiento de obligaciones, como para la extracontractual)⁶⁹ son:

- a) **La imputabilidad**, entendida como la capacidad que tiene el sujeto para hacerse responsable civilmente por los daños que ocasiona
- b) **La ilicitud o antijuridicidad**, vale decir, la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- c) **El factor de atribución**, o sea, el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- d) **El nexo causal**, concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- e) **El daño**, que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado. (Espinoza, 2016, p. 103)

Por otro lado, desde el aspecto valorativo, Leysser León (2016) indica que el “juicio de responsabilidad civil”, aquella operación del intelecto para determinar que alguien responderá a través del resarcimiento, se logrará a partir de la concurrencia de tres presupuestos – hacemos la paráfrasis correspondiente-:

a) La identificación del evento dañoso y la cuantificación del daño. - El daño es toda cosa que altera negativamente un orden permanente, preexistente. Leysser cita la definición del daño dada por Carnelutti, que es la lesión de una situación jurídicamente tutelada.

b) La relación de causalidad. - En este criterio se busca asociar el evento dañoso con el agente que causó el daño. Aquí se da respuesta a la pregunta: ¿quién responde? La relación causal fija los límites del resarcimiento. Existen tres teorías conocidas- de las muchas que hay- para el objetivo señalado precedentemente. Estas teorías son: i) la teoría de la causa próxima (que data del siglo XVII); ii) la teoría de la equivalencia de las condiciones (que data del siglo XIX) y iii) la teoría de la causalidad adecuada (también del siglo XIX).

c) El criterio de imputación.- El autor en mención no considera correcto el término “factor de atribución” –de origen argentino según él⁷⁰- porque la palabra factor

⁶⁸ Tenemos dos corrientes doctrinarias que estudian los elementos de la responsabilidad civil i) desde un aspecto sistemático, como son Lizardo Taboada (2013), Fernando de Trazegnies (2005) y Juan Espinoza (2016) y ii) desde un aspecto valorativo; teniendo como único autor – hasta el momento- a Leysser León. Esta diferencia no se da en términos cualitativos, tal vez en términos cuantitativos (pues la corriente que sigue Leysser no comprende a la antijuridicidad), pero más que nada en términos de orden expositivo.

⁶⁹ Si hemos ubicado a los elementos constitutivos de la responsabilidad civil dentro del ámbito extracontractual es para seguir el método ortodoxo que se tiene en la enseñanza peruana del Derecho, el cual comprende su estudios generalmente en el curso “responsabilidad civil”, curso de inducción donde se estudia – más que nada- la responsabilidad extracontractual.

⁷⁰ En la cita 5 de su manual lo acredita:

significa el componente de una operación aritmética, por lo que no se asocia a la operación que realiza el intelecto, sino a una operación mecánica. Tampoco cree conveniente el profesor León usar el término “factor” ya que indica que la palabra atribución ni siquiera es un término jurídico y va más acorde a la característica de destinación (ejem.: símbolo atribuible a..., porcentaje atribuible al 50% de...). Este presupuesto responde a la interrogante: ¿por qué se responde?

Continúa el profesor nacional, indicando que los criterios de imputación son los siguientes:

- Subjetivo: En ella radican el dolo y la culpa⁷¹. Dolo significa intención, voluntad, deliberación de ocasionar un daño. Mientras la culpa es el apartamiento, desviación, desconocimiento de una regla de comportamiento.
- Objetivo.- Remisión a leyes especiales como por ejemplo el artículo 29 de la Ley N° 27181, Ley General de Transportes⁷² (también en el Reglamento Nacional de Responsabilidad Civil y Seguros Obligatorios por Accidentes de Tránsito); el artículo 14 de la Ley N° 27596, Ley que regula el régimen jurídico de los canes⁷³, entre otros.
- Semi-objetivo. - En esta esfera se prescinde de la culpa, pero de estar presente, no determina por sí sola la responsabilidad civil. Riesgo y exposición al peligro, elementos recogidos en el artículo 1970 del C.C. ¿Por qué el autor citado los llama semi- objetivo? Porque se admite en

Véase, como muestra del esquema argentino, cuya superación se propone en este material autoinstructivo: ALTERINI, AMEAL y LÓPEZ CABANA, op. cit., p. 689. Los autores indican (loc. cit.) que “el acto ilícito generador de responsabilidad civil está integrado por los siguientes elementos: (1) transgresión legal (incumplimiento objetivo); (2) su imputación al autor por un factor de atribución suficiente: I) subjetivo (dolo o culpa); o II) objetivo (riesgo, garantía); (3) daño causado; y (4) relación de causalidad entre el hecho y el daño”. (León, 2016, p. 8)

⁷¹ El régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones regula a la culpa en distintas connotaciones, mientras en la responsabilidad extracontractual solo se habla de “culpa”. Comentarios sobre ello en el siguiente subcapítulo.

⁷² Artículo 29.- De la responsabilidad civil

La responsabilidad civil derivada de los accidentes de tránsito causados por vehículos automotores es objetiva, de conformidad con lo establecido en el Código Civil. El conductor, el propietario del vehículo y, de ser el caso, el prestador del servicio de transporte terrestre son solidariamente responsables por los daños y perjuicios causados.

⁷³ Artículo 14.- De la responsabilidad de propietarios o poseedores de canes

Independientemente de las sanciones administrativas a que haya lugar:

a) Si un can ocasiona lesiones graves a una persona, el dueño estará obligado a cubrir el costo total de la hospitalización, medicamentos y cirugía reconstructiva necesaria, hasta su recuperación total, sin perjuicio de la indemnización por daños y perjuicios a que hubiere lugar. Esta disposición no es de aplicación cuando se actúa en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada.

b) Si el can ocasiona lesiones graves a otro animal, el dueño estará obligado a cubrir el costo que demande su restablecimiento. En caso de que el animal atacado muriese, el propietario o poseedor del agresor deberá pagar a favor del perjudicado una indemnización equivalente a 1 UIT. Esta disposición no es de aplicación cuando se actúa en defensa propia, de terceros o de la propiedad privada.

esta instancia los eximentes de caso fortuito y fuerza mayor, de conformidad con el artículo 1972⁷⁴ del C.C.

Como última atinencia sobre el esquema propuesto por el profesor León, asevera que la “antijuridicidad”, en nuestro ordenamiento jurídico no es presupuesto del juicio de la responsabilidad civil, salvo en los casos donde es prescrita por la ley, por ejemplo, en la responsabilidad de los funcionarios públicos (León,2016).

Para culminar con este subcapítulo, queda decir que en la responsabilidad extracontractual se pueden singularizar los siguientes presupuestos extraídos del libro que lleva por título dicho régimen (Espinoza, 2016):

- Responsabilidad por culpa o dolo. - Recogida en el artículo 1969 del C.C.
- Responsabilidad por bienes riesgosos o peligrosos o por el ejercicio de actividad riesgosa o peligrosa. - Recogida en el artículo 1970 del C.C.
- Responsabilidad derivada de los (mal llamados) “incapaces” y de sus representantes legales. - Recogida en los artículos 1976 y 1977 del C.C.
- Responsabilidad por los daños causados por animales. - Recogida en el artículo 1979 del C.C.
- Responsabilidad de los dueños de edificios que con la caída de éstos causen daño. - Recogida en el artículo 1980 del C.C.
- Responsabilidad del dependiente y del principal (denominada responsabilidad vicaria). - Recogida en el artículo 1981 del C.C.
- Responsabilidad por calumnia. - Recogida en el artículo 1982 del C.C.
- Responsabilidad del asegurador. - Recogida en el artículo 1987 del C.C.
- Responsabilidad por los daños provocados al titular por el tratamiento o difusión de información, recaída en las centrales privadas de información de riesgos.- Prevista en la Ley N° 27489 (Ley que regula las centrales privadas de información de riesgos y de protección al titular de la información)
- Responsabilidad por el ejercicio irregular del derecho de acción civil.- Prescrita en el artículo 4 del Código Procesal Civil⁷⁵.

⁷⁴ Artículo 1972.- En los casos del artículo 1970, el autor no está obligado a la reparación cuando el daño fue consecuencia de caso fortuito o fuerza mayor, de hecho determinante de tercero o de la imprudencia de quien padece el daño.

⁷⁵ Artículo 4 del Código Procesal Civil: “Concluido un proceso por resolución que desestima la demanda, si el demandado considera que el ejercicio del derecho de acción fue irregular o arbitrario, puede demandar el resarcimiento por los daños y perjuicios que haya sufrido, sin perjuicio del pago por el litigante malicioso de las costas, costos y multas establecidos en el proceso terminado”.

- Responsabilidad civil del Juez.- Prescrita en el artículo 509 del Código Procesal Civil⁷⁶.

6.1.3. La falacia del “régimen idóneo” para la teoría de los deberes de protección

El examen de ambos regímenes, nos facilita la absolución de dos cuestiones que abonan a favor de nuestra tesis: la primera es si es relevante la distinción entre regímenes, y la segunda - que cae de madura- es que, a partir de asumir aquella relevancia se asigne el régimen correspondiente para la teoría de los deberes de protección.

Siendo así, se debe seguir el consejo del maestro italiano Luigi Corsaro - de quien fue su discípulo el prof. Leysser- a fin de resolver el problema de la unificación:

En resumen, quien pretenda atenuar o cancelar la distinción entre los dos diversos sectores de la responsabilidad debe, en primer lugar, identificar los intereses que constituyen sus bases y que son protegidos por la ley en ambos sectores, con el fin de demostrar la identidad de estos, o de construir un sector unitario como objeto de la protección. En efecto, sin unificar el interés protegido, no se podrán unificar los dos sectores, porque solo la unicidad del interés podrá conducir a una unificación del régimen (...) (Corsaro, 2002, p. 150)

Bajo esa lógica, veamos cuales son las diferencias entre la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la responsabilidad extracontractual:

a) En cuanto a remedios.- Hemos visto en el subcapítulo destinado a la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones que existen remedios tanto generales (pretensión de cumplimiento y el resarcimiento de los daños) como específicos (excepción de incumplimiento, excepción de caducidad del término, excepción de previo pago, resolución por incumplimiento, reducción de precio, arras confirmatorias); mientras en la responsabilidad extracontractual el único remedio es el resarcimiento de los daños.

b) En cuanto a los intereses devengados. - Los intereses que puedan devengarse de un responsabilidad por incumplimiento de obligaciones se generarán si se constituyó en mora al deudor. En la responsabilidad aquiliana, según el último párrafo del artículo 1985, los intereses se devengan a partir de la fecha en que se produjo el daño.

⁷⁶ Artículo 509 del Código Procesal Civil: “El Juez es civilmente responsable cuando en ejercicio de su función jurisdiccional causa daño a las partes o a terceros, al actuar con dolo o culpa inexcusable, sin perjuicio de la sanción administrativa o penal que merezca.

La conducta es dolosa si el Juez incurre en falsedad o fraude, o si deniega justicia al rehusar u omitir un acto o realizar otro por influencia.

Incurrir en culpa inexcusable cuando comete un grave error de derecho, hace interpretación insustentable de la ley o causa indefensión al no analizar los hechos probados por el afectado. Este proceso sólo se impulsará a pedido de parte”.

c) En cuanto a los factores de atribución o criterios de imputación. - En el criterio subjetivo encontramos la diferencia gravitante, específicamente en la culpa. Para el régimen de responsabilidad contractual tenemos: i) la culpa inexcusable (artículo 1319 del C.C.⁷⁷), la cual requiere una negligencia grave, esto es situarse en la posición de la persona más imprudente del mundo; y ii) la culpa leve (artículo 1320 del C.C.⁷⁸), que se configura cuando se omite una diligencia ordinaria, o sea, como actuaría un hombre promedio -de forma razonable- y según las circunstancias propias de la obligación.

Para el régimen de la responsabilidad extracontractual sencillamente se habla de “culpa”, como puede verse del artículo 1969 ya glosado anteriormente.

Como ya hemos visto, en sede extracontractual tenemos el criterio subjetivo, semi-objetivo y objetivo; mientras en sede extracontractual la regla general es el criterio subjetivo, pero, se configurará el criterio objetivo cuando el deudor se valga de terceros para cumplir con la prestación debida, respondiendo ya sea por dolo o culpa de aquellos, conforme al artículo 1325 del C.C.⁷⁹.

d) En cuanto a la relación de causalidad o nexo causal. - Aparentemente existen dos reglas de causalidad en nuestro sistema de responsabilidad civil. En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, el artículo 1321 del C.C. contiene la regla de la causalidad próxima, ésta regla postula que la causa de un acontecimiento es siempre la más próxima o remota a él en el plano temporal, por lo que de la lectura de dicho dispositivo legal esta regla tendrá incidencia en los límites del resarcimiento. Mientras en la responsabilidad extracontractual se fija la regla de la causalidad adecuada, recogida en el artículo 1985 del C.C.⁸⁰. Esta regla postula que el hecho determinante del ilícito es consecuencia de un antecedente común, ordinario; esta regla infiere en la causalidad entre el daño y el evento dañoso.

e) En cuanto al resarcimiento de los daños. - En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones son daños resarcibles el lucro cesante, el daño emergente y el daño moral; en cuanto a la responsabilidad extracontractual además de los daños mencionados en la otra vía, se le añade un tipo de daño más: el daño a la persona señalado expresamente en el artículo 1985 del C.C.

⁷⁷ Culpa inexcusable: “Artículo 1319.- Incurre en culpa inexcusable quien por negligencia grave no ejecuta la obligación”.

⁷⁸ Culpa leve: “Artículo 1320.- Actúa con culpa leve quien omite aquella diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar”.

⁷⁹ “Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

⁸⁰ “Artículo 1985.- La indemnización comprende las consecuencias que deriven de la acción u omisión generadora del daño, incluyendo el lucro cesante, el daño a la persona y el daño moral, debiendo existir una relación de causalidad adecuada entre el hecho y el daño producido. El monto de la indemnización devenga intereses legales desde la fecha en que se produjo el daño”.

f) En cuanto a la carga de la prueba.- Para la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones existen dos reglas: i) en el artículo 1329 del C.C.⁸¹ se presume la culpa leve y ii) en el artículo 1330 del C.C.⁸² es la víctima quien debe probar el dolo o la culpa inexcusable. En la responsabilidad extracontractual se presume tanto el dolo como la culpa, por lo que será el supuesto dañante quien tendrá la carga de la prueba.

g) En cuanto al plazo de prescripción.- Para la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones el plazo es de 10 años según el inciso 1 del artículo 2001 del C.C.⁸³, entretanto para la responsabilidad extracontractual el plazo es de 2 años conforme al inciso 4 del mismo dispositivo legal⁸⁴.

h) En cuanto a la oponibilidad. - En un régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, se dispone de una pretensión oponible entre las partes vinculadas en la relación obligatoria o dentro de un contrato. En el régimen de responsabilidad extracontractual la tutela resarcitoria se puede oponer a todos, en función de la protección general que busca el ordenamiento jurídico respecto al deber general de no dañar.

Como diferencias adicionales, traemos a colación dos extraídas de la reflexión realizada por el profesor León:

(...) en la responsabilidad por incumplimiento se resarcen, como pauta, los daños previsibles al momento de surgimiento de la relación obligatoria porque las reglas del negocio jurídico de origen imponen al deudor la asunción de un sacrificio que debe quedar contenido dentro de los límites de la normalidad. De aquí la exigencia de lograr una proporcionalidad de la sanción resarcitoria, atendiendo a aquellas desventajas que, en circunstancias normales, se enlazan con la inejecución o incorrecta ejecución de la prestación. Nada de ello se presenta en la responsabilidad extracontractual, donde, por no existir una prestación debida, no hay cómo desarrollar, de antemano, ningún juicio de previsibilidad.

(...)

Existe una diferencia básica en relación con los objetivos: las reglas de la responsabilidad extracontractual previenen y reprimen de manera ex post hechos dañosos, a través de la remoción de las consecuencias perjudiciales provocadas; las reglas de la responsabilidad por

⁸¹ Artículo 1329.- Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.

⁸² Artículo 1330.- La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso.

⁸³ Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

1.- A los diez años, la acción personal, la acción real, la que nace de una ejecutoria y la de nulidad del acto jurídico.

(...)

⁸⁴ Artículo 2001.- Prescriben, salvo disposición diversa de la ley:

(...)

4.- A los dos años, la acción de anulabilidad, la acción revocatoria, la acción indemnizatoria por responsabilidad extracontractual y la que corresponda contra los representantes de incapaces derivadas del ejercicio del cargo."

(...)

incumplimiento, en cambio, garantizan al acreedor la armónica ejecución de la prestación comprometida en la relación obligatoria. (León, 2017, p. 160)

Pues bien, en atención a las disímiles características que se sustentan en la razón de ser de cada provincia – usando el término que le asignó Trazegnies-, no queda duda que abogar por una unificación de regímenes resultaría un despropósito, despropósito que ha calado incluso en nuestra jurisprudencia, nada menos que en sede suprema.

En la Casación N° 3449-2014-ICA⁸⁵, La Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia en un proceso de indemnización por daños y perjuicios sostiene lo siguiente:

NOVENO. - Que en tal sentido, la actual regulación de nuestro Código Civil no puede ser impedimento para estudiar el sistema de responsabilidad civil desde una óptica unitaria. Por consiguiente, estando a tal concepción, **carece de relevancia el hecho que en la sentencia de vista ahora impugnada se haya establecido la existencia de responsabilidad contractual;** tanto más si revisados los actuados se advierte que no se ha configurado la causal de improcedencia de la demanda prevista en el artículo 427 del inciso 5 del Código Procesal Civil, porque la parte demandante ha señalado en forma clara y precisa el petitorio de su demanda y los fundamentos que la sustentan, al solicitar una indemnización por Daños y Perjuicios por el fallecimiento del padre de sus hijos en ejecución de labores para las cuales no había sido contratado; **y si bien la accionante ha invocado normas sobre responsabilidad extracontractual, es el juez quien debe aplicar el derecho que corresponda al proceso,** aunque no haya sido invocado por las partes o lo haya sido erróneamente, en aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Civil; por lo que en el caso de autos corresponde a la Sala Superior resolver el fondo de la controversia. (...) [El resaltado es nuestro]

El caso es el siguiente, un dependiente de la empresa Shougang Generación Eléctrica S.A.A. que se dedicaba a hacer labores de planta como mecánico fallece a raíz de una descarga eléctrica provocada por realizar labores que no le correspondían por orden de su supervisor.

Es la esposa del causante, en representación de sus dos menores hijos, quien acciona contra dicha empresa reclamando un resarcimiento por S/. 720,000.00, más intereses.

En primera instancia, el Juez admite a trámite la demanda por la vía extracontractual al considerar que las labores que llevaron al deceso del causante estaban fuera de lo estipulado en el contrato.

En segunda instancia, el Colegiado Superior revocó la sentencia, declaró improcedente la demanda y dijo que se trataba de responsabilidad por

⁸⁵ Publicada el 30 de marzo de 2016 en el boletín oficial del diario “El Peruano”.

incumplimiento de obligaciones debido a que se encontraba vigente un contrato entre el causante y la empresa, además de ello, la esposa demandante percibía una pensión de sobrevivencia por el Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo.

Lo que realiza la Corte Suprema – aliviándose de la supuesta duda de qué régimen aplicar- es privilegiar el otorgamiento del resarcimiento del daño, omitiendo prestar atención a todas las diferencias vinculadas entre ambos regímenes y pudiendo afectar el ejercicio de los derechos que puedan tener las partes, y ya en sede judicial tanto el demandante como el demandado⁸⁶. Acaso en un proceso de indemnización por daños y perjuicios donde no se haya determinado qué régimen aplicar, ¿no es realmente importante para la defensa judicial que el órgano jurisdiccional tenga en claro las diferencias que existen en cada vía, como por ejemplo -por sólo advertir una de las muchas diferencias- la carga de la prueba que pueda tener el demandado? Si se agrava más o menos la carga probatoria puede ser un factor determinante dentro de un proceso judicial. Por todo lo ya visto, se espera no volver a encontrarse con un pronunciamiento judicial que pueda transgredir así el sistema de responsabilidad civil binario adoptado por nuestro país a nivel legislativo.

Llegado a este punto, luego de advertir las diferencias de cada régimen, y por ende, de descartar una posición unificadora de la responsabilidad civil, surge por inercia una pregunta relacionada al presente trabajo de investigación: **¿ qué tipo de régimen es el ideal para la teoría de los deberes de protección?**

La respuesta es sumamente corta: Ni uno resulta mejor que el otro.

Cada régimen tiene sus propias características, sus propias reglas de aplicación, su propia regulación de sanciones, su propio análisis de responsabilidad, sus propios remedios y lo más importante, ¡en cada régimen se busca proteger un interés distinto!:

- ❖ La responsabilidad extracontractual tiene un interés en la integridad de la persona y éste interés es oponible erga omnes; llamémoslo interés general.
- ❖ En la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones se pueden afectar intereses que recaen únicamente en la esfera de la relación obligatoria concebida (entre acreedor y deudor), y el interés principal que quieren ver satisfecho ambas partes es la ejecución de la prestación, por lo que este interés es oponible contra el deudor; llamémoslo, pues, interés relativo.

¿A qué interés debe integrarse la teoría de los deberes de protección?

Sin forzar su engranaje y de forma integradora y por intermedio de la institución de la buena fe, **claramente la integración debe darse en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones**, porque esta teoría no busca accionar contra terceros, o personas no vinculadas en la relación obligatoria. El

⁸⁶ Nuestra posición sobre el caso es la adopción del régimen de incumplimiento de obligaciones aplicando la teoría de los deberes de protección. Así haya fallecido realizando o no funciones propias por las que fue contratado, la parte contratante tenía el deber de velar por la esfera psicofísica del trabajador, sobre todo a nivel de trabajos que comportan actividades riesgosas.

sometimiento de los deberes de protección busca que no se vulnere la esfera psicofísica de las partes o de su patrimonio, las cuales se ven expuestas por la sencilla razón de encontrarse vinculadas por un contrato o por una relación obligatoria.

Entonces ¿por qué podemos aducir ligeramente que un régimen es mejor que otro? Claramente ninguno es mejor que otro, son solo distintos, y esto no es para nada un cliché, del propio análisis que se ha realizado de ambas provincias se ha llegado a dicha conclusión.

Algunas disertaciones en eventos académicos argumentan que el plazo de prescripción en el plano de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones favorecería la aplicación de los deberes de protección, ya que el plazo es de 10 años. A pesar de que ello favorecería nuestra tesis, tenemos que decir que dicha alegación es una verdad a medias, empero, una verdad a medias, no es verdad.

El plazo de prescripción de 2 o de 10 años, ya sea para accionar frente a un evento lesivo derivado un acto ilícito o del incumplimiento de una relación obligatoria es totalmente irrelevante, porque el plazo prescriptorio puede ser interrumpido, siguiendo lo prescrito en el artículo 1996 del C.C.⁸⁷, por lo que si por acto de notificación y aún recurriendo a un juez incompetente, se cita con la demanda, con una carta notarial; u oponiendo judicialmente la compensación, el plazo prescriptorio se reinicia conforme al artículo 1998 del mismo cuerpo legal⁸⁸. Aunado a ello, el artículo 1993 del C.C. estipula que el plazo de prescripción empieza a computarse desde el momento en que el beneficiario con el plazo puede hacerlo valer.

Por las consideraciones antes expuestas elegimos el rótulo de este subcapítulo, pues en el campo de la lógica, Aristóteles (1982) indica que una falacia es un argumento no válido que tiene apariencia de bueno o correcto. Ya sea intencional o no, referirse a que un régimen de responsabilidad es mejor que otro, es sin duda una falacia.

6.2. La no definición legislativa del concepto “obligación”

Luego de haber estudiado en su capítulo respectivo, a la obligación como relación compleja, evento que germinó en ya no entender al vocablo “obligación” como se entendía antes, sino a la luz de los estudios doctrinarios de Alemania (que inevitablemente fueron recepcionados por Italia y Francia, y posteriormente

⁸⁷ Artículo 1996.- Se interrumpe la prescripción por:

- 1.- Reconocimiento de la obligación.
- 2.- Intimación para constituir en mora al deudor.
- 3.- Citación con la demanda o por otro acto con el que se notifique al deudor, aun cuando se haya acudido a un juez o autoridad incompetente.
- 4.- Oponer judicialmente la compensación.

⁸⁸ Artículo 1998.- Si la interrupción se produce por las causas previstas en el artículo 1996, incisos 3 y 4, la prescripción comienza a correr nuevamente desde la fecha en que la resolución que pone fin al proceso queda ejecutoriada.

en nuestro país), nos surge la siguiente inquietud: ¿nuestro código civil regula la nueva denominación “relación obligatoria” o regula la “obligación”?

Recordemos que:

La “obligación” (noción clásica) es la relación jurídica en virtud de la cual un sujeto llamado deudor queda constreñido a realizar un comportamiento que provea una utilidad patrimonialmente valorable con capacidad de satisfacer el interés de otro sujeto llamado acreedor.

La “relación obligatoria” (noción moderna), se entiende como una relación compleja entre acreedor y deudor, a la luz de una naturaleza orgánica y por ello dinámica, en donde el crédito (derecho subjetivo relativo) y la deuda (deber jurídico) pululan con un conjunto de situaciones jurídicas subjetivas (facultades, cargas, poderes, otros derechos subjetivos, otros deberes principales, secundarios y autónomos), los que orgánicamente se agrupan dentro de la relación.

Quizás el lector indique que, al ser una doctrina relativamente moderna, la teoría de la obligación como relación compleja – originaria de Alemania- que se traduce en la noción “relación obligatoria” no podría estar regulada en un código civil concebido hace 35 años. Para sorpresa de muchos el Código Civil Peruano de 1984 no regula solo la noción “obligación”, sino también la noción “relación obligatoria”. Para darle un epígrafe a este fenómeno, digamos que nuestro código civil alberga un sistema mixto.

Identifiquemos ambas nociones. En el artículo 1148 del C.C. encontramos la noción “obligación”:

“Artículo 1148.- El obligado a la ejecución de un hecho debe cumplir la prestación en el plazo y modo pactados o, en su defecto, en los exigidos por la naturaleza de la obligación o las circunstancias del caso”.

En este artículo, que creemos que esta implícitamente imbuida de la noción de “obligación”, se da muestras claras de lo que la doctrina clásica pretende de una “obligación”, cumplir la prestación en el plazo y modos pactados; se cumple con el constreñimiento al cual se somete el deudor por el deber de cumplir con la prestación y listo, es esta la obligación (noción clásica) en todo su esplendor.

No es óbice que se extraiga la noción clásica de “obligación” de normas que regulan las “obligaciones de hacer”, tanto más si es de este tipo de obligaciones donde actualmente el tráfico jurídico se desenvuelve más, pues este ámbito de obligaciones se traduce en las prestaciones de servicios, por mencionar algunos ejemplos: locación de servicios, servicios de transportes, de viajes y turismo, contratos de seguros, consultorías, servicios profesionales o técnicos, hasta entran en esta caja de sastre los contratos atípicos, como el *joint venture* o la franquicia. Es decir, el papel protagónico en la economía actual no se desprende solo de las obligaciones de dar, ahora las obligaciones de hacer también han asumido ese rol.

Ante esta fuente tan relevante y que sirvió de caldo de cultivo para que se cree la teoría de los deberes de protección resulta irónico que tenga el estandarte de la noción clásica de la obligación, esto es, que todas esas relaciones jurídicas de carácter patrimonial sigan el patrón simple que enuncia el artículo 1148.

¿No es acaso necesario que el perfil requerido no solo para las obligaciones de hacer, sino para las de dar y no hacer (tripartita), sea el de la noción moderna “relación obligatoria”? Con esto no queremos plantear una propuesta de *lege ferenda*, sino únicamente advertir la importancia de que un sistema jurídico contengan normas de donde emane un tratamiento justo y adecuado en el ámbito de las obligaciones.

Un reputado autor nacional, interpreta la norma sobre la base de la buena fe, sin embargo, sólo se concentra el criterio adoptado en las exigencias que derivan del dispositivo legal:

Para establecer el modo de ejecución del hecho debido hay que orientarse por el criterio de actuación de buena fe lealtad de las partes en lo concerniente al cumplimiento de la obligación. La buena fe se corrobora por la observancia de las reglas del arte del oficio respectivo, el fin económico que perseguía el acreedor, la calidad de los materiales empleados, la calidad de la mano de obra, las mismas virtudes estéticas, cuando se trate de cosas de arte o de hechos en que el arte cuente, el número de personas que debe participar en la ejecución del hecho, las cualidades de estas personas. (...)

No hay incumplimiento de la obligación por pequeñas imperfecciones subsanables a veces con simples retoques o con una adecuada rebaja de la contraprestación (...) (Torres, 2014, p. 142)

A continuación, en el artículo 1681 del C.C. presenciamos la noción moderna “relación obligatoria”:

“Artículo 1681.- El arrendatario está obligado:

- 1.- A recibir el bien, cuidarlo diligentemente y usarlo para el destino que se le concedió en el contrato o al que pueda presumirse de las circunstancias.
- 2.- A pagar puntualmente la renta en el plazo y lugar convenidos y, a falta de convenio, cada mes, en su domicilio.
- 3.- A pagar puntualmente los servicios públicos suministrados en beneficio del bien, con sujeción a las normas que los regulan.
- 4.- A dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien.
- 5.- A permitir al arrendador que inspeccione por causa justificada el bien, previo aviso de siete días.
- 6.- A efectuar las reparaciones que le correspondan conforme a la ley o al contrato.
- 7.- A no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres.
- 8.- A no introducir cambios ni modificaciones en el bien, sin asentimiento del arrendador.

9.- A no subarrendar el bien, total o parcialmente, ni ceder el contrato, sin asentimiento escrito del arrendador.

10.- A devolver el bien al arrendador al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió, sin más deterioro que el de su uso ordinario.

11.- A cumplir las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato”.

Como bien dijimos en el capítulo II, los deberes de protección – según nuestro trabajo de investigación- pueden ser típicos o atípicos; en este caso, nosotros creemos que el legislador ha querido tipificar algunos de los deberes que comprende la teoría objeto de estudio.

Una clara muestra es el numeral 4 del dispositivo legal acotado, donde el legislador – no estamos seguros si sabiéndolo - le asigna al arrendatario un deber propio de la teoría de Stoll: el deber de aviso. El arrendatario debe comunicar a su arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra su bien. Este deber de aviso claramente beneficia a ambas partes pues no solo pone en peligro la posesión que este ejerciendo por intermedio del contrato de arrendamiento el arrendatario, sino que coadyuva a que el arrendador mantenga su bien libre de contratiempos previsibles y al finalizarse dicho contrato, pueda recibir su bien sin más deterioro que el uso normal que propicia un alquiler. El numeral 1 tiene una connotación más que nada dirigida a la esfera de acción del propio arrendatario de cuidar diligentemente el bien, pues a diferencia de los supuestos contemplados en el numeral 4, en el numeral 1, la obligación que detenta el arrendatario solo y únicamente recae en el, y no en una posible injerencia externa.

Merece también comentario el numeral 11, el cual impele al arrendatario a sujetarse a las demás obligaciones que establezca la ley o el contrato. En otras palabras se faculta a que las partes no sólo completen su programa contractual en la entrega del bien sujeto a arrendamiento y la contraprestación además de las obligaciones señaladas en dicho apartado, sino a incluir deberes que maximicen el interés buscado, tal vez no sea solo la prestación principal y las secundarias ya reguladas, tal vez en el mismo contrato las partes puedan insertar cláusulas que busquen proteger a las propias partes en el interín del cumplimiento del contrato de arrendamiento. Grafiquemos esto: estando al supuesto de hecho regulado en el numeral 4, en el intento razonable del arrendatario, de cumplir con dar aviso al arrendador de la perturbación de vecinos con conductas agresivas, recibe constantes amenazas por parte de ellas. Las partes pueden, en el transcurso de que el arrendador realice las acciones correspondientes (supongamos que el bien se encuentra en Lima y el arrendador vive en Iquitos), pactar que una vez se de el aviso efectivo y válido, cualquier acto ocasionado por aquellos, que dañe al arrendatario dentro del bien arrendado, será a cuenta del arrendador por la negligencia de no tomar las medidas de seguridad en el momento oportuno, sin perjuicio de obviamente accionar por responsabilidad aquiliana y/o incluso penal contra los dañantes. Otro ejemplo puede derivar del hecho que las partes acuerden que cualquier daño causado hacia el arrendatario durante la vigencia del contrato dentro del bien (ya sea por vías de acceso al bien con alambrado eléctrico mal ubicados puestos por el mismo arrendador, por deterioros naturales del uso del bien que

involucren reparaciones inmediatas⁸⁹, o por motivos similares) sea responsabilidad del arrendador.

Así las cosas, se consagra la interpretación que se tiene del artículo *sub examine*: la clara regulación en nuestro país de una “relación obligatoria”, la que tal vez desde una óptica histórica y cronológica, no ha sido materia de un estudio que se ha seguido a nivel doctrinario, pues como ya se dijo, la noción clásica de “obligación” es herencia de la influencia del *Code Civil* y además es impensado creer que los artífices de nuestro Código Civil de 1984 ya hayan conocido de las teorías sobre la obligación como relación compleja, o la de Staub (1903) o incluso la de Stoll (1932). A pesar de ello, se ha llegado a regular los numerales comentados, pues el legislador – en un período de inspiración- ha creído conveniente que en un contrato como el de arrendamiento, no sea suficiente con la relación básica de contraprestación y entrega del bien.

Luego de corroborar que nuestro Código Civil Peruano implícitamente alberga en su texto la noción clásica de la obligación y la noción moderna “relación obligatoria”, solo podemos concluir que no existe en nuestro código civil un artículo que defina expresamente lo que significa una relación obligatoria u obligación.

Esta conclusión se deduce de haber identificado dos artículos que en su esencia presentan objetivos distintos pero que comparten la misma zona: el derecho de las obligaciones (mejor llamado derecho de las relaciones obligatorias).

¿Es un obstáculo para adoptar la teoría de los deberes de protección, que no exista un dispositivo legal que te diga que es la obligación? En lo absoluto, más bien es uno de los argumentos principales que fecundan el objetivo trazado en la presente tesis. Expliquemos por qué.

Primero, al ser nuestro Código Civil el cuerpo legal por excelencia que regula a los particulares, la pregunta sobre si dicho código arropa una definición como la institución de la obligación, tiene que formularse necesariamente si se quiere trasplantar a nuestro país una teoría que irradia por todo el área del derecho de las obligaciones.

La teoría de los deberes de protección tiene su campo de acción en el derecho de las obligaciones, así que cualquier ordenamiento jurídico que quiera importar tal teoría, tendrá la tarea de estudiar las bases doctrinarias, normativas y hasta jurisprudenciales⁹⁰ del derecho de las obligaciones. En ese sentido, el estudio

⁸⁹ Se estaría haciendo un pacto en contrario del artículo 1673:

“Artículo 1673.- Si en el curso del arrendamiento el bien requiere reparaciones que no pueden diferirse hasta el fin del contrato, el arrendatario debe tolerarlas aun cuando importen privación del uso de una parte de él”.

⁹⁰ A diferencia del *common law*, el pilar jurisprudencial en nuestro país, en muchas ocasiones oscurece el contenido de las instituciones jurídicas que contempla nuestro ordenamiento jurídico, además de no presentar uniformidad de criterios casi siempre. Comparto, por eso, la posición de algunos civilistas, cuando afirman que la jurisprudencia en nuestro país no es fuente de derecho. No por ello, se va a dejar de prestar atención a algunos pronunciamientos de los órganos jurisdiccionales y aportar humildemente desde la academia a que se forjen reflexiones jurídicas

previo que se hizo para llegar a entender a la obligación como relación compleja – estudio doctrinario- tiene una razón de ser no sólo de cariz informativa (antecedentes de la teoría) sino de cariz funcional.

Un código civil que se sostiene o que su jurisprudencia la interpreta sobre la noción clásica de “obligación” no puede pretender trasplantar a su sistema jurídico una teoría que visualiza más que solo una interacción bipolar de crédito y deuda, una teoría que reconoce que la relación entre las partes que se vinculan en un contrato es compleja porque nace de ella diversas situaciones jurídicas subjetivas.

Si en Francia, la *Cour de Cassation* no hubiera interpretado sobre la base del artículo 1134 del *Code Civil* (donde trasluce la buena fe) que las obligaciones a las cuales se encontraban sujetas los prestadores de servicios de transportes no solo se satisfacía en transportar a los pasajeros sino también en que viajen sanos y salvos, jamás se hubiera construido una figura como las “obligaciones de seguridad”. La influencia vino de los tribunales y desembocó en la doctrina, en cambio, en Alemania la influencia vino de la doctrina y desembocó en los tribunales, haciendo lo propio Jhering, Staub, Larenz y por último Stoll, para obtener un pronunciamiento judicial emblemático como los rollos de linóleo por parte del *Reichsgericht*.

Entonces, sí importa y mucho que en nuestro país no se haya definido expresamente qué es la “obligación”, porque la definición puede ser ofrecida por la misma doctrina local o por la misma jurisprudencia nacional. Vemos pues, que del análisis que anteriormente se realizó, se extrajeron de dos dispositivos legales, nociones que apuntan tanto para la noción clásica como para la moderna, argumentando incluso que estaríamos ante un sistema mixto. Ante ello, tenemos que completar el rompecabezas con la pieza que le dará carta libre a la obligación como relación compleja y por ende a la teoría de los deberes de protección, y esa pieza restante es un principio/regla tan antiguo como la misma institución de las obligaciones y sobre la cual ya habíamos hecho un estudio en el subcapítulo respectivo a la teoría objeto de estudio; estamos hablando de la buena fe.

La buena fe está recogida en nuestro Código Civil, en el artículo 1362:

“Artículo 1362.- Los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”.

En los trabajos preparatorios para la creación del Código Civil de 1984 (el actual), Manuel de la Puente y Lavalle nos comenta que existió sobre el artículo en mención una ponencia original que tenía inserto un párrafo dedicado nada mas y nada menos que a la responsabilidad precontractual, pero que al final fue desechada quedando el artículo que tenemos como el texto definitivo:

Los artículos 5 y 10 de la Ponencia original tenían la siguiente redacción:
(...)

necesarias. Por tal razón, le dedicamos en el siguiente capítulo, un espacio a la jurisprudencia, específicamente a una sentencia que se pronuncia sobre los deberes de protección.

Artículo 10.- En el desarrollo de las negociaciones y en la formación del contrato las partes deben comportarse de buena fe.

La ruptura de las negociaciones sin motivo legítimo obliga a satisfacer los gastos que pueda haber incurrido la parte perjudicada. (De la Puente y Lavalle, 2017, p. 265)

No obstante ello, en la exposición de motivos, el profesor Max Arias –Schreiber expresa que la buena fe – a pesar de no decirlo expresamente – también existe en la etapa de negociación o tratativa:

Debe ponerse énfasis que la buena fe y común intención debe existir no sólo al momento de la celebración o con posterioridad a ella, sino también en la etapa de su negociación o tratativa. Nosotros fuimos partidarios de que se consignara una regla conforme a la cual la ruptura injustificada de la negociación permitiese a quien sufriera sus consecuencias exigir el resarcimiento de los daños sufridos y de los gastos realizados. Empero, fue criterio de la Comisión Revisora no incorporar un precepto de esta naturaleza, pese a que existen dos parecidos en la legislación comparada y, concretamente, en los artículos 1337 del Código Civil Italiano y 465 del Código civil boliviano (...) (Revoredo, 2015, p.47)

La misma exposición de motivos del Código Civil de 1984, nos dice que la fuente legal por la cual se ha imbuido nuestro artículo 1362 es el artículo 1337 del Código Civil Italiano de 1942(vigente):

“Art. 1337.

Trattative e responsabilità precontrattuale.

Le parti, nello svolgimento delle trattative e nella formazione del contratto, devono comportarsi secondo buona fede”.

“Art. 1337.

Tratativas y responsabilidad precontractual

Las partes, en el desarrollo de tratativas y en la formación del contrato, deben comportarse de acuerdo a la buena fe”. (Traducción libre)

Es de interés conocer de primera mano cuanto se consigna en los trabajos preparatorios del *Codice*. En la *Relazione al progetto ministeriale di libro delle obbligazioni*, de 1940, se lee:

“Nuevo también es el artículo 189 [del proyecto], que impone a las partes, en las tratativas y en la formación del contrato, el deber de un comportamiento de buena fe.

Este deber es difícilmente deducible del derecho vigente, no obstante, el predominio del principio de buena fe en la ejecución de los contratos. Su afirmación explícita es coherente con la concepción de un sano ordenamiento jurídico, como lo es el fascista, el cual extrae del antes recordado carácter social y ético de sus principios, la necesidad de un mínimo de lealtad y de honestidad, incluso en el libre juego de los intereses privados.

Coincidentemente, en la *Relazione alla Maestà del Re Imperatore*, elaborada por el ministro de gracia y justicia, Dino Grandi, se expresa (n. 612):

“Está gobernada por el deber de lealtad y por el deber de buena fe (en sentido objetivo) la materia de las tratativas contractuales, y la concerniente a los llamados contratos por adhesión.

Dicho deber es invocado, con carácter general, en el artículo 1337, como base del comportamiento de las partes en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato. Este deber exige de los sujetos de una relación contractual, en la esfera de la misma relación, un comportamiento inspirado por el sentido de la probidad, sea de la representación leal y no cavilosa de los derechos y de los deberes que de ella derivan, sea en el modo de hacerlos valer o de observarlos, atendiendo, en todo caso, al fin que el contrato pretende satisfacer, a la armonía de los intereses de las partes y de los intereses superiores de la Nación, los cuales requieren una pacífica colaboración productiva. Dicho deber, referido a la fase precontractual, desemboca en una responsabilidad *in contrahendo* cuando una parte conozca y no revele a la otra la existencia de una causa de invalidez del contrato” . (León, 2004, p.141)

Como podemos ver de la *Relazione* (es el equivalente a una exposición de motivos) existe una norma mediante la cual opera un modelo de comportamiento a seguir durante las fases de las tratativas⁹¹.

Volvamos a la creación de nuestro artículo 1362.

Sin temor a equivocarnos y sin discusión de por medio tanto la norma italiana como la nuestra regulan la buena fe objetiva, esto es, en síntesis, el cumplimiento de un comportamiento sujeto a la lealtad. Ahora es pertinente dotar de honestidad al presente trabajo y presentar las carencias y deficiencias que tiene el artículo 1362, empero, daremos una solución adecuada y acorde a las directrices que sigue nuestra tesis.

Dos son las críticas más fuertes que se hace a la regulación de la buena fe en nuestro código y al propio artículo 1362. La primera es la siguiente:

En una de las normas que regula esta materia, se habla de “principio” de la buena fe (artículo 168: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”); y en la otra –la que aquí nos interesa– se habla de “reglas” de la buena fe (artículo 1362: “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”).

⁹¹ Al respecto el profesor León agrega información importante sobre el tratamiento legislativo de la responsabilidad precontractual en Italia:

En el Codice civile no existe, en efecto, ninguna norma que establezca la responsabilidad para la especie que es objeto de la presente investigación.

Sí se regula, en cambio, la responsabilidad *in contrahendo* por la invalidez del contrato. En el artículo 1338 del Codice civile, subtítulo “conocimiento de las causas de invalidez”, se dispone: “La parte que conociendo o debiendo conocer, la existencia de una causa de invalidez del contrato, no ha dado noticia de ello a la otra parte, está obligada a resarcir el daño sufrido por esta última, que confió, sin su culpa en la validez del contrato”. (León, 2004, p. 141)

Conforme al régimen del Código Civil peruano, entonces, se puede deducir, sin inconvenientes, que hay un único “principio” de la buena fe (artículo 168), pero, al mismo tiempo, y en sentido contrario, que existen diversas “reglas” de la buena fe (artículo 1362). (León, 2004, p. 143)

Esta crítica es totalmente aceptable, el desliz acometido por el legislador ha provocado que la buena fe caiga en una confusión de perspectiva y actuación, a primera vista, nos e sabe si la buena fe es solo un principio (singularidad) o hablar de buena fe es hablar de reglas (pluralidad). En todo caso, añadiendo rigurosidad al análisis de ambas normas tenemos que en el artículo 168 la buena fe radica como un criterio de interpretación justamente del negocio jurídico (pues es ahí donde el legislador ha ubicado a la norma), mientras el artículo 1362, se refiere al conglomerado de comportamientos (reglas) que derivan del reglamento contractual al cual las partes se someten, por tanto, la comparación de ambos artículos no pasa de un infeliz empleo similar de términos.

Pasemos a la segunda crítica:

En efecto, en el citado precepto [el artículo 1362] no sólo se hace referencia a la buena fe, sino también a la “común intención de las partes”. Tal expresión deriva de la lengua jurídica francesa. En el artículo 1156 del Code Napoléon se prevé que “en las convenciones se debe buscar la *común intención de las partes* contratantes, en lugar de limitarse al sentido literal de las palabras”.

Para los redactores del Code –como se ha escrito– “imbuidos de la teoría del derecho natural y de la autonomía de la voluntad” , el principio fundamental de la interpretación tenía que ser subjetivo, es decir, la búsqueda de la *commune intention des parties*, atendiendo al reconocimiento de la supremacía de la voluntad interna sobre la voluntad declarada.

La norma francesa fue transcrita en el Código Civil italiano (artículo 1362), y no es improbable que haya sido por dicho medio que arribó a nuestra legislación vigente, pues la “común intención de las partes” constituye un tema omnipresente en la doctrina del derecho privado italiano.

Giuseppe Osti explica que la “común intención de las partes” representa el objeto de la interpretación, en tanto “síntesis de las voluntades individuales de los contratantes”. La búsqueda de esa “común intención” –según el mismo autor– es un principio dirigido al juez, “que tiene que resolver un conflicto surgido entre las partes sobre el significado que se debe atribuir a sus respectivas declaraciones”; pero, al mismo tiempo, es una advertencia para los contratantes, porque estos, “fuera de toda controversia judicial, deben evaluar sus respectivos deberes y derechos, no a tenor del significado literal de sus declaraciones, sino de conformidad con lo que han querido concordemente, o con lo que han dado la apariencia de querer” .

Todas las referencias anteriores permiten apreciar, con certeza, que en la poco feliz redacción de nuestro artículo 1362 se han reunido una regla de comportamiento, derivada del Código Civil italiano y, más en general, del BGB, y un retazo del enunciado literal de un principio derivado del Code Napoléon y, secundariamente, del Código Civil italiano, que impone al intérprete de los contratos la “búsqueda de la común intención de las partes”.

¡No es ni siquiera el enunciado completo del principio!

La expresión “común intención de las partes” se limita a significar el objeto cuya búsqueda es reconocida como criterio hermenéutico en otros ordenamientos. Pero, en la ubicación que se le ha destinado en el Código Civil peruano, está totalmente fuera de lugar, y condenada a la inaplicación. (León, 2004, pp. 143-144)

Nuevamente el profesor León acierta con la severa crítica hecha a la redacción del artículo 1362, lo cual persiguiendo salvar su contenido, tendríamos que prescindir de ese último enunciado: “común intención de las partes” – ya que se refiere al modo de evaluar un contrato cuando se requiere interpretarlo, lo que puede tener lugar en otra ubicación idónea del Código, menos en el artículo en mención-, lo que salvaría la coherencia interpretativa y de función para la buena fe.

Luego de hacer los reparos a las sofisticadas críticas del profesor León, queda generar la convicción de que a pesar de que nuestro artículo 1362 presente defectos, podemos salvar su contenido y por tanto dar cabida de ese modo a la teoría de los deberes de protección.

El artículo 1362 pretende que la buena fe este presente en: la negociación, celebración y ejecución del contrato, y ¿de qué forma ejerce su presencia? A través de reglas (ya dejando de lado el enunciado “común intención de las partes). Como mencionamos líneas atrás, la expresión “reglas de buena fe” – según nuestra opinión- no es incorrecta, es válida pues representa un criterio de no unicidad, es decir, representa una pluralidad. Tiene mucho sentido si nos ponemos a pensar que en la interacción - de carácter negocial- que puedan tener las partes se presentan etapas⁹² que se van a manifestar en el tiempo (días, meses, años), lo que lleva a entender que las reglas de la buena fe, que tienen que cumplir las partes, no será solo una, necesariamente tienen que ser varias. El modelo de comportamiento que deben seguir las partes no se concentra en sólo un patrón de comportamiento, como podría ser únicamente la lealtad. La buena fe se manifestará en una pluralidad de conductas que acompañaran a las partes (o a los tratantes) y se integrará al programa contractual.

Entonces, el artículo 1362, comprende un conjunto de comportamientos que las partes deben seguir durante todas las fases precontractuales y contractuales según lo querido y lo previsto por el ordenamiento jurídico: lealtad, rectitud, reserva, información. Hagamos una pausa ¿acaso dentro de los diversos

⁹² Sobre las fases de las tratativas hasta llegar a la celebración del contrato, véase el subcapítulo 4.4.2. del Capítulo IV.

patrones de conducta no podrían ser comprendidos los tipos de deberes de protección? La respuesta cae por su propio peso: La función que cumple el artículo 1362 es la de presentar a las partes una relación obligatoria (noción moderna), pues los modelos de comportamientos que tienen que seguir las partes en una relación jurídica patrimonial no va a ser solo uno, ya que estamos hablando de “reglas de la buena fe”, por tanto, hablamos de distintas conductas que deben seguir las partes, conductas que claramente en el programa contractual que deseen las partes, pueden – si lo desean- integrarlas expresamente, como no, pues al final el Juez determinará que conductas debieron haberse cumplido viendo cada caso en particular.

Creemos, hasta aquí haber cumplido con el objetivo trazado: un elemento esencial para la importación de los deberes de protección es que no exista una definición legislativa de lo que significa obligación, sino interpretarla y extraer una definición propia del mismo Código, sin realizar forzadas interpretaciones, pues como hemos visto, nuestro Código concibe una obligación como relación compleja. Mientras exista esa premisa básica, se puede generar el espacio adecuado para que la teoría de los deberes de protección se adapte de forma natural a nuestro ordenamiento jurídico, tal y como lo hemos hecho, a través del artículo 1362 del Código Civil Peruano.

6.3. La operación económica de los contratos

En el subcapítulo precedente hemos afirmado que las partes, conforme al artículo 1362, deben seguir diversos patrones de conductas, los cuales o bien pueden ser regulados expresamente en el contrato por ellos mismos o pueden ser identificados por el juez mediante interpretación de dicho artículo y del caso en concreto. Suena en teoría, armónico y convincente, pero el siguiente paso a dar y por tanto la pregunta a hacerse es la que viene a continuación: **¿Cómo podemos saber nosotros o el Juez, qué conductas son las que las partes tienen que seguir?**

Sabemos gracias a la tipología de deberes creada por Stoll y algunas refinaciones o agregados de la doctrina que estas conductas a seguir pueden ser deberes de aviso-información y deberes de cuidado-asistencia. Estos deberes traducidos en cláusulas siempre tendrán como propósito la integridad psicofísica de las partes y de su patrimonio, así que dichos deberes (ya estudiados a detalle en su capítulo correspondiente) a pesar de tener connotaciones un poco diferentes, llevarán a un solo camino: respetar la integridad psicofísica de las partes y de sus bienes debido a la exposición propia que produce encontrarse inmerso en una relación contractual u obligatoria.

Ahora, para responder a la pregunta en su totalidad, queda por verificar un elemento también esencial para materializar en la realidad práctica los deberes de protección y que representa la base de cada contrato: la operación económica.

En cada contrato subyace una operación económica, pero antes de dar la explicación sobre el factor “operación económica”, valoremos el contrato desde una óptica transversal.

Desde un aspecto formal el contrato presenta presupuestos y requisitos que no van más allá de saber si el contrato es válido o inválido, eficaz o ineficaz o en todo caso inexistente⁹³; pero ello no es lo que un contrato desde una visión integral es o puede llegar a ser.

La disciplina del contrato evoluciona a través del tiempo, no en su estructura, sino en la función que cumple dentro de un ordenamiento jurídico. Esta función tiene que ser primero verificada como merecedora de tutela y por tanto de juridicidad, por lo que las partes al encomendarse a una vinculación negocial tendrán como filtro no contravenir las normas imperativas, el orden público y las buenas costumbres. Esta situación de evaluación previa se da a partir que las partes al querer contratar pretenden autorregularse, lo que generalmente conlleva a que dispongan de las normas jurídicas para la realización de sus intereses. Este poder jurídico es la autonomía privada:

(...) la autonomía privada en cuanto programación de las reglas de la acción destinadas a realizar el reglamento de los intereses, puede ser interpretada o como poder dirigido de colocar las reglas jurídicas de realización o por el contrario como poder indirecto, de establecer el contenido de las reglas jurídicas de realización dictadas por la ley. (Falzea, 1997, p. 776)

El contrato es el instrumento por antonomasia de la libertad que tiene los sujetos en cuanto a su autorregulación de intereses. Esta concesión tiene que ser predeterminada⁹⁴ como lo hemos dicho, y ello se encuentra plasmado principalmente en los siguientes artículos de nuestro código sustantivo:

“Artículo 1354.- Las partes pueden determinar libremente el contenido del contrato, siempre que no sea contrario a norma legal de carácter imperativo”.

“Artículo 1356.- Las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”.

⁹³ La categoría de la inexistencia – a nuestro criterio- está regulada en el artículo 1359 del Código Civil Peruano:

“Artículo 1359.- No hay contrato mientras las partes no estén conformes sobre todas sus estipulaciones, aunque la discrepancia sea secundaria”.

⁹⁴ Como dice Piero Schlesinger:

Así pues, la autonomía privada no tiene un mero reconocimiento en el ordenamiento, que avale su eficacia original: lo que encuentra, más bien y como elemento integrante y determinante de su relevancia, es un *enforcement*, una “justiciabilidad” que resume, de manera significativa, el alcance de la transformación de un acto meramente interprivado o amical en un acto dotado de efectos jurídicos, incluso con valor de “ley” *inter partes*. (Schlesinger, 2002, p.105)

El plano de desenvolvimiento del contrato se da a partir de la autonomía privada⁹⁵ como primera fase, y una muestra de ello son los artículos mencionados. Ese poder directo o indirecto de disponer de reglas jurídicas de acción para realizar los intereses deseados por las partes tiene correlación con el tipo legal.

El proceso del surgimiento del tipo legal (y por ende la identificación de los llamados contratos nominados) se origina normalmente en la praxis del derecho de los negocios y del comercio y, luego de una sucesiva elaboración y afinamiento – también por obra de la jurisprudencia (la denominada tipicidad jurisprudencial)- el tipo, ya establecido en el mundo económico (la así llamada tipicidad social), resulta individualizado sobre el plano normativo (...) El tipo legal por tanto << no es otra cosa que un abstracto esquema reglamentario que contiene en sí la representación de una operación económica recurrente en la práctica comercial>> (Gabrielli, 2000, p.2)

Los contratos que han sido fijados en algún texto normativo⁹⁶, comúnmente se les llama contratos nominados (la ley o la costumbre les asigna un *nomen iuris*) o contratos típicos (no reviste diferencia con los nominados, pero si se quiere ser exquisito, se podría decir que los contratos típicos no necesariamente guardaran semejanza en términos puramente nominativos con los contratos que se celebren en la realidad práctica); al anverso de esta regulación tenemos los contratos innominados (los que son frecuentemente celebrados en la práctica pero que aun no tiene una denominación usualmente asignada) o atípicos (contratos no regulados pero conocidos en el ámbito práctico). Estos últimos son un claro producto de la autonomía privada, cuyo poder de manifestación contempla límites, tal como fluye del artículo 1353 del C.C.:

“Artículo 1353.- Todos los contratos de derecho privado, inclusive los innominados, quedan sometidos a las reglas generales contenidas en esta sección, salvo en cuanto resulten incompatibles con las reglas particulares de cada contrato”.

Parafraseando al maestro italiano Piero Schlesinger (2002) los límites de la autonomía privada se dan i) respeto al procedimiento de formación del acuerdo, tales como los requisitos de forma de las declaraciones de las partes, factores considerados impeditivos del carácter genuino del contrato (vicios de voluntad, simulación, deberes de información, situación de necesidad, etc.); ii) directamente al contenido del acuerdo, entre ellos tenemos a la ilicitud del trato contrario al orden público, contrariedad a prohibiciones específicas(ej.: prohibición de pacto destinado a una duración excesiva) y una genérica contrariedad a las normas imperativas (refiriéndose a la nulidad virtual).

⁹⁵ Si bien la doctrina no es pacífica, una gran parte de ella afirma que la autonomía privada es “un fenómeno prejurídico, que es relevante incluso con independencia del ordenamiento” (Schlesinger, 2002, p.106).

⁹⁶ No necesariamente estarán fijados en el Código Civil, como por ejemplo el contrato de asociación en participación, regulado en el artículo 440 de la Ley General de Sociedades.

Es importante nunca perder la brújula de los límites que tienen las partes contratantes, incluso en el ejercicio de su autonomía privada, dado que el mismo ordenamiento jurídico otorga la posibilidad de celebrar contratos que no sean los tipos legales previstos en las normas jurídicas nacionales, es decir tipos legales que no cuenten con una regulación particular como por ejemplo el contrato de *sponsorship*, el contrato de *know how*, el contrato de *franchising*, etc.

La intención de tocar el tema de los contratos típicos, nominados, atípicos, innominados no es el estudio frontal de estos, más bien lo que se busca es advertir que mientras más se conozca sobre un tipo legal (léase un tipo de contrato regulado) más se sabrá sobre sus características, funciones, objetivos, derechos y obligaciones:

En efecto, el proceso de tipicidad legal nace en primer lugar de la observación de la realidad del tráfico, puesto que **el legislador quiere ofrecer a los privados una serie de modelos jurídicos que sean idóneos para la realización de las finalidades empíricas que estos desean perseguir mediante el instrumento del contrato**. Tal proceso se desenvuelve según una secuencia que partiendo de la denominada tipicidad jurisprudencial y pasando a través de denominada tipicidad social arriba finalmente a la así llamada tipicidad legal. (Gabrielli, 2000, p.8) [El resaltado es nuestro]

Siendo así, los nuevos contratos o nuevos programas contractuales que se den, generarán efectos como los que describe el profesor Gabrielli:

La parte general del contrato no podría ser considerada más como la regulación de una figura unitaria, dado que << se ha reabierto la fisura entre contratos privados y contratos de empresa>>, <<se ha abierto la fisura entre contratos domésticos y contratos internacionales>>, de modo que << la relación lineal entre parte general del contrato y parte especial de los contratos individuales(...), no ha sido jamás adecuada al derecho positivo, y menos aún lo es hoy, frente a una indudable fragmentación de la figura del contrato y a una evidente tendencia centrífuga hacia regulaciones de contratos individuales cada vez más lejanas de la regulación general>>. (Gabrielli, 2000, p. 4)

No queremos llamar a este fenómeno una problemática, pues al contrario de lo que plantea el profesor Gabrielli respecto a lo que sucede en Italia (fenómeno que ha generado los mismos efectos en nuestro país), nosotros tenemos la convicción de que el trabajo de regulación de la autonomía privada y la relación al tipo contractual que las partes tienen es el primero de dos pasos que se tiene que dar para superar la inquietud propuesta inicialmente para este presupuesto de nuestra tesis: ¿qué conductas son las que las partes tienen que seguir? La respuesta se construye con la “operación económica”.

La tipicidad cumple su función en la actividad contractual que los sujetos realicen para lograr la creación, modificación de ciertas situaciones jurídicas subjetivas, individualizando los intereses que las partes buscan a través del modelo del contrato elegido. Leyendo entre líneas, con base en el fundamento que tiene la

tipicidad en los contratos, se estaría hablando de una zona circunscrita, específicamente se entiende que los intereses que buscan las partes tienen que ceñirse al modelo contractual tipificado⁹⁷.

En un esquema legal donde el filtro de la búsqueda de los principios rectores que irradian a nuestro ordenamiento jurídico haría falta un eslabón más que permita el desempeño óptimo tanto de la autonomía privada en conjunto con el tipo contractual a elegir por las partes. Es aquí donde entra a tallar el segundo paso: la operación económica.

La noción de contrato, y el esquema formal del tipo, resultan cada vez más frecuentemente inidóneos para aprehender la relevancia que en concreto la función del acto asume, sobre todo en presencia de hechos concretos [*fattispecie*] constituidos mediante conjuntos de intereses particularmente articulados y amplios. En tales situaciones, **la totalidad de los intereses de los cuales se compone la construcción del acto de autonomía privada se expresan – ya sea sobre el plano histórico, ya sea sobre el plano dinámico- con mayor plenitud a través del concepto de operación económica.** Tal noción en efecto, aprecia en globalidad y en su amplitud la calidad de los intereses de las partes y la relevancia que en concreto asumen, puesto que ofrece una más amplia y comprensiva representación de estos respecto al más limitado esquema del tipo contractual. (Gabrielli, 2000, pp. 31-32) [El resaltado y el subrayado es nuestro]

El ejercicio de definir la operación económica nos permite implícitamente considerar a la teoría de los deberes de protección para dicho fin. La operación económica es, como bien dijimos en palabras resumidas, lo que subyace al contrato; esta noción nace de la práctica y se profundiza en la doctrina, pues su presencia es esencial para el desarrollo de la nueva disciplina del contrato, que ahora más que nunca en la dogmática se ha elevado a un grado mayor su comprensión como actividad económica, dado que el contrato es una categoría jurídica⁹⁸. Por tanto, “la operación, de mero hecho económico, se transforma en fenómeno jurídico a través del contrato” (Gabrielli, 2009, p.81). [El subrayado es nuestro].

⁹⁷ Es esta, sino es la fundamental razón, por la que los contratos atípicos (que son en su mayoría contratos que vienen del *common law*) ha tenido éxito en el Perú. Adviértase que fruto de estas operaciones contractuales se han concebido proyectos financieros importantes para el país, el sólo hecho de advertir franquicias nacionales e internacionales como Mc Donalds, Popeye's, KFC, Rosatel, Chinawok, Astrid y Gastón en el Perú, han llevado a afirmar a fines del 2016, al entonces viceministro de MYPE e Industria, Juan Carlos Mathews que las franquicias peruanas generan \$1,480 millones anuales y están creciendo a un ritmo de 25%, mientras que las extranjeras a 18%, lo que significa para el Perú 63 mil puestos de trabajo. Además de ello se espera un crecimiento cerca de un 10% que sigue siendo un incremento potente en comparación con otros países, siendo el sector que lidera el de la gastronomía con un 64% siguiéndole los servicios de Salud, Spa y Gimnasios a un notable ritmo.

⁹⁸ Siempre cada premisa que elaboremos abrirá puertas a las diferentes aristas involucradas con el sentido económico y el sentido jurídico que se puede tener al momento de analizar ciertas cuestiones. Lo cierto es que estos sentidos propugnan principios que no siempre convergen entre sí.

La operación económica, como categoría ordenante, en efecto, no importa sólo en el momento del surgimiento de situaciones de patología del acto [se refiere a los remedios contra la "injusticia" del contrato] , sino, como han demostrado los estudios en la materia, en la totalidad de las situaciones que refieren a la autorregulación de intereses, sea en la fase de la formación del vínculo, sea en la construcción de la regla, o de su ejecución, y **sobre todo como criterio de selección de los intereses relevantes en clave de interpretación del acto de autonomía privada.** (Gabrielli, 2009, pp.70-71) [El resaltado y agregado es nuestro]

Es importante no confundir al contrato-concepto jurídico del contrato-operación económica porque el contrato concepto-jurídico vendría a ser el vestido exterior de la operación económica, ya que el contrato-concepto jurídico resulta instrumental al contrato- operación económica (Gabrielli, 2009).

El contrato – concepto jurídico, como puro esquema formal, y por tanto insuficiente para expresar los diversos intereses que se pueden componer, es solo el título jurídico sobre el cual la operación económica está fundada, pues en este terreno los intereses prescinden del tipo legal esquematizado por el legislador.

Ambas [contrato y operación económica] representan el mismo fenómeno - el acto de autonomía privada-pero según dos perspectivas diversas, y por tanto según la diversa riqueza y disciplina que tales perspectivas ofrecen; más simple aquella observada desde el ángulo visual del contrato; más compleja y articulada aquella examinada desde el plano de captación de la operación económica. (Gabrielli, 2009, pp.80-81)

Dijimos que definir la operación económica, nos permite entender implícitamente la teoría de los deberes de protección en dicho trabajo. Analicemos el por qué.

La operación económica -que subyace a cada contrato o a cada aspecto negocial a formarse como contrato (en clave de tipicidad)- permite apreciar la real amplitud de los intereses compuestos a favor de la reglamentación contractual, es decir, permite aplicar un programa de disciplina más enriquecedor y articulado a comparación del previsto por el legislador en los tipos legales regulados en el Código Civil o en otros cuerpos legales.

El contrato no puede, entonces, ya en el plano de la representación conceptual, ser configurado según un esquema con la impronta de la prevalente relevancia de la estructura y su nombre, esto es, mediante el absorbente esquema del tipo, ya que en el moderno derecho de los contratos a una pluralidad de estructuras a menudo corresponde una unicidad de funciones, con la consecuencia en el plano interpretativo que, más allá y con prescindencia del fenómeno del supuesto de hecho de formación progresiva o del coligamento negocial, la configuración de la composición de intereses puede expresarse cumplidamente sólo mediante la noción de autonomía contractual, y por tanto según su conformidad a los principios de la licitud y d la meritoriedad de los intereses perseguidos.

Tales intereses prescinden del esquema del contrato como acto, puesto que para su disciplina y realización requieren la presencia simultánea sea del acto, sea de la actividad.

Reclaman sea el esquema formal, sea [el] conceptual, de la operación económica. (Gabrielli, 2009, p.80)

Es un corolario de lo anotado, que el presupuesto “operación económica” es elemental para entender a la teoría de los deberes de protección dentro del régimen contractual en nuestro ordenamiento jurídico, porque justamente la operación económica permite que el programa contractual que deseen las partes no se encierre en la mera regulación dada por el cuerpo normativo para el tipo legal elegido. Por tanto los intereses que puedan ser expresados durante la relación obligatoria no se ceñirán a los derechos y obligaciones básicas, que generalmente se traducen en una prestación principal (de dar, hacer o no hacer) o en prestaciones accesorias, que tendrían los tipos contractuales conocidos.

Esto de por sí ya es una clara lectura implícita de la obligación como relación compleja que justamente adquiere un terreno concreto en la operación económica que subyace al contrato. Respondamos, entonces a la pregunta: ¿Cómo podemos saber nosotros o el Juez, qué conductas son las que las partes tienen que seguir? La respuesta es la siguiente: toda operación económica nos va a indicar que conducta es necesaria tutelar, lo cual logra que lo necesario se convierta en debido. ¿Cómo nos lo indica? Con base en la regulación de intereses que programan las partes para que se engarzan al contrato. El expertise, el know how, la lex artis, las medidas de prevención, las contingencias que involucran celebrar variopintos contratos que existen en nuestro ordenamiento jurídico dará a los tratantes o contratantes señales de lo que amerita componer al programa contractual (en otras palabras la inserción de intereses adicionales).

La riqueza y complejidad de los intereses que en cada caso las partes tienden a disciplinar supera en efecto la estricta dimensión del tipo, sea en el plano de la valoración de los intereses perseguidos (y protegidos) y de la cualidad de tales intereses, sea en términos de control del respeto de los límites (cualitativos y cuantitativos) que, según la naturaleza del negocio, el ordenamiento impone a la organización de intereses fijada por las partes en el contrato. (Gabrielli, 2009, p. 68)

Todos los comportamientos que con el reglamento contractual se vinculan para la consecución del resultado querido por ambas partes, además de las reglas previstas por la voluntad de las partes o por la ley, concurren a plantear intereses que van más allá de una simple compraventa de bien futuro, de un mero contrato de suministro, de un simple contrato de arrendamiento, sub arrendamiento, hospedaje, de un simple locación de servicios, de un simple contrato de transporte, de un natural contrato de obra o de las modalidades de prestación de servicios existentes, etc.

Materialicemos el presupuesto de la operación económica, analizando de forma escueta el contrato de obra:

“Artículo 1771 del Código Civil. - Por el contrato de obra el contratista se obliga a hacer una obra determinada y el comitente a pagarle una retribución”.

Este es el contrato –concepto jurídico. La finalidad en un contrato de obra es justamente realizar una obra para recibir una retribución, con todas las cláusulas que se puedan advertir: cláusula de resolución por incumplimiento o por causa fortuita o fuerza mayor, cláusulas que regulan el plazo, el domicilio para efectos legales, cláusulas de indemnidad, cláusula penal, etc.

“Artículo 1760 del Código Civil. - El que presta los servicios no puede exceder los límites del encargo.

Empero, puede apartarse de las instrucciones recibidas si llena el encargo de una manera más ventajosa que la expresada en el contrato o cuando sea razonable suponer que el comitente aprobaría su conducta si conociese ciertas circunstancias que no fue posible comunicarle en tiempo oportuno”.

“Artículo 1775.- El contratista no puede introducir variaciones en las características convenidas de la obra sin la aprobación escrita del comitente”.

De los dos siguientes artículos fluyen la regla general aplicable a todos los contratos de prestación (art. 1771) y la excepción (art. 1775) prevista solo para los contratos de obra. En el contrato de obra si se desea buscar la optimización de este, sólo podrá ser con la aprobación escrita del comitente, a pesar que sea en beneficio de aquel. Esta es una limitación para la autonomía privada prevista por el ordenamiento jurídico.

El contrato-operación económica entiende al contrato de obra como una ejecución conjunta que va a perdurar en el tiempo, en ese sentido, va a existir más por necesidad que por obligación un deber de cooperación, cristalizándose por ejemplo en que:

- El comitente brinde el lugar de trabajo del contratista en condiciones adecuadas (**deber de cuidado-asistencia**)
- Brindar información relevante tanto el comitente como la contratista para el adecuado desarrollo de la prestación.
- El comitente se pronuncie sobre los entregables parciales.
- Obtener los permisos y licencias necesarios para la ejecución de la obra.
- Se haga la respectiva liberación de interferencias en el área de trabajo.

La información mencionada no se encuentra prevista ni en el artículo 1773, ni en el 1774 del Código Civil, o en algún artículo previsto para regular el contrato de obra. Bueno, la importancia de la noción operación económica, permite regular en el contrato por ejemplo que en la obtención de permisos y licencias se pacte si el comitente o contratista se encargara de ello (en la práctica generalmente lo realiza el comitente). Así mismo, la liberación de interferencias, es decir, todo aquel elemento físico vinculado al sitio que obstaculiza los trabajos de la obra (tuberías, líneas eléctricas, arbustos), normalmente está a cargo del comitente.

El Parlamento Europeo, en la búsqueda de un derecho privado europeo unificado en criterios, articulado, coherente, solicitó a que se diera comienzo a trabajos que se dediquen a la creación de un “nuevo código europeo común de derecho privado”. Una de las medidas del plan de acción del Parlamento Europeo fue canalizar una terminología común en el terreno del derecho contractual expresado en el “*Common Frame of Reference*”. Este texto contiene justamente un artículo (cláusula general) que optimiza los intereses de las partes al vincularlas al tipo contractual a elegir.

“Book III
Obligations and corresponding rights
(...)
III. – 1:104: *Co-operation*

The debtor and creditor are obliged to co-operate with each other when and to the extent that this can reasonably be expected for the performance of the debtor’s obligation”.

“Libro III
Obligaciones y derechos correspondientes
(...)
III. – 1:104: Cooperación

El deudor y acreedor están obligados a cooperar entre ellos cuando y en la medida que esto pueda ser razonablemente esperado para el cumplimiento de la obligación adeudada”. [Traducción libre]

En este orden de ideas, se puede deducir del programa de intereses vinculados al contrato entendido como operación económica, los deberes de protección, los cuales calzaran a la medida del tipo contractual que las partes establezcan para su relación obligatoria, como hemos podido ver en el análisis de los intereses a proponerse en un contrato de obra, contrato en donde quizás no es tan evidente la proyección de la teoría defendida en el presente trabajo a nivel contractual; a diferencia de un contrato de transporte, donde incluso el Indecopi señala directrices para este:

- . Los buses no deben llevar personas de pie ni colocar bultos en los pasadizos de las unidades.
- . No pueden recoger pasajeros durante el viaje o en paraderos informales.
- . Deben cumplir los horarios de salida y llegada.
- . Tampoco deben transportar en sus bodegas material inflamable, explosivo, corrosivo, venenoso o similares.
- . Asimismo, deben cumplir cuando menos con las medidas mínimas de seguridad exigidas por ley, para tratar de evitar asaltos en las carreteras”.

Como vemos, las conductas que son susceptibles de tutelarse a fin de determinar cuáles son deberes de protección, derivan del contrato – operación económica, es decir, de los intereses que concurren en el programa contractual bajo la “careta” del tipo contractual.

Así las cosas, la operación económica vista entonces como la categoría jurídica que subyace a todo contrato y como optimizador de intereses que confluyen dentro del programa contractual, permitirá que se tutelen deberes dirigidos a proteger la esfera psicofísica de las partes en el transcurso del programa contractual, atendiendo además a la protección de sus bienes.

6.4. La zona del riesgo en la relación contractual

El presente subcapítulo lleva por nombre “la zona del riesgo”, porque venimos justificando nuestra posición de que la naturaleza de la teoría de los deberes de protección se sustenta en el ámbito contractual.

Hasta el momento los dos presupuestos justificantes de nuestra tesis han sido “la no definición de obligación”, interpretada sobre la buena fe objetiva, de nuestro Código Civil y “la operación económica”, no sin antes, dejar claro los intereses que buscan tutelar cada régimen, de lo que se desprende su carácter binario al ser intereses distintos, amén de la diferencia de remedios para cada régimen.

Integremos un presupuesto más para delimitar la aplicación de la teoría de los deberes de protección: **¿En qué zona se desenvuelve la teoría de los deberes de protección para poder hacer valer su alcance tuitivo correspondiente?**

A efectos de absolver la interrogante, debemos hacer una grafica mental y situarnos en el desenvolvimiento que tienen los sujetos en su vida cotidiana, a partir de ello dibujemos una línea imaginaria delimitada entre dos zonas, una zona donde no existe ninguna vinculación con otros sujetos, y otra donde existe una vinculación con otro sujeto. Al primer sector lo llamaremos zona o estado de incertidumbre, al segundo zona o estado de riesgo.

Esta delimitación no es una creación antojadiza usada en nuestro favor, esta delimitación es la que nos invita a realizar tanto el artículo 1969 como el artículo 1362 de nuestro código civil. Describamos entonces los dos esquemas por los que puede pasar un sujeto en el plano fáctico:

- Situación de incertidumbre: Cuando el sujeto tiene interacción con el exterior y no tiene conocimiento alguno de lo que puede pasar cuando se dirige a su centro de estudios o a su centro laboral o cuando simplemente camina en la calle, no existe una vinculación entre los agentes con los cuales concurre en el día a día. Esta situación es la que se expone en el artículo 1969, en este estado, el daño que se puede provocar aquí no está individualizado, hasta que se produzca y se haga el juicio de responsabilidad bajo los alcances del régimen extracontractual.

Aquí está la línea divisoria para la activación del dispositivo legal de 1362.

- Situación de riesgo: Se da cuando se instaura un reglamento de intereses, cuando uno se encuentra involucrado mediante una relación obligatoria. Aquí existe una posibilidad conocida por ambas partes de que uno cause daño al otro,

por tanto, ya no hablamos de incertidumbre, sino de riesgo al existir claramente una vinculación con otro agente, descrita las fases por las que pasan aquellas en el artículo 1362.

“(...) se ha señalado que, si se reconoce que la vida misma está en capacidad de generar riesgos, una <<actividad riesgosa>> será aquella que adiciona al individuo un peligro adicional al simple hecho de vivir” (como se citó en Fernandez y León, 2005, p. 27). [El resaltado es nuestro]

El término riesgo es usado tanto a nivel doctrinario como a nivel legislativo, en la responsabilidad aquiliana y en la responsabilidad contractual, no obstante ello, aquel término adquiere connotaciones distintas en cada contexto.

El artículo 1970 del C.C. establece que “aquel que mediante un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, causa un daño a otro, está obligado a repararlo”. Aquí se usa el enunciado actividad riesgosa o peligrosa indicando un nexo disyuntivo, es decir, el legislador ha usado el riesgo y el peligro como sinónimos cuando en realidad no lo son.

A fines del siglo XIX, en Francia nacen dos teorías: el *risque professionnel* (riesgo profesional) y el *risque créé* (riesgo creado).

Entre ambas teorías hay -digámoslo así- una diferencia de amplitud del campo visual. La primera, esbozada por Raymond Saleilles (1855-1912) a partir de 1894, aplica la perspectiva objetiva a la administración de los daños producidos por las grandes fábricas. La segunda, planteada por Louis Josserand (1868-1941), es menos limitada y considera que se es inmediatamente responsable, por razones de equidad y sin que para ello sea necesario analizar el plano subjetivo o el rubro de actividad, de los daños causados por el hecho de las cosas de las que uno se sirve. El deber de resarcir tales daños se concreta en una obligación que nace *ex lege*, en cabeza de quien genera el riesgo. Este «debe ser asumido por aquel que lo ha creado, al margen de todo derecho de propiedad o de otro derecho real sobre la cosa [...]. El riesgo, noción concreta y de orden esencialmente práctico, debe ser asumido por el individuo que dispone de la cosa y ejerce el gobierno de ésta. (Fernández y León, 2005, pp. 31-32)

A partir de estas dos teorías en Italia, entre los años 1960-1970, se empieza a hablar de *rischio di impresa* (riesgo de empresa) y de *esposizione al pericolo* (exposición al peligro). Es aquí donde empiezan a destacarse la distinción entre riesgo y peligro, siendo básicamente la siguiente:

La responsabilidad <<por riesgo>>, como señalara críticamente Comporti, aparecería vinculada siempre a una actividad humana reflejando una valoración esencialmente económica del *alea* que un sujeto asume al emprender una empresa o un negocio. Por esto, se encuentra vinculada al denominado <<riesgo de empresa>>, referido normalmente a actividades económicas que presentan características de continuidad y/o de organización, como indicara Trimarchi.

(...)

La responsabilidad <<por exposición al peligro>>, en cambio, importa una amenaza notable de daño a terceros derivada de una determinada actividad o de un determinado comportamiento o situación, tal y como lo describiera Comporti, por lo que representaría una noción esencialmente objetiva, centrada en la faz externa de actuación de los sujetos, diferenciable de la idea de <<riesgo>> que reflejaría en sí un análisis de la actividad humana <<incompatible>> con un sustento objetivo de la responsabilidad. Teniendo en cuenta la peligrosidad de la actividad o de los medios empleados, el sujeto causante del peligro deberá siempre responder. (Fernández y León, 2005, p. 72)

En el plano contractual, la denominada “teoría del riesgo”⁹⁹ se manifiesta cuando la obligación se extingue por tornarse imposible ya sea por caso fortuito, fuerza mayor e inexistencia de culpa, entre el interín de la celebración del contrato y la ejecución integral de la prestación, esto es, imposibilidad sobrevenida, tratándose de un contrato con prestaciones recíprocas (contratos sinalagmáticos).

De importante relevancia es citar la distinción de Manuel de la Puente y Lavalle sobre las clases de riesgo en el código civil peruano:

Aún cuando la finalidad de este trabajo es establecer a quien corresponde asumir el riesgo en el contrato de prestaciones recíprocas regulado por los artículos 1426 a 1434 del Código civil peruano de 1984, para iluminar el camino, oscurecido por la aplicación desordenada del principio *res perit domino* en el contrato de compraventa, es conveniente principiar por el estudio del problema del riesgo en los contratos que se refieren a la obligación de transferir la propiedad de una cosa cierta.

En estos contratos es necesario distinguir tres clases de riesgos: el “riesgo de la cosa”, el “riesgo de la prestación” y el “riesgo de la contraprestación”.

El “riesgo de la cosa” es un concepto vinculado exclusivamente al campo de los derechos reales, pues se refiere a la relación existentes entre el propietario de una cosa queda disminuido en su patrimonio por la pérdida de la cosa.

Si la cosa se pierde por cualquier causa, será necesario aplicar el principio *res perit dominio*, según el cual la cosa se pierde para su dueño. En efecto, la consecuencia jurídica de la pérdida de una cosa que tiene dueño es simplemente que éste deja de ser propietario de algo que antes le pertenecía, por lo cual el perjuicio de la pérdida lo sufre el dueño.

El “riesgo de la prestación” se refiere a determinar que es lo que ocurre cuando una prestación se convierte en imposible por causa no imputable al deudor. Como se ha visto, el Código civil peruano de 1984 resuelve este problema estableciendo que, en tal caso, se extingue la obligación

⁹⁹ En la Roma clásica surgió “el principio *periculum est emptoris* (el riesgo es del comprador) desde que el comprador sufría todo el perjuicio del contrato por tener que pagar el precio a cambio de nada” (De la Puente y Lavalle et al., 1990, p 163).

del deudor. Esto es así tanto en las obligaciones provenientes de la voluntad unilateral como en las provenientes de contratos.

El concepto que realmente para los efectos de la teoría del riesgo es el del “riesgo de la contraprestación”, que consiste en establecer si el deudor pierde o no el derecho a la contraprestación cuando la prestación a su cargo se convierte en imposible (...) (De la Puente y Lavalle et al., 1990, pp. 164-165) [El resaltado es nuestro]

Extrayendo la pertinente información presentada por el profesor Rómulo, el reglamento de intereses programado por las partes sufre los problemas de la alteración de las circunstancias:

La prolongación en el tiempo de la eficacia de los actos de autonomía privada exige de las partes la previsión de las posibles circunstancias futuras que puede alterar la economía del acto.

Pero la capacidad de previsión de las partes por la evolución futura de las circunstancias que afectan la ejecución de los negocios es falible y muchas veces las partes son sorprendidas en el desenvolvimiento de la relación contractual con evoluciones sorprendentes que no pudieron prever y que no habían tomado en cuenta. La incertidumbre del futuro en la celebración y en el desenvolvimiento de la ejecución de los contratos de eficacia duradera preocupa a la doctrina desde hace tiempo. (Morales, 2010, pp. 223- 224)

De manera genérica el citado autor propone – a grandes rasgos- entre las soluciones expuestas en su trabajo de investigación, la doctrina del riesgo.

Esta doctrina propone soluciones diferenciadas obtenidas a partir del contrato, de acuerdo con el plano del riesgo inmanente a cada tipo contractual y a cada contrato concreto. La solución emergente del contrato (o del negocio) proporciona una delimitación más precisa de la realidad para tener en cuenta y permite que, si no fue estipulada una solución en el contrato, se recurra al plano de distribución del riesgo propio del tipo contractual concreto. (Como se citó en Morales, 2010, p.230)

Si bien los alcances sobre esta doctrina – los cuales son escuetos- son prestadas del profesor portugués Pedro Pais de Vasconcelos, sirven como referencia para este subcapítulo porque de su contenido emerge la noción de operación económica estudiada anteriormente y lo más importante aún, suma al prospecto que tenemos sobre el eje de aplicación contractual ante el riesgo inmanente de cada contrato.

El riesgo contractual también se encuentra presente en la figura de la excesiva onerosidad de la prestación regulada en nuestro código civil, en el artículo 1440: “En los contratos conmutativos de ejecución continuada, periódica o diferida, si la prestación llega a ser excesivamente onerosa por acontecimientos extraordinarios e imprevisibles, la parte perjudicada puede solicitar al juez que la reduzca o que aumente la contraprestación, a fin de que cese la excesiva onerosidad.

Si ello no fuera posible por la naturaleza de la prestación, por las circunstancias o si lo solicitara el demandado, el juez decidirá la resolución del contrato. La resolución no se extiende a las prestaciones ejecutadas”.

Al respecto, el profesor Gabrielli nos comenta que

El riesgo contractual, es decir, que –como consecuencia de eventos negativos, o bien de eventos no previstos, o bien supervinientes, respecto de la originaria composición dada por los contratantes al contenido de la relación– el contrato cambie su economía originaria, determinado en tal modo una excesiva onerosidad en el cumplimiento de la propia prestación por una parte, y creando por tanto para la misma pérdidas o sacrificios injustificados que finalizarían, contra toda previsión originaria, por aventajar a la otra parte.

El intérprete –al fin de valorar si los eventos externos han alterado la economía originaria del contrato, determinando así los presupuestos para su resolución– debe reconstruir e identificar el equilibrio económico que las partes han querido asignar a la organización de sus intereses. En esta perspectiva, es necesario elaborar criterios de juicio que deben tomar en cuenta la variedad y variabilidad de los supuestos de hecho que la experiencia jurídica concreta continuamente presenta. (Gabrielli, 2014)

Con lo desarrollado hasta aquí no se pretende demostrar que un término (el de riesgo) tiene un “sentido de pertenencia” más sólido en un régimen que en otro, volver a ese infértil debate no es nuestra intención. Se apunta más bien a darle coherencia a un régimen, en este caso el régimen contractual. De lo visto en el plano de la responsabilidad extracontractual, el riesgo dentro del criterio de imputación semi-objetivo tiene plena vinculación con las actividades de las empresas según su noción histórica y de origen, máxime si el artículo 1970 hace referencia –errada- de bienes peligrosos o riesgosos ya que un bien en sí mismo no es peligroso, más bien la actividad que involucre a la cosa será considerada peligrosa. El contexto en el que se involucra al riesgo representa una vinculación per se, y el factor “circunstancias extrínsecas e intrínsecas”.

La adopción de los deberes de protección no se encuentran en la zona de incertidumbre, sino en la zona del riesgo, lugar donde las partes buscan sostener su programa contractual durante el tiempo, lo cual implica ese riesgo connatural a dicha situación, y ese riesgo va a llevar a que las mismas partes reglamenten intereses que puedan también tutelar su integridad personal y su patrimonio. Y si no lo hacen las partes y se judicializa por alguna vulneración a los deberes de protección, **léase deberes de aviso-información y de cuidado-asistencia y otros deberes que puedan extraerse de la operación económica del contrato**, lo tendrá que hacer el órgano jurisdiccional. Es así como tiene sustento los deberes de protección, el juez puede advertir del contrato estipulado, los alcances de tutela que pueden derivar de aquel.

En definitiva, atendiendo a la pregunta: ¿en qué zona se desenvuelve la teoría de los deberes de protección para poder hacer valer su alcance tuitivo correspondiente?, la respuesta es, en la zona del riesgo, zona donde opera el

artículo 1362 - dispositivo legal dirigido a los que negocian, ejecutan, celebran contratos-, esto es, la buena fe en su función integradora de la regulación y como haz de reglas de conductas para las partes. Esta es la verdadera y natural delimitación de la teoría de los deberes de protección, por tanto, ante cualquier vulneración de tales deberes, se aplicará la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

6.5. El principio constitucional de la solidaridad contractual

A pesar que la presente tesis sea de una alta dosis de derecho civil (contratos, obligaciones, responsabilidad civil), toda discusión que quiera ser tratada en nuestro ordenamiento jurídico, - que duda cabe- tiene que ser evaluada a la luz de nuestra Constitución. Guastini afirmaba: “(...) por constitucionalización del ordenamiento jurídico propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente impregnado por las normas constitucionales” (Carbonell, 2009, p.49).

En ese contexto, se aprecia en los últimos años, instaurado a nivel del Tribunal Constitucional, la inmersión del fenómeno de la constitucionalización del Derecho Civil, en virtud de la influencia alemana que tiene el ex magistrado Cesar Landa Arroyo, dado que dicho fenómeno, aunado a las categorías del “contenido esencial del derecho”, “los efectos horizontales y verticales”, son temas de discusión de mitad del siglo XX en Alemania, temas que fueron estudiados y difundidos en pronunciamientos del TC por el profesor antes mencionado.

Se pueda estar de acuerdo o no, lo cierto es que nuestra primera constitución es un documento asociado con la Independencia, teniendo en cuenta que aquel antecedió a un Código Civil¹⁰⁰, por lo que se puede decir que en el Perú, Independencia es a Constitución, como República es a Código Civil.

El docente Cesar Landa, revela lo que anteriormente se infiere, desde la óptica del protagonismo de ambos textos normativos:

Hace más de doscientos años, no obstante la conquista liberal del Estado de Derecho basado en la Constitución Política, el Derecho Constitucional tenía una importancia secundaria frente al Derecho Civil, por lo que se llegó a afirmar que la relación entre ambos era inexistente, debido a la radical separación entre la Constitución y la Ley.

(...)

En sus orígenes, la Constitución Política se encargaba de las relaciones entre los individuos y el Estado como sociedad, mientras que el Código Civil se encargaba de las relaciones entre los privados como sociedad

¹⁰⁰ Hacemos esta observación debido a que las experiencias foráneas nos informan que, atendiendo a la idea de jerarquía que hoy es común en los ordenamientos jurídicos del mundo, en Italia la Constitución republicana de 1948 surgió después del Código Civil Italiano vigente de 1942; el Código Civil Alemán de 1900 precede a la Constitución de la República Federal de Alemania de 1949, asimismo, la Constitución Española de 1978 es posterior al Código Civil Español de 1889.

civil, opuesta al Estado. Adviértase cómo desde los nombres que recibieron los referidos textos pretendía hacerse una diferenciación en lo que respecta a sociedad y Estado, entre autoridad y libertad. (Landa 2014, p. 310)

Sobre el proceso de constitucionalización del derecho civil, el referido autor, nos brinda los alcances para su comprensión:

Así como ha existido un proceso de estatalización de la vida privada, generado por el constitucionalismo moderno, a finales del siglo XX vivimos un proceso inverso de privatización de la vida pública. En efecto, “[l]a frontera entre Derecho Público y Derecho Privado ya no tiene una delimitación rigurosa ni una impermeabilidad total. El Derecho Privado penetra en los servicios públicos a través de los servicios públicos industriales y comerciales, y, sobre todo, por intermedio de las empresas nacionales y las sociedades de economía mixta. Al entrar en el mundo de los negocios, el Estado toma el atuendo de comerciante y adopta sus técnicas jurídicas”. Es en este doble proceso que se ha afirmado y expandido la constitucionalización del Derecho Civil, rama jurídica que ya no puede aplicarse sin remitirse a los derechos fundamentales y bienes constitucionales protegidos por la Constitución.

(...)

El Estado actúa y asegura que los derechos constitucionales no sólo no sean vulnerados, sino que se involucra en su realización, exigiendo también que los particulares respeten los derechos constitucionales.

Sobre el particular, debemos recordar que los derechos fundamentales cuentan con: (i) Eficacia vertical, entendida como la exigibilidad y oponibilidad de ellos hacia el Estado; así como con (ii) eficacia horizontal, pues los derechos fundamentales se irradian a la sociedad en su totalidad y es posible exigir su respeto y defensa no solo al Estado, sino también a los privados. Así, los privados no pueden desconocer la fuerza normativa de la Constitución, en tanto esta es: (i) *Lex legis* –ley de leyes–, dado que se encuentra en el vértice de las demás normas y prima en caso de conflicto sobre ellas; y, (ii) *norma normarum* –norma fuente de normas–, pues constituye la norma matriz para la creación de las demás normas del sistema jurídico.

En ese sentido, la Constitución no es más un simple límite, sino un objetivo de la sociedad en su conjunto, asumiendo “la labor de remodelar las relaciones sociales y no más aquel de preservar el máximo de la legalidad”. **Por tanto, el Derecho Civil ya no puede ser entendido ni aplicado sin la óptica de protección de los derechos fundamentales y respeto a los demás bienes constitucionales.** (Landa, 2014, p. 312) [El resaltado es nuestro]

Así las cosas, a nuestro criterio, pretender examinar la teoría de los deberes al final de este capítulo, a la luz de la Constitución -luego de haber señalado los

elementos que la sustentan y permiten su aplicación- no es un error y mucho menos una coincidencia.

Justamente luego de haber evaluado los componentes de “la no definición de la obligación en nuestro código civil”, “la operación económica del contrato, y “la zona de riesgo de la relación contractual”, es prudente -en todo trabajo de investigación- colocar al tema objeto de estudio, dentro del estado social y democrático de derecho en el que nos encontramos actualmente.

La autonomía de la voluntad, según Luigi Ferri, tiene dos tipos de fuentes: i) la fuente de validez, pues la autonomía privada emite normas privadas dentro del sistema jurídico, teniendo a la Constitución en la cumbre, para que luego le sigan las leyes, reglamentos y al último la referida autonomía de la voluntad. ii) La fuente de producción, como modo de producción y manifestación de las normas privadas entre las partes (Ferri, 2001). Esta disquisición efectuada por el italiano Luigi Ferri, no hace más que dejar sentado que los pactos privados (fruto de la autonomía privada) tienen su fuente de validez en las normas legales, y las normas legales tienen su fuente de validez en la Constitución.

Como hemos visto anteriormente, la autonomía privada tiene sus límites, límites establecidos tanto en nuestro Código Civil, como en nuestra Constitución, lo cual necesariamente obliga a que nuestra tesis, esto es, la teoría de los deberes de protección aplicable en sede contractual, tenga su respaldo y amparo en la misma Constitución Política del Perú de 1993.

Y para ahondar en este tema, debemos confesar que solo un autor nacional- quien considera además que la teoría de los deberes de protección debe someterse a las reglas de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones- propuso la fundamentación adicional (ya que su elemento de sustentación es básicamente la buena fe) de los deberes de protección en nuestra Carta Magna.

El civilista nacional al que nos referimos, Rómulo Morales, postula de esta manera el fundamento constitucional de la teoría de los deberes de protección:

La categoría de los deberes de protección se fundamenta adicionalmente en la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, los cuales «constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado». Ello debe realizarse mediante una adecuada interpretación constitucional: «interpretar la regla legal existente conforme a los principios constitucionales, adoptando, entre otros sentidos posibles, aquel que mejor se compatibilice con el ordenamiento constitucional». En este sentido, el principio de protección a la dignidad y la cláusula general de la buena fe deben ser leídos en dos planos distintos: «los principios pertenecen no a la justificación “interna” de las decisiones jurisdiccionales, sino a su justificación “externa”, o sea a la argumentación que justifica la elección de las premisas —en particular de la premisa normativa— de la justificación interna. La aplicación de un principio exige, por lo tanto, concretización, puesto que “aplicar” un principio consiste precisamente en concretarlo».

Así las cosas, los deberes de protección no solo forman parte de los deberes legales emanados de la cláusula general de la buena fe, sino del deber de protección de la dignidad de los sujetos del principio que emana de la norma constitucional. Tampoco debe prescindirse de saber que las cláusulas generales funcionan al interior de los principios. Aquí sostenemos que la cláusula general de la buena fe funciona adecuadamente bajo el principio de la protección de la dignidad de los sujetos. (Morales, 2013, pp. 74-75) [El resaltado es nuestro]

Como fluye del acotado fragmento de su artículo jurídico, el profesor Morales fecunda la aplicación en sede nacional de los deberes de protección en el artículo 1 de la Constitución: “La defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del Estado”.

Nosotros coincidimos en la formulación constitucional de su posición, puesto que la teoría de los deberes de protección tiene como objetivo proteger la esfera psicofísica de las partes – además de su patrimonio-, lo cual corresponde a la misión que tiene el Estado, pues la defensa y la dignidad de la persona en las fases de desenvolvimiento social que tiene durante su vida, en este caso, en su aspecto negocial, tiene que ser verificado y tutelado.

Aquel principio constitucional, el de la dignidad de la persona humana, obtendrá su parámetro interpretativo gracias a la buena fe y a los elementos esenciales que venimos desarrollando en el presente capítulo. No obstante ello, queremos ir más allá, advertir que no sólo es la dignidad humana el baremo supremo – otorgado por la Constitución- para fundamentar la viabilidad constitucional de la teoría de los deberes de protección. Nosotros apelamos además del principio de la dignidad humana, al principio de la solidaridad.

En términos constitucionales, quizás mencionar al principio de solidaridad nos conduzca a la plataforma donde se ejerce la economía social de mercado¹⁰¹. Así pues, el profesor Álvarez Miranda, analizando el modelo económico de la Constitución Peruana, afirma lo siguiente:

Como ha sido señalado de manera reiterada por el Tribunal Constitucional del Perú: el Estado no puede permanecer indiferente ante las diversas actividades económicas de los particulares. Frente a dicho Estado abstencionista (que cuidaba el orden económico con principios generales prohibitivos) se hizo necesario un Estado que cautele moderada y concretamente la actuación económica en el mercado, sin que ello lo habilite a subrogarlo por completo en la asignación de recursos.
(...)

¹⁰¹ Título III

Del Régimen Económico

Capítulo I

Principios generales

Artículo 58.- La iniciativa privada es libre. Se ejerce en una economía social de mercado. Bajo este régimen, el Estado orienta el desarrollo del país, y actúa principalmente en las áreas de promoción del empleo, salud, educación, seguridad, servicios públicos e infraestructura.

Desde sus primeros planteamientos como modelo para el crecimiento económico y la simetría social, la Economía Social de Mercado ha sido objeto de constantes transformaciones, amoldadas a los requerimientos de los distintos contextos históricos y culturales. Y basada en los fundamentos de la Doctrina social de la Iglesia y en una visión libertaria del hombre; este modelo se cimenta en tres principios matrices: a) responsabilidad individual, b) solidaridad y c) subsidiariedad. (Álvarez, 2014, p. 265)

En esa línea de pensamiento, el principio de solidaridad, tiene el siguiente perfil:

La solidaridad como principio político inspirador de un régimen jurídico avala la actuación razonable del Estado en su faceta de árbitro, a efectos de que este pueda reparar las injusticias que como consecuencia de la vulneración de este principio, se hayan suscitado. Es por ello que, a través de la presencia e imposición de la rectoría estatal, se deberá tutelar y promover los derechos fundamentales, aumentando la capacidad de acceso a su disfrute hacia los menos favorecidos y así lograr consolidar una democracia social que haga efectivo el valor de la solidaridad como anclaje de justicia, dignidad y libertad.

Este principio no debe, de ninguna manera, conducirnos al yerro de pensar que, a rajatabla, se debe asistir al menos favorecido sin permitirle dejar de necesitar del asistencialismo estatal, muy por el contrario, **se deben elegir los instrumentos apropiados de la solidaridad que eviten el absentismo y el desincentivo al esfuerzo. Y es que, corresponde al Estado amparar aspectos esenciales que, a todas luces, se hacen necesarios para preservar dignamente a los individuos de la sociedad, como lo son por ejemplo, la provisión de salud, educación y seguridad (por citar algunos ejemplos). Aquí hay que pensar especialmente en la protección de quienes por naturaleza son los más desvalidos en la sociedad: enfermos, los niños y los ancianos.**

Es justamente en este contexto donde se hace presente el principio de solidaridad en el marco de la Economía Social de Mercado pues se debe considerar que el Estado en su faz social tiene que prestar, dentro de lo posible, ayuda para la autoayuda a fin de evitar convertirse en un Estado benefactor total, pues de ser así paralizaría el funcionamiento de la economía de mercado, tan importante para el bien común.

No es menos cierto que esta fórmula no garantiza en plenitud el principio de solidaridad pues con el paso de los años, la calidad de la prestación de algunos servicios públicos se ha ido degradando. Es por ello que resulta imperativo reconocer el papel del privado como una alternativa para la prestación de servicios en la sociedad. En suma, se trata de encontrar nuevos caminos, nuevos modelos de solidaridad social paraestatales.

Siguiendo a Bertram Schulin, “toda relación solidaria es una compleja estructura de interdependencias de deberes y consideraciones recíprocas, y que la justificación jurídica de los procesos redistributivos se basa en la idea socio ética de la solidaridad”. Para efectos de comprender la real dimensión de este principio, es menester considerar como punto de partida que toda sociedad cuenta con una escala de valores practicados por sus miembros en conjunto, lo que supone que las propias cartas constitucionales recogen objetivos de igualdad real, que exigen del Estado una justicia distributiva en beneficio del bienestar común. (Álvarez, 2014, pp. 266-267) [El resaltado es nuestro]

En relación a ello, analizando la constitución política de Colombia, doctrina colombiana ha esbozado los siguientes cuestionamientos dedicados al deber de solidaridad en el diseño constitucional:

(...) el deber de solidaridad, como deber de virtud (ético o moral), carece de coercibilidad; en otras palabras, al no existir un sujeto facultado para demandar su cumplimiento, el deber de solidaridad sólo está revestido de una especie de exigibilidad moral. Esta idea confirma, por lo menos, dos intuiciones: en primer lugar, en razón a su indeterminación, el enunciado constitucional consagratorio del deber de solidaridad precisa de concreción y, en segundo lugar, tal enunciado no tiene por destinatario directo a la comunidad de personas que se encuentran bajo la jurisdicción de un Estado; por el contrario, sus destinatarios inmediatos son aquellos sujetos llamados a procurar su efectiva concreción. Siendo así, reconocer carácter normativo al deber de solidaridad es, cuando menos, una gran impropiedad, pues en razón de su textura abierta, de su incoercibilidad (o exigibilidad moral) y de la ausencia de un beneficiario determinado que pueda exigir su cumplimiento, es más ajustado calificarlo como un deber imperfecto, o bien, como un deber positivo general.

En consecuencia, a modo de epílogo, diríase que el deber de solidaridad es imperfecto por tres razones esenciales:

- . Primera: no define una acción específica a realizar. Es decir, no precisa las circunstancias de tiempo, modo y lugar que deben concurrir para exigir su cumplimiento. No confiere, en últimas, razones para la acción.
- . Segunda: su incumplimiento no da lugar a un juicio de culpabilidad. Es decir, no tiene asociada una sanción específica.
- . Tercera: no existe un beneficiario determinado que, en función de un derecho correlativo, pueda exigir su efectivo cumplimiento. Es decir, “puede haber una multiplicidad de destinatarios de la eventual ayuda que obligan igualmente al sujeto del deber, por lo que la obligación en cada caso no queda determinada. Cada necesitado podría ser objeto de ayuda sin afectar el límite moral, pero su suma constituye el problema conocido como de la pendiente resbaladiza en los deberes positivos: una suma de esfuerzos insignificantes se convierten en una carga que no se puede mantener”. (García, 2012, pp. 157-159)

De lo expuesto, queda claro que para darle sentido y aún más, contenido a nuestra tesis, el principio de solidaridad tiene que ser llevado al escenario contractual y ser complementado con los elementos esenciales ya estudiados en este capítulo. Esta extrapolación no tiene por que ser forzada, pues no solo la irradiación en sede contractual que propiamente daría este principio en el ámbito de las relaciones personales se daría en virtud del artículo 3 de la Constitución (*numerus apertus* de nuevos derechos), sino también en razón de la libertad contractual, recogida en el numeral 14 del artículo 2 de la Constitución¹⁰². Preferimos este último, pues territorialmente hablando, ya nos encontraríamos en un escenario necesariamente contractual, y esto es lo que venimos postulando, el régimen de incumplimiento de obligaciones, con base en la constitución, sería el aplicable a la teoría de los deberes de protección.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el expediente N° 1963-2006-PA/TC ha dicho sobre la libertad contractual lo que a continuación se cita:

"En cuanto al derecho a la libre contratación previsto por el artículo 2.14 de la Constitución, el Tribunal Constitucional ha señalado que este se concibe como el acuerdo o convención de voluntades entre dos o más personas naturales y/o jurídicas para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica de carácter patrimonial. Dicho vínculo –fruto de la concertación de voluntades– debe versar sobre bienes o intereses que poseen apreciación económica, tener fines lícitos y no contravenir las leyes de orden público.

Desde una perspectiva abstracta, tal derecho, prima facie, garantiza

- Autodeterminación para decidir la celebración de un contrato, así como la potestad de elegir al cocelebrante.
- Autodeterminación para decidir, de común acuerdo, la materia objeto de regulación contractual.

A lo expuesto debe agregarse que la libertad contractual constituye un derecho relacional, pues, con su ejercicio, se ejercen también otros derechos, tales como la libertad al comercio, la libertad al trabajo, etc". [El énfasis es nuestro]

La libertad contractual como derecho relacional implica la inminente coexistencia con otros derechos que optimizan su ejercicio, y ahí se encuentra evidentemente la solidaridad contractual. Este principio busca excluir el individualismo en sede contractual, porque hablar de una autodeterminación para decidir el programa contractual de común acuerdo significa cooperar, solidarizarse ante el debido cumplimiento de la relación obligacional que ambas partes han buscado, esto es, entender el contrato, tomando en consideración al otro. Este principio encuentra una fundamentación concreta en la buena fe objetiva, que como ya hemos definido, implica un haz de conductas, por ser la obligación una relación compleja, y en ese haz de conductas se encuentran los deberes de protección. Por supuesto, la delimitación (para su identificación en la realidad práctica) de la

¹⁰² Artículo 2.- Toda persona tiene derecho:

(...)

14. A contratar con fines lícitos, siempre que no se contravengan leyes de orden público.

(...)

cláusula general de la buena fe se da a partir de los elementos esenciales que perfilan a la teoría de los deberes de protección en el régimen de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones: “la no definición de la obligación en el Código Civil”, la “operación económica del contrato” y “la zona de riesgo de la relación contractual”.

Entonces, la razón por la que elegimos desarrollar la base constitucional de la teoría de los deberes de protección al final del presente capítulo, dedicado a la justificación de nuestra tesis, fue para darle inicialmente el contenido necesario a : i) la buena fe y a ii) los principios constitucionales de la dignidad humana y la solidaridad – en el aspecto contractual-, y posteriormente al ver las piezas necesarias para llenar el rompecabezas, se puedan colocar en el lugar correspondiente y exhibir el producto mismo ya completo.

Hemos presentado hasta aquí los elementos o herramientas esenciales que justifican la aplicación del régimen del incumplimiento de las obligaciones a la teoría de los deberes de protección, lo que expresamente ha sido el objetivo de nuestra tesis, empero, aquí no termina nuestra labor, pues queda por analizar la línea jurisprudencial, hecho que involucra la significancia terrenal que tiene el presente estudio en nuestro país, ya que para responder al problema que fomentó nuestra tesis, el *quid* del asunto es dar una mirada además de dogmática, funcional a la teoría de los deberes de protección.

CAPÍTULO VII: LOS DEBERES DE PROTECCIÓN EN LA JURISPRUDENCIA NACIONAL

7.1. Casuística en Indecopi

Se inicia el presente capítulo abordando los pronunciamientos emitidos por Indecopi, dado que dicho organismo público especializado, en su función cuasi jurisdiccional, ha sido pionero en la aplicación de la teoría de los deberes de protección en el Perú. Ello no tiene por qué asombrarnos, el Código de Protección y Defensa del Consumidor-Ley N° 29571-, ha recogido figuras originarias del Código Civil (*rectius*: Derecho Civil) tales como las cláusulas abusivas, las cláusulas generales de contratación; así mismo, las comisiones y salas especializadas de protección al consumidor vienen de forma continua aplicando teorías foráneas originarias del Derecho Civil a los casos que llegan a sus instancias, como las “obligaciones de medios y de resultados”¹⁰³, la “*apparenza del diritto*”¹⁰⁴ y como no, “los deberes de protección”.

Como nota preliminar al estudio de los casos, no se debe perder de vista que una materia especial como la que regula el Código de Protección y Defensa del Consumidor (en adelante CPDC), esto es, las relaciones de consumo entre proveedor y consumidor, encuentra su *telos* en aplicar el *ius imperium* estatal ante infracciones administrativas, en tanto, el Código Civil a través de la responsabilidad civil otorga el correspondiente resarcimiento al damnificado.

¹⁰³ Ver la Resolución N° 2563-2010/SC2-INDECOPI.

¹⁰⁴ Ver la Resolución N° 240-2002/CPC-INDECOPI.

A fin de comprobar esta distinción de objetivos, cabe citar el artículo 100 del CPDP:

“Artículo 100.- Responsabilidad civil

El proveedor que ocasione daños y perjuicios al consumidor está obligado a indemnizarlo de conformidad con las disposiciones del Código Civil en la vía jurisdiccional correspondiente, sin perjuicio de la responsabilidad penal, **así como de las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias que se puedan imponer en aplicación de las disposiciones del presente Código y otras normas complementarias de protección al consumidor**”. [El resaltado es nuestro]

Se hace énfasis en las sanciones administrativas y medidas correctivas reparadoras y complementarias ya que las primeras no generan confusión alguna respecto al destino de la acción del justiciable, lo que sí requiere atención son las medidas correctivas, las cuales son definidas en el artículo 115 y 116 del mismo cuerpo legal:

“Artículo 115.- Medidas correctivas reparadoras

115.1 Las medidas correctivas reparadoras tienen el objeto de resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor por la infracción administrativa a su estado anterior y pueden consistir en ordenar al proveedor infractor lo siguiente:

a. Reparar productos.

b. Cambiar productos por otros de idénticas o similares características, cuando la reparación no sea posible o no resulte razonable según las circunstancias.

c. Entregar un producto de idénticas características o, cuando esto no resulte posible, de similares características, en los supuestos de pérdida o deterioro atribuible al proveedor y siempre que exista interés del consumidor.

d. Cumplir con ejecutar la prestación u obligación asumida; y si esto no resulte posible o no sea razonable, otra de efectos equivalentes, incluyendo prestaciones dinerarias.

e. Cumplir con ejecutar otras prestaciones u obligaciones legales o convencionales a su cargo.

f. Devolver la contraprestación pagada por el consumidor, más los intereses legales correspondientes, cuando la reparación, reposición, o cumplimiento de la prestación u obligación, según sea el caso, no resulte posible o no sea razonable según las circunstancias.

g. En los supuestos de pagos indebidos o en exceso, devolver estos montos, más los intereses correspondientes.

h. Pagar los gastos incurridos por el consumidor para mitigar las consecuencias de la infracción administrativa.

i. Otras medidas reparadoras análogas de efectos equivalentes a las anteriores.

115.2 Las medidas correctivas reparadoras no pueden ser solicitadas de manera acumulativa conjunta, pudiendo plantearse de manera alternativa o subsidiaria, con excepción de la medida correctiva señalada en el literal h) que puede

solicitarse conjuntamente con otra medida correctiva. Cuando los órganos competentes del Indecopi se pronuncian respecto de una medida correctiva reparadora, aplican el principio de congruencia procesal.

115.3 Las medidas correctivas reparadoras pueden solicitarse en cualquier momento hasta antes de la notificación de cargo al proveedor, sin perjuicio de la facultad de secretaría técnica de la comisión de requerir al consumidor que precise la medida correctiva materia de solicitud. El consumidor puede variar su solicitud de medida correctiva hasta antes de la decisión de primera instancia, en cuyo caso se confiere traslado al proveedor para que formule su descargo.

115.4 Corresponde al consumidor que solicita el dictado de la medida correctiva reparadora probar las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas causadas por la comisión de la infracción administrativa.

115.5 Los bienes o montos objeto de medidas correctivas reparadoras son entregados por el proveedor directamente al consumidor que los reclama, salvo mandato distinto contenido en la resolución. Aquellos bienes o montos materia de una medida correctiva reparadora, que por algún motivo se encuentran en posesión del Indecopi y deban ser entregados a los consumidores beneficiados, son puestos a disposición de estos.

115.6 El extremo de la resolución final que ordena el cumplimiento de una medida correctiva reparadora a favor del consumidor constituye título ejecutivo conforme con lo dispuesto en el artículo 688 del Código Procesal Civil, una vez que quedan consentidas o causan estado en la vía administrativa. La legitimidad para obrar en los procesos civiles de ejecución corresponde a los consumidores beneficiados con la medida correctiva reparadora.

115.7 Las medidas correctivas reparadoras como mandatos dirigidos a resarcir las consecuencias patrimoniales directas e inmediatas originadas por la infracción buscan corregir la conducta infractora y no tienen naturaleza indemnizatoria; son dictadas sin perjuicio de la indemnización por los daños y perjuicios que el consumidor puede solicitar en la vía judicial o arbitral correspondiente. No obstante, se descuenta de la indemnización patrimonial aquella satisfacción patrimonial deducible que el consumidor haya recibido a consecuencia del dictado de una medida correctiva reparadora en sede administrativa”. [El resaltado es nuestro]

“Artículo 116.- Medidas correctivas complementarias

Las medidas correctivas complementarias tienen el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro y pueden ser, entre otras, las siguientes:

- a. Que el proveedor cumpla con atender la solicitud de información requerida por el consumidor, siempre que dicho requerimiento guarde relación con el producto adquirido o servicio contratado.
- b. Declarar inexigibles las cláusulas que han sido identificadas como abusivas en el procedimiento.
- c. El decomiso y destrucción de la mercadería, envases, envolturas o etiquetas.

- d. En caso de infracciones muy graves y de reincidencia o reiterancia:
- (i) Solicitar a la autoridad correspondiente la clausura temporal del establecimiento industrial, comercial o de servicios por un plazo máximo de seis (6) meses.
 - (ii) Solicitar a la autoridad competente la inhabilitación, temporal o permanente, del proveedor en función de los alcances de la infracción sancionada.
- e. Publicación de avisos rectificatorios o informativos en la forma que determine el Indecopi, tomando en consideración los medios que resulten idóneos para revertir los efectos que el acto objeto de sanción ha ocasionado.
- f. Cualquier otra medida correctiva que tenga el objeto de revertir los efectos de la conducta infractora o evitar que esta se produzca nuevamente en el futuro. El Indecopi está facultado para solicitar a la autoridad municipal y policial el apoyo respectivo para la ejecución de las medidas correctivas complementarias correspondientes”.

De la lectura del artículo 115 del CPDC, se estaría presentando un primer inconveniente en cuanto a una duplicidad de remedios aplicables. El objetivo de las medidas correctivas reparadoras está en resarcir daños patrimoniales directas e inmediatas ocasionadas al consumidor, objetivo que claramente se identifica con el resarcimiento civil. Incluso aún con la supuesta “aclaración” introducida en el artículo 115.7, el cual afirma que el mandato dirigido a resarcir los daños patrimoniales directos e inmediatos no tienen naturaleza indemnizatoria se estaría generando una contradicción conceptual(!). A mayor abundamiento, las medidas correctivas reparadoras enunciadas en el artículo 115 son remedios inequívocamente civiles, puesto que el literal b y c del artículo 115 claramente se refieren al cumplimiento exacto o conforme de la obligación y en su defecto el resarcimiento en forma específica, el literal d es claramente el remedio de la ejecución forzosa y el literal g regula el remedio de la restitución.

Pues bien, ya estatuida esta nota preliminar –con visos de crítica-, toca ver como Indecopi ha tratado los casos en los cuales se presentan supuestos donde claramente se ha vulnerado la esfera personal y la del patrimonio del consumidor en los servicios brindados por proveedores.

Resolución Final N° 2016-2007/CPC

El presente caso versa sobre la denuncia interpuesta por el señor Juan Carlos Jáuregui Zárate contra Bambos S.A.C., por presunta infracción al artículo 8 del –entonces vigente- Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor¹⁰⁵. Lo hechos consistieron en que el denunciante acudió con su esposa y menor hijo de cinco años a las instalaciones del local denunciado para consumir los alimentos allí ofrecidos,

¹⁰⁵ “Artículo 8.- Los proveedores son responsables, además, por la idoneidad y calidad de los productos y servicios; por la autenticidad de las marcas y leyendas que exhiben los productos; por la veracidad de la propaganda comercial de los productos; y por el contenido y la vida útil del producto indicados en el envase, en lo que corresponde.

“El proveedor se exonerará de responsabilidad únicamente si logra acreditar que existió una causa objetiva, justificada y no previsible para su actividad económica que califique como caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o negligencia del propio consumidor para no cumplir con lo ofrecido. La carga de la prueba de la idoneidad del bien o servicio corresponde al proveedor”.

dejando a su hijo en el área recreativa del dicho lugar, en donde el niño sufrió una herida profunda en la cabeza, debiendo sus padres llevarlo a una clínica por Emergencia. Fruto de ese accidente, se le hizo una sutura con 3 puntos en la cabeza, no obstante ello, el niño estuvo internado por cuatro días al verse agravada su salud, afectando también su aspecto emocional y por ende, el de su familia.

La infracción que alega la denunciante consistió en una falta de seguridad en las instalaciones de Bombos, agregando que la empresa denunciada prometió devolver todos los gastos incurridos por el denunciante, así como pagar todo el tratamiento médico, sin embargo, la denunciada sólo cumplió con pagar una mínima cantidad.

El denunciante buscaba como medida correctiva la indemnización por daños y perjuicios ocasionados y cualquier otra medida que tenga como efecto revertir la conducta infractora, además de las costas y costos del procedimiento.

Por otro lado, la defensa de Bombos argumentó que la carga de probar que sus instalaciones no contaban con las medidas de seguridad necesarias era el denunciante, asimismo, aclaró que no había asumido ninguna responsabilidad derivada del accidente sufrido por el menor y que por ello brindó ayuda económica en razón de la política a favor del cliente. Incluso aseveró que el menor recibió una inmediata atención de primeros auxilios por parte de la denunciada, llevándolo a la Clínica y asumiendo los gastos médicos, desembolsando a favor del denunciante US\$ 1,520 y S/. 1,100. Por último, alegó que la Comisión no era el órgano competente para otorgar resarcimientos.

La Comisión de Protección al Consumidor tenía como tarea determinar si Bombos había brindado un servicio idóneo al denunciante, para así definir si correspondía la medida correctiva solicitada por la misma. Los fundamentos de la Comisión encargada del caso fueron los siguientes:

Sobre el particular, es preciso señalar que desde el momento en que un consumidor ingresa a un local comercial, el proveedor asume un deber de idoneidad respecto de éste, que incluye entre otros, la obligación de brindar niveles mínimos de seguridad. En efecto, el derecho a la seguridad de los consumidores se encuentra recogido en el artículo 65° de la Constitución Política del Perú que establece lo siguiente:

“El Estado defiende el interés de los consumidores y usuarios. Para tal efecto garantiza el derecho a la información sobre los bienes y servicios que se encuentran a su disposición en el mercado. Asimismo vela, en particular, por la salud y seguridad de la población.” (el subrayado es nuestro)

No obstante ello, la Comisión considera que el deber de los proveedores de brindar seguridad en los establecimientos abiertos al público no es ilimitado. No se puede concluir que todo accidente al interior de un local comercial es de responsabilidad del proveedor; pero existirán supuestos

mínimos que los últimos deberán cumplir a fin que el servicio brindado sea considerado como seguro y, en consecuencia, idóneo.

Tal y como ha sido señalado en párrafos precedentes, la carga de probar el defecto en el producto o en el servicio corresponde al consumidor, en consecuencia, en el presente caso correspondería al denunciante acreditar que el accidente que tuvo su menor hijo se originó como consecuencia de la falta de seguridad que existe en los juegos para niños en el local de Bembos.

(...)

Por otro lado, la Comisión considera pertinente señalar que un consumidor razonable que acude a un establecimiento comercial esperaría que de suceder alguna contingencia dentro del establecimiento, éste cuente con las medidas necesarias y mínimas a fin de cubrir cualquier eventualidad que pudiera suscitarse. En particular, tendría la expectativa que frente a un accidente producido al interior del local cumpla con brindar los primeros auxilios de manera inmediata así como realizar las gestiones necesarias para que, de ser el caso, se traslade a la persona afectada a un centro médico a fin de que reciba la atención debida. [Cita inalterada]

Merece comentario este fragmento de la resolución final expedida por la Comisión. Aquí, la Comisión de Protección al Consumidor sostiene que desde que un cliente ingresa a las instalaciones de un local comercial, este último debe asumir un deber de idoneidad que incluye entre otros el deber de una seguridad mínima, es decir, no ilimitada. No solo, entonces, el deber de idoneidad será, en este caso, que Bembos realice una prestación de consumo de alimentos allí vendidos, sino que además cumpla con medidas de seguridad mínimas para sus comensales. Continuando con el caso, la Comisión, respecto a la carga de la prueba del daño sufrido argumenta que:

(...)Sin embargo, si bien ambas partes han coincidido en señalar que efectivamente el menor hijo del denunciante sufrió un accidente en los juegos del local Bembos, en el expediente no existe medio probatorio alguno que nos lleve a concluir que dicho accidente haya sido provocado por la falta de seguridad en los juegos, pues el accidente pudo[sic] haberse provocado por factores ajenos a la seguridad de los juegos, como podría ser el caso que, el propio niño se resbale, etc.

Acto seguido, la Comisión comprueba que el denunciante no ha acreditado fehacientemente que el daño ocasionado en su menor hijo haya sido producto de una omisión de medidas de seguridad en Bembos, declarando infundada la pretensión promovida por el padre de familia:

(...)Al respecto, en el presente caso ambas partes han coincidido en señalar que ocurrido el accidente del menor hijo del señor Jáuregui, personal de Bembos lo trasladó a la Clínica a fin que recibiera los primeros auxilios. Es más en el expediente está acreditado, que con posterioridad al accidente, la denunciada hizo un seguimiento a la salud del niño, asumiendo diversos gastos aparte de los médicos.

Adicionalmente, en el expediente no obra medio probatorio alguno que acredite que Bambos se hubiere comprometido a indemnizar al señor Jáuregui por los daños y perjuicios ocasionados; siendo en todo caso, un tema civil que debe ser visto en el Poder Judicial y no en el ámbito administrativo.

En ese sentido, de conformidad con lo establecido en el precedente de observancia obligatoria anteriormente citado y por todo lo expuesto, la Comisión considera que en el presente caso no ha quedado acreditado el defecto alegado por el denunciante, motivo por el cual corresponde declarar infundada la denuncia.

Si bien en el presente caso, el denunciante no pudo obtener de Indecopi, el mandato de pago de una indemnización por daños y perjuicios supuestamente ocasionados por Bambos, resaltan dos hechos relevantes. El primero es el origen de la pretensión reclamada por el denunciante, la cual busca un resarcimiento a raíz de la relación de consumo existente entre Bambos y el cliente, fundamento que no resultaría en sede administrativa, de una relación derivada de responsabilidad extracontractual. El cliente reclama que Bambos no solo esta obligada a brindar un servicio idóneo de comida rápida (*fast food*) en sus instalaciones. El segundo hecho es que Indecopi haya formulado tácitamente la categoría de los deberes de protección sobre el tipo “deberes de cuidado y asistencia” estudiado anteriormente, que en este caso específicamente sería el deber de asistencia. Este deber de asistencia puede concretarse no solo en el auxilio sino en la prevención, a través de medios de seguridad que protejan a la persona.

No prosperó en este caso, la pretensión del denunciante, únicamente por no presentar medio probatorio que acredite que el daño producido al menor se debió a una falta de medidas de seguridad de Bambos (relación de causalidad), lo que de haberse probado y conforme al criterio de la Comisión de Protección al Consumidor que considera sustancialmente que la obligación que tiene un local comercial no termina en brindar el servicio específico, sino en brindar medidas de seguridad mínimas, se estaría hablando – en este caso en particular- de la aplicación del deber de asistencia, fruto de la teoría de los deberes de protección. Este caso sirve de antecedente para verificar como Indecopi va asentado su criterio e incluso en uno de sus pronunciamientos, citando expresamente la teoría de los deberes de protección.

Resolución N° 0026-2008/SC2- INDECOPI

El presente caso seguido por los señores René Alejandro Zavala Alania y Celia Elizabeth Díaz Matayoshi contra El Rancho Dorado S.A. por la infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo 716 se originó en la zona de estacionamiento de la empresa denunciada. Los denunciantes habían acudido a una fiesta infantil dentro de las instalaciones de El Rancho Dorado, dejando su vehículo en la zona de estacionamiento del mismo establecimiento. Ese día, fueron víctimas del hurto de diversos accesorios y repuestos de su vehículo.

Los denunciantes alegan que los delincuentes rompieron las lunas posteriores del carro, extrajeron la unidad de control de motor, del control de caja, cuatro bobinas y dos faros delanteros con dirección. Como medios probatorios presentaron fotografías de la playa de estacionamiento donde se encontraban vigilantes, además de la copia de la denuncia policial efectuada el mismo día del incidente en la Comisaría de San Antonio en Miraflores.

La defensa del establecimiento denunciado señaló que el estacionamiento era un servicio gratuito complementario ofrecido a sus clientes y que por ubicarse en la vía pública no tenía responsabilidad por la custodia de los bienes encontrados al interior de los vehículos estacionados allí. Respecto a la denuncia, se afirmó que un tercero alquiló una zona ubicada en la parte trasera del establecimiento para celebrar una fiesta infantil, ingresando terceros ajenos a El Rancho Dorado, para decorar y colocar equipos de sonidos. Finalmente, señaló que se habían puesto letreros que advertían que toda pérdida o daño ocurrido no era responsabilidad del establecimiento, asumiéndose una exoneración de cualquier custodia de los autos de los clientes.

Cabe mencionar que al procedimiento se incorporó como parte denunciada a Compañía Inmobiliaria y de Inversiones San Andrés Miraflores S.A. al ser la propietaria del área de estacionamiento brindado como parte de los servicios contratados por la señora Fernández, para la organización de la fiesta infantil a la que asistieron los denunciantes.

Los denunciantes pretenden como medida correctiva que se ordene a El Rancho cubrir con la integridad del costo por la reposición de los repuestos y accesorios correspondientes, presentando una proforma que muestre el costo de los bienes hurtados.

Mediante Resolución N° 289-2008/CPC del 13 de febrero de 2008, la Comisión de Protección al Consumidor declaró fundada la denuncia contra El Rancho Dorado S.A. y Compañía Inmobiliaria y de Inversiones San Andrés Miraflores S.A. sancionándolas con una multa solidaria de 2 UIT; ordenando también a las infractoras cumplir con pagar a los denunciantes, el monto ascendente a US\$ 1 642,00 por la reposición de las partes de su vehículo que fueron hurtadas. Ésta decisión es la apelada.

La Sala de Defensa de la Competencia N° 2 dictaminó motivando su decisión de la siguiente forma:

21. En el procedimiento, las denunciadas han admitido que el estacionamiento era uno de sus servicios complementarios. En la diligencia de inspección efectuada en octubre de 2007, la Comisión verificó que dicha zona no se encontraba en la vía pública como alegaron las denunciadas sino dentro del perímetro del establecimiento conducido por El Rancho. Asimismo, las fotografías presentadas por los denunciantes acreditan que existía personal de vigilancia en la zona de estacionamiento, existiendo discrepancia entre las partes respecto de la existencia de letreros al interior del estacionamiento en la fecha en que tuvieron lugar los eventos materia de denuncia.

22. Así, las características verificadas en la playa de estacionamiento de las denunciadas ponen de manifiesto que dicha zona se trataba de una playa de estacionamiento cerrada y vigilada, a la cual solo era posible acceder por una pista de ingreso.

23. La Sala considera que las características descritas resultaban suficientes para generar en los denunciados la expectativa legítima de que dicha zona sea segura para aparcar su vehículo y disfrutar de la fiesta infantil a la que fueron invitados. Así, al percibir que se trataba de una playa de estacionamiento cerrada y vigilada, los denunciados, entendieron válidamente que se les estaba ofreciendo no sólo un espacio para estacionar su vehículo sino también, de manera implícita, un servicio de guardianía o vigilancia. En definitiva, optaron por estacionarlo dentro del local y descartar la vía pública. Ello, en el entendido que las denunciadas les brindarían seguridad a su vehículo y en la medida que no se informó algo distinto al momento de adoptar su decisión de consumo.

24. La intención de estacionar su automóvil para acudir a un establecimiento público, enfrenta generalmente dos opciones. De un lado, estacionar su vehículo en la vía pública y, de otro, hacerlo dentro de una playa de estacionamiento, debiendo existir en ésta última opción, incentivos que justifiquen que el consumidor opte por estacionarlo en el local y descarte la vía pública. Dicho incentivo consiste principalmente en la seguridad, es decir, la atenuación de los riesgos inherentes que se producen como consecuencia de dejar su vehículo automotor en la vía pública, como son los robos, colisiones, etc. [El resaltado es nuestro]

Si en el anterior pronunciamiento se decía tímidamente que no sólo recae en una relación contractual cumplir con una sola obligación (sea esta la principal), esta vez se dejó expresamente constancia que – para el presente caso- el servicio de estacionamiento prestado a un particular no sólo consistía en brindar un espacio para estacionar el vehículo, sino también de manera implícita un servicio de vigilancia. De este modo, no sólo se comprende al contrato de estacionamiento como una obligación compleja¹⁰⁶, sino que se impuso al establecimiento el deber de guardianía o vigilancia, lo que en clave *stolliana* se llamaría el deber de cuidado.

En lo que respecta al letrero ubicado dentro de la playa de estacionamiento que advertía la exoneración de responsabilidad de la parte codenunciada El Rancho, La Sala dijo de manera superflua:

¹⁰⁶ Esto debido a que la Sala de Defensa de la Competencia recurre a la doctrina para interpretar el contrato de estacionamiento:

(...)Sobre el particular, Max Arias-Schreiber Pezet señala que:

“Sin el elemento de la custodia, el contrato de estacionamiento en locales destinados a tal fin no guardaría la debida armonía con el fin social que lo sustenta, pues el riesgo inherente al estacionamiento en la vía pública no se atenuaría significativamente si este mismo riesgo habría de ser soportado aunque el vehículo se encuentre estacionado dentro de uno de los referidos locales.”(...)

30. Atendiendo a lo expuesto y de acuerdo a lo alegado por las propias denunciadas, los letreros en que se sustentaban las restricciones de responsabilidad habrían estado colocados dentro y no al ingreso del establecimiento, de allí que aún en dicho supuesto, los denunciantes nunca habrían recibido información expresa antes de la formación de su voluntad. En ese sentido, de acuerdo con lo que esperaría un consumidor razonable, el servicio de guardianía era ofrecido por las denunciadas de manera implícita, por lo que corresponde verificar si su prestación fue idónea a efectos de determinar la existencia de una infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo 716.

Por último, lo que no se llegó a probar en el anterior caso, sí se pudo lograr en este, a través de los documentos presentados por los denunciados sumado al análisis ya realizado por la Sala:

31. Los denunciantes señalaron que quienes violentaron su vehículo rompieron una de las lunas posteriores, extrajeron la unidad de control de motor, las unidades de control de caja, 4 bobinas y los 2 faros delanteros con dirección. Dichos hechos no han sido discutidos por las denunciadas y han sido acreditados con el original de la denuncia policial⁶ en la cual se consigna que agentes de la Policía Nacional del Perú verificaron que el automóvil de los denunciantes había sido violentado y que el personal encargado de la vigilancia del local no lo había advertido.

32. Los denunciantes han cumplido con acreditar el defecto en el servicio brindado por las denunciadas. Por otra parte, en el expediente no obra medio probatorio alguno que sustente que dicho defecto no era atribuible a la denunciada, por lo que corresponde confirmar la Resolución 289-2008/CPC que declaró fundada la denuncia interpuesta por los denunciantes contra el Rancho y San Andrés por infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo 716.

Fue así como la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 confirmó la resolución apelada y sancionó con una multa de 2UIT a los codenunciados, dictando como medida correctiva devolver el monto correspondiente a la reposición de las cosas hurtadas en razón de haber infraccionado el deber de idoneidad del servicio, debiendo pagar además las costas y costos. A partir de aquí – como hemos podido observar- ya se comprendían deberes implícitos.

Resolución N° 1933-2009/SC2- INDECOP I

En este caso seguido por la señora Luz Gabriela Chávez contra Servicio de Parques de Lima- Serpar -, se ventilaron los siguientes hechos. La denunciante era abonada de la playa de estacionamiento denominada Alameda Las Malvinas, lugar donde siempre estacionaba en horas de la mañana su vehículo, retirándolo en las noches. Sucedió que en un día como cualquier otro, cuando regresó en la noche a retirar su vehículo, este ya no se encontraba, acontecimiento que no supo dar razón el jefe de seguridad de la playa de estacionamiento. Se procede a realizar la denuncia ante la Comisaría de Monserrat del Cercado de Lima y ante la Fiscalía contra los responsables de la seguridad de la mencionada playa de estacionamiento, éste último órgano al realizar las diligencias del caso verificó

que en la fecha en que ocurrió el incidente, el Servicio de Parques de Lima no entregaba tickets de ingreso y salida de los vehículos que pertenecían a los abonados

La defensa de la parte denunciada se sustentó en que debido a las dos denuncias presentadas primero ante la DIPROVE (División de Prevención de Robos de Vehículos de la Policía Nacional del Perú con intervención de la Décimo Primera Fiscalía Provincial Penal de Lima y segundo ante la Trigésima Fiscalía Provincial Penal de Lima, Indecopi debería inhibirse de conocer el procedimiento. Además de ello manifestó que la señora Chávez buscó obtener resarcimiento por el presunto hurto amenazando con ir a la prensa para desacreditar la gestión municipal.

La denuncia interpuesta por la señora Chávez consistía en la infracción al artículo 8 del Decreto Legislativo 716, al no haber adoptado medidas de seguridad la parte denunciada, para evitar que el vehículo fuera hurtado de su playa de estacionamiento.

La Comisión de Defensa del Consumidor declaró fundada la denuncia, sancionando a la entidad denunciada con una multa de 2 UIT y ordenó como medida correctiva que se le entregue a la denunciante un vehículo con las mismas características del que fue hurtado, o en su defecto, entregar el valor promedio del vehículo en el mercado. Ésta fue la resolución recurrida.

A efectos de resolver la apelada, la Sala de Defensa de Competencia N° 2 desarrolla la naturaleza jurídica del contrato de estacionamiento de vehículo:

14. Nuestro ordenamiento jurídico no ha establecido mediante alguna norma los alcances de los servicios de estacionamiento, por lo que debe recurrirse a la doctrina para determinar dichos aspectos.

(...)

17. En lo que respecta a la naturaleza jurídica del contrato de estacionamiento de vehículos, dicho contrato combina elementos de otros contratos típicos tales como el arrendamiento y el depósito, aunque existen distintas posiciones respecto de si constituye una especie del primero (arrendamiento) con prestaciones subordinadas del segundo (depósito) o a la inversa, o si, por el contrario, se trata de un contrato atípico con naturaleza jurídica propia. En el Perú, diversos autores que han tratado el tema del contrato de estacionamiento suscriben la posición que considera al mismo como un contrato atípico con naturaleza jurídica propia en el que participan ciertos elementos y características de los contratos de arrendamiento y depósito.

(...)

19. En ese sentido, Guillermo Cabanellas señala que **en los mejores criterios de la doctrina y de la jurisprudencia extranjera se reconoce que en el contrato de estacionamiento, además de la obligación de conceder un espacio para el aparcamiento del vehículo se suma una obligación de custodia a cargo del dueño del garaje, por la cual éste debe responder por los daños y robos al vehículo.**

20. Siguiendo esa misma línea, en el ámbito nacional, Max Arias-Schreiber y otros autores sostienen que **el deber de custodia del vehículo guarda coherencia con el fin social que sustenta al contrato de estacionamiento, pues sin el elemento de custodia el riesgo inherente a estacionar en la vía pública no se atenuaría significativamente si el mismo habría de ser soportado por el usuario.**

(...)

22. Por otra parte, debe tenerse en cuenta que en los contratos de estacionamiento, el proveedor es quien está en mejores condiciones para asumir el riesgo derivado de las pérdidas y riesgos típicos del negocio en virtud del conocimiento de las actividades comerciales. Es decir, el proveedor es la parte que mejor puede implementar las medidas de seguridad que resulten más adecuadas para disminuir los riesgos y perjuicios generados como consecuencia de la actividad que realiza en el mercado.

23. En ese sentido, Martínez Coco sostiene que el deber de custodia del vehículo forma parte del contrato de estacionamiento en virtud del carácter mercantil de la actividad que realiza el proveedor y del mayor conocimiento de las cosas relacionadas con dicha actividad. Por su parte, Jiménez Vargas- Machuca señala que la obligación de custodia del vehículo es una obligación fundamental del contrato de estacionamiento no sólo por la finalidad social del mismo, sino también porque el prestador es quien está en mejores condiciones que los usuarios del servicio para prevenir los daños a un menor costo. [El resaltado es nuestro]

El desarrollo más extendido que se le da al contrato de estacionamiento de vehículo en este pronunciamiento, nos permite identificar que la doctrina por la cual la Sala respalda la conclusión de que se trata de un contrato atípico y que cumple una finalidad social, además de tener carácter mercantil favorable al proveedor, es una doctrina que se refiere básicamente a la operación económica que tiene el referido contrato. Lo que subyace a aquel contrato es que se pretenda no solo el estacionamiento del vehículo, sino el servicio de custodia del mismo, circunstancia que podrá ser o advertida por las partes o advertida por el intérprete, en este caso, la Sala de Defensa de Competencia N° 2.

Cabe glosar además el análisis -esta vez con más autoridad- que realiza la Sala sobre los avisos o clausula de exoneración de responsabilidad:

25. Frente a esta obligación de custodia, inherente al servicio de estacionamiento sujeto a una contraprestación, el proveedor no puede exonerarse o limitar su responsabilidad mediante estipulaciones incluidas en avisos puestos en el local o en contratos de adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación (generalmente puestas al reverso del ticket que se entrega a los consumidores).

26. Entender que el proveedor pueda eximirse de responsabilidad por la obligación esencial de custodia del automóvil mediante la existencia de

estas cláusulas y avisos significaría desnaturalizar el contrato de estacionamiento y dejarlo “sin causa”.

27. En efecto, si bien es válido que las partes delimiten el objeto de un contrato, cuando el contrato de estacionamiento se plasme en uno de adhesión o con arreglo a cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, las estipulaciones que tengan por efecto exonerar o limitar al proveedor -que las redacta- de su responsabilidad por la custodia del vehículo, se considerarán como inválidas, de conformidad con lo establecido por el artículo 1398° del Código Civil. [El resaltado es nuestro]

Ahora bien, en relación al análisis sobre la idoneidad del servicio, la Sala presenta las siguientes consideraciones, luego de haberse acreditado que el vehículo fue hurtado en la playa de estacionamiento de la parte denunciada:

42. Como ha sido señalado anteriormente, desde el año 2005 el denunciado brindaba a la señora Chávez el servicio de estacionamiento en la playa “Alameda Las Malvinas” a cambio de una retribución económica, es decir, se trataba de un servicio de estacionamiento brindado como prestación principal y de manera onerosa y, por tanto, resultan aplicables para el análisis del caso los criterios expuestos en el acápite III.1.2 de la presente resolución.

43. Tratándose de un caso en el que el servicio de estacionamiento es la prestación principal brindada de manera onerosa, Serpar resulta responsable por la pérdida del vehículo de la señora Chávez en la playa “Alameda Las Malvinas”. Ello debido a que Serpar no ha acreditado la existencia de una causa justificada y no previsible para su actividad económica (que califique como caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o negligencia del propio consumidor) que la exima de responsabilidad por el incumplimiento en su deber de custodia.

44. Cabe precisar que durante el presente procedimiento, Serpar no alegó que el servicio de estacionamiento que brinda no incluya la vigilancia del vehículo. En todo caso, en el expediente se advierte que durante las investigaciones en torno a los hechos denunciados por parte de las autoridades policiales, personal de Serpar indicó que la playa de estacionamiento no se hacía responsable por las pérdidas o robos de los vehículos. No obstante, como se ha indicado en el acápite III.1.2 de la presente resolución, el proveedor del servicio no puede eximirse de la responsabilidad de su deber de custodia, pues éste resulta inherente al servicio prestado.

45. A mayor abundamiento, debe indicarse que en el caso particular, la playa de estacionamiento “Alameda Las Malvinas” tenía un solo acceso para el ingreso y salida de vehículos y, según personal de dicha playa, contaba con tres personas encargadas de vigilancia y un efectivo policial permanente, lo cual pone de manifiesto que dicho

recinto se trataba de una playa de estacionamiento cerrada y vigilada, a la cual sólo era posible acceder por una pista de ingreso. Así, era evidente que la señora Chávez optó por estacionar su vehículo dentro del local del denunciado -a cambio de una retribución- y descartar la vía pública, en el entendido que se le brindaría seguridad.

46. Por último, si bien en su apelación Serpar indicó que el INDECOPÍ no podía declararla responsable por los hechos denunciados en el presente procedimiento en la medida que el Ministerio Público no había podido comprobar ningún tipo de responsabilidad penal en sus trabajadores o representantes, debe precisarse que dicha decisión no obsta para que este colegiado emita un pronunciamiento sobre la responsabilidad administrativa que corresponde a Serpar por infringir el Decreto Legislativo 716, al haber incumplido su deber de custodia respecto al vehículo de la denunciante. [El resaltado es nuestro]

Como se observa del considerando 43, la Sala realiza de forma ligera un análisis de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, en función de los eximientes de responsabilidad mencionados en el artículo 1315 del código civil. En ese sentido, se infiere que la denunciante pudo acreditar que hubo culpa inexcusable por parte de la denunciada Serpar, y que esta no pudo contrarrestar la defensa de la denunciante, incumpliendo no el deber principal de prestación, sino el deber de custodia, también llamado deber de cuidado, que curiosamente en el considerando 45 sí venía siendo prestado a sus clientes.

Por tanto, la Sala de Defensa de Competencia N° 2 confirma la resolución apelada que ordenó como medida correctiva se le entregue a la denunciante en un plazo no mayor a cinco días, un vehículo con las mismas características del que fue hurtado o, en su defecto, el valor promedio del vehículo en el mercado, por lo que una vez más, este caso nos lleva al escenario donde la aplicación de los deberes de protección resulta válida.

Resolución N° 2849-2011/SC2-INDECOPÍ

La resolución venida en grado surge de la denuncia interpuesta por el señor Eduardo Luis Guerrero López a la Universidad de Lima ante la Comisión de Protección al Consumidor- Sede Lima Norte debido a que el alumno denunciante fue objeto de trato humillante y vejatorio en el curso de verano 2010-0, Costos y Presupuestos a cargo del docente Jorge Luis Pelayo Herbozo, en el horario de 7:00 a 11:00 a.m. El denunciante expresó que el referido docente cerraba el aula minutos antes del inicio de las clases y exigía a los alumnos que llegaban minutos después a efectuar los siguientes actos: (i) entrar dando saltos en un pie desde la puerta del salón hasta el lugar donde se iba a sentar; (ii) entrar en cuclillas “tipo patito”, desde la puerta del salón hasta el lugar donde se iba a sentar; (iii) mandar piropos a una compañera del aula; (iv) cogerse de las manos en pareja con otros compañeros (varones) con los dedos entrelazados para luego ir saltando en un pie hasta el lugar donde se iba a sentar; (v) hacer planchas e ingresar arrastrándose al salón (haciendo rampas) y (vi) bailar la telecumbia.

Agregó que debido a esas condiciones se vio afectado y reprobó el curso por tercera vez, presentando como medios de prueba cartas cursadas al Director de la Escuela de Negocios de la Universidad de Lima, una carta cursada por sus padres y otros padres de familia de alumnos que también denunciaron la conducta de su docente, correos electrónicos referidos al mismo problema y como prueba testimonial las declaraciones de ocho alumnos del mismo curso.

El alumno denunciante solicitó como medida correctiva que se le permita llevar nuevamente el curso de Costos y Presupuestos.

La Universidad de Lima formula en su defensa la autonomía que tiene respecto a los parámetros de evaluación, señalando que a los alumnos que reprobaban tres veces un mismo curso tenían que cambiar de carrera, lo cual ocurrió en el caso del denunciante. Destacó además que nunca se reportó el alegado trato humillante del mencionado profesor, siendo la primera carta recibida al cierre del curso por su señora madre, carta que solicitaba una oportunidad para que su hijo rinda un nuevo examen por problemas que tuvo de salud. La denunciada creía que la denuncia efectuada pretendía justificar el bajo rendimiento del denunciante, la cual no era más que una excusa que no tenía asidero.

En mérito al requerimiento efectuado por la secretaría Técnica de la Comisión, el profesor Jorge Luis Pelayo Herbozo hizo su descargo, señalando que el denunciante era un alumno que no prestaba atención a clases y que mantenía conversaciones virtuales a través de su computadora personal en horario de clases. A su vez, admitió que debido a la tardanza reiterada de los alumnos que llevaban con él por tercera vez dispuso que en caso llegaran tarde debían ingresar saltando en un pie hasta su sitio, medida que – según refirió- redujo significativamente las tardanzas.

La Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Norte declaró fundada la denuncia del alumno Guerrero por infracción al deber de idoneidad y sancionó a la Universidad de Lima con una multa de 15 UIT por los tratos indignantes de uno de sus docentes; asimismo, declaró fundada la denuncia por la falta de atención al reclamo presentado por el alumno Guerrero, sancionando con 2 UIT a la Universidad; por último declaró infundada la solicitud de medida correctiva del alumno denunciante, esto es, que se le permita llevar nuevamente el curso Costos y Presupuestos. Finalmente dispuso de oficio que la referida Universidad cumpla con comunicar a sus docentes a través de un comunicado que la libertad de cátedra que los ampara no los autoriza a realizar actuaciones o medidas que afecten la dignidad de los estudiantes, adjuntando el modelo del comunicado establecido por la Comisión en dicho fallo.

Esta decisión fue apelada por la Universidad de Lima y por el alumno Guerrero, éste último vinculó las prácticas denigrantes que sufrió del cuestionado docente a una afectación emocional y la reprobación del referido curso, destacando que en junio de 2011 había tratado de quitarse la vida ingiriendo un raticida acreditado en el informe médico de la Clínica Jesús del Norte reportando como diagnóstico intoxicación por órganos fosforados. Por su parte, la Universidad de Lima señaló que una medida no prevista en su reglamento no podría afectar la

dignidad de los alumnos, pues la Comisión no analizó debidamente el supuesto carácter denigrante de las conductas materia de denuncia.

Sin duda, la dimensión por la que se entendía a los deberes de protección en la prestación de un servicio venía siendo adoptada por Indecopi respecto al patrimonio de las partes durante la ejecución de la misma, sin embargo, en este caso se presentó una vulneración a la esfera personal del contratante, un reto que también puede resolverse aplicando otros tipos de deberes de protección, sin perjuicio de no haber prosperado la denuncia contra Bambos en el procedimiento revisado anteriormente.

En el caso *sub examine*, la Sala de Defensa de la Competencia N° 2 analiza las cuestiones en discusión de la siguiente forma:

12. La exigencia de saltar en un pie, efectuada por un docente a un alumno como condición para ingresar al salón de clases, al margen de una efectiva situación de tardanza, constituye en sí misma un trato humillante pues somete a una persona subordinada a la realización de actos ajenos a los que son propios del proceso educativo y que corresponden a situaciones que, realizadas en público y como consecuencia de una presunta impuntualidad, operan como escarnio o prevención general frente a los demás estudiantes. **El silencio o la falta de denuncia oportuna de tales exigencias no es evidencia de su aceptación por parte de los estudiantes, pues dada su posición frente a un docente estos podrían inhibirse de expresar su real parecer por temor a represalias en sus evaluaciones. Es por ello que la denuncia de un trato hostil o humillante en relaciones de subordinación docente/alumno, trabajador/empleador, exige una indagación delicada para evitar que aquellas personas que detentan poder en dichas relaciones abusen de su autoridad.**

13. No estamos ante el acto voluntario y espontáneo de un alumno para alegar que su proceder se realizó en un ambiente de confianza, sino ante una conducta realizada ante la exigencia de la autoridad del aula como condición para acceder al servicio educativo contratado. Admitir la posibilidad de que estas exigencias se toleren justificándolas en un “clima de confianza” se encuentra en abierta contradicción con estándares mínimos de respeto a la dignidad de los alumnos, operando propiamente como amparo a conductas arbitrarias y denigrantes por parte de los docentes.

14. **El respeto a un alumno no requiere estar amparado en los reglamentos internos de un centro de estudios para poder tutelarse como parte de un servicio educativo idóneo, pues la dignidad de las personas es inherente a su condición humana tal como lo reconoce la Constitución Política del Perú y, en tal sentido, constituye el parámetro más elemental para la prestación de un servicio. [El resaltado es nuestro]**

La Sala sostiene con contundencia que en las relaciones de subordinación existe la prohibición de abusar de la autoridad que se detente, señalando de forma correcta, que la dignidad humana no tiene porque ser validada por alguna disposición normativa, constituyendo el parámetro más elemental para la prestación de un servicio. Esta interpretación sin duda alguna reporta una relación contractual – en este caso prestación de servicios educativos- donde se tutele la esfera personal de la persona.

Continuando con la revisión de la resolución de mérito, la Sala se pronuncia sobre la autonomía universitaria invocada por la universidad denunciada:

19. Es necesario señalar que el análisis realizado por este Colegiado en modo alguno desconoce la autonomía universitaria consagrada constitucionalmente y que en vía de desarrollo la Ley 23733 – Ley Universitaria, regula al establecer en su artículo 4º que la autonomía inherente a las universidades implica el derecho a organizar su sistema académico, económico y administrativo, lo que supone la potestad autodeterminativa para fijar el marco del proceso de enseñanza-aprendizaje dentro de la institución y comporta el señalamiento de los planes de estudios, programas de investigación, formas de ingreso y egreso de la institución, entre otros.

20. Sin embargo, **la autonomía de las universidades no es irrestricta sino que encuentra sus límites en aquellas disposiciones contenidas en la propia Constitución. Como sucede con todos los derechos y facultades constitucionalmente establecidas, la autonomía universitaria tampoco es una condición absoluta, es decir, que esté exenta de condiciones, límites o restricciones en su ejercicio. Al margen de la forma como la Universidad organiza el desarrollo de sus actividades, dentro de las cuales se encuentra la estructuración de la currícula educativa y requisitos para la obtención de un título profesional, el desarrollo de estas actividades se encuentra limitado o restringido a la observancia de otros derechos constitucionales.**

21. **Uno de estos límites derivados de la Constitución, lo constituye el respeto y la protección de los derechos que puedan tener los consumidores, originados en la contratación de los servicios educativos.**

22. No es posible admitir bajo el concepto de libertad académica exigencias denigrantes para los alumnos, pues ello no guarda relación alguna con tal libertad, que debe ser entendida como un espacio de apertura necesario para abordar ampliamente todos los temas o puntos de vista que entrañe una materia. [El resaltado es nuestro]

En ese orden de ideas, la Sala hace énfasis una vez más en lo que esta llama un “principio de garantía implícita” del servicio educativo, lo que a nuestro juicio, sería un tipo de deber de prestación destinado a proteger la esfera psicofísica del contratante (consumidor).

23. Si bien un centro universitario no siempre puede impedir que conductas como las denunciadas se presenten en sus recintos, lo que se esperaría por un principio de garantía implícita, es decir consustancial al servicio educativo, es que frente a indicios sobre este tipo de conductas se adopten medidas eficaces para corregirlas dando una respuesta en tal sentido a los estudiantes que denuncien tales actos. Sin embargo, esto no fue lo que ocurrió en el caso del señor Guerrero, no obstante las evidencias presentadas por él mediante cartas y correos electrónicos de otros alumnos la Universidad únicamente ponderó sus reclamos como un pedido para llevar nuevamente el curso reprobado, subordinando a tal petición la investigación de las conductas humillantes también reportadas en su reclamo. Lo que, es más, como se ha señalado precedentemente, la Universidad llegó a tomar conocimiento de que las exigencias denunciadas fueron efectivamente ordenadas por el profesor Luis Pelayo Herbozo Pérez-Costa, pues este reconoció una de ellas en un informe del 26 de marzo de 2010, sin embargo, la Universidad no adoptó ninguna medida frente al señor Guerrero luego de conocer la veracidad de sus afirmaciones. [El resaltado es nuestro]

De lo expuesto, la Sala tácitamente destaca el deber de cuidado que debe tener todo proveedor que preste servicios educativos, deber que surge de la teoría de los deberes de protección y que encuentra recinto en relaciones contractuales. Lo consustancial al servicio educativo termina siendo una anécdota, puesto que la convicción que se genera de la prestación del servicio de educar a alumnos en un establecimiento sea jardín, colegio, universidad, instituto, conlleva una necesaria condición de cuidar la esfera personal del educando, deber que tiene carácter autónomo.

Como desenlace del presente caso, se confirmó la resolución recurrida en el extremo que declaró fundada la denuncia del alumno Guerrero contra la Universidad de Lima al haberse infraccionado el deber de idoneidad en la prestación de servicios educativos, se confirmó la multa de 15 UIT impuesta a la Universidad con costas y costos. Se revocó el extremo que declaró fundada la denuncia por no atender el reclamo presentado por el denunciante, debido a que en dicha denuncia se reconoce que las autoridades de la Universidad sostuvieron reuniones con el denunciante y sus padres, indicándosele al denunciante que no le otorgarían la posibilidad de llevar nuevamente el curso Costos y Presupuestos, por lo que se dejó sin efecto la multa de 2 UIT.

Respecto al extremo de la resolución recurrida que denegó la medida correctiva solicitada por el denunciante para que se ordene a la Universidad de Lima a que pueda llevar el curso Costos y Presupuesto, pretensión que suponemos es la que más le interesaba al referido denunciante, la Sala concluyó lo siguiente:

41. En su denuncia el señor Guerrero solicitó como medidas correctivas que se ordene a la Universidad de Lima que admita que curse la materia de Costos y Presupuestos por cuarta vez, asociando la reprobación del referido curso al trato humillante dispensado por el profesor que lo impartía. Sin embargo, la Comisión declaró infundada dicha petición por considerar que la medida solicitada no era la adecuada para revertir los

efectos de la infracción cometida, pues no existía una causalidad necesaria entre el rendimiento del denunciante y el trato señalado. (...)

42. Respecto a la denegatoria de la medida solicitada por el señor Guerrero, la Sala coincide con los fundamentos del pronunciamiento venido en grado tomando en cuenta que era la tercera oportunidad en que el denunciante llevaba el curso de Costos y Presupuestos con el profesor Luis Pelayo Herbozo Pérez-Costa, lo que torna cuando menos incierta la relación entre la conducta denunciada y el rendimiento del denunciante, pues esta causalidad hubiese exigido desde un primer momento la denuncia de las exigencias denigrantes si estas eran determinantes en su rendimiento.

43. Asimismo debe tenerse en cuenta que la reglamentación de la Universidad es clara en señalar que la falta de aprobación reiterada de un curso impide la continuación de los estudios, parámetros académicos que no pueden ser evaluados en el marco de un procedimiento por infracciones a las normas de protección al consumidor pues forman parte de la autonomía universitaria reconocida constitucionalmente.

Los fundamentos que no se pudieron apreciar en el primer caso de la familia contra Bambos referidos también a la esfera psicofísica de las partes, se han podido manifestar en esta resolución, lo que en términos generales completa la tipología de los deberes de protección en sede administrativa.

Resolución N° 0078-2012/SC2-INDECOP

El 19 de julio de 2010 el señor Baldo Kresalja Roselló denunció a Foto Digital S.A. ante la Comisión de Protección al Consumidor – Sede Lima Sur por infracción al artículo 8 de la Ley de Protección al Consumidor debido a que tres rollos de películas fotográficas dejados en la empresa denunciada para que se le brinde el servicio de revelado en el local de Miraflores, fueron sustraídos mientras eran trasladados a un local distinto a fin de brindarle dicho servicio, siendo – según alega el denunciante- enteramente responsabilidad de aquella. Pese a ello, la parte denunciada pretendía entregarle como única indemnización la misma cantidad de películas que le fueron sustraídas.

En su defensa, Foto Digital S.A. indicó que el servicio de revelado no necesariamente se efectúa en el local donde solicitan dichos servicios, por lo que el local de Miraflores no contaba con los equipos necesarios para realizar el servicio de revelado de los rollos fotográficos dejados por el denunciante, en razón de ello, fue que se trasladaron los rollos al estudio fotográfico ubicado en el distrito de San Isidro. Agregó que la persona que transportó los rollos de película había sufrido el robo de éstos, por lo que de acuerdo a las condiciones establecidas por su empresa y que el denunciante aceptó, se le iba a entregar al denunciante tres rollos nuevos, siendo que además, le brindarían el servicio de revelado gratuitamente para estos.

La Comisión de Protección al Consumidor mediante resolución 2603-2010/CPC

declaró infundada la denuncia por presunta infracción de los artículos 5 b)¹⁰⁷ y 15¹⁰⁸ de la Ley de Protección al Consumidor sobre la falta de información brindada por el denunciado. Asimismo, declaró fundada la denuncia por infracción del artículo 8° de la misma ley sobre la falta de idoneidad del servicio del denunciado. En síntesis, la decisión de la Comisión de declarar fundada este último extremo radicó en el proceder del dependiente de la parte denunciada, quien incrementó la posibilidad de sufrir alguna pérdida o robo, lo que efectivamente pasó, pues sufrió el hurto en el distrito de San Juan de Miraflores, perdiendo entre otras cosas, las películas fotográficas del denunciante. No obstante ello, declaró improcedente la solicitud del denunciante del pago de una indemnización.

En ese sentido la Comisión ordenó a la parte denunciada que en un plazo no mayor a cinco días hábiles de notificada la resolución cumpla con devolver al denunciante la suma de S/30.00 correspondiente al monto del pago del servicio de revelado y entregar al denunciante tres películas fotográficas nuevas con las mismas características de las que tenían los rollos hurtados. Le impuso una multa de 1,5 UIT, con costos y costas, y también ordenó que adopte medidas adecuadas de seguridad a fin de transportar rollos fotográficos de sus clientes sin que ello implique un riesgo de pérdida, robo, sustracción o deterioro. Ambas partes apelaron la decisión.

Las alegaciones formuladas por Foto Digital S.A. eran que el robo sufrido por su dependiente era una causa no imputable, así mismo, ignoraba el valor especial que contenían los rollos fotográficos para el empleo de medidas de seguridad especiales, lo cual incluso encarecería injustificadamente el precio del servicio. Aclara que el dependiente luego de haber recogido las películas fotográficas en el local de Miraflores e ir en dirección a la central de San Isidro, tenía que realizar un recorrido por varios locales de la empresa ubicados en distintos distritos entre los cuales uno se encontraba en San Juan de Miraflores, lugar donde sucedió el hurto.

La posición del denunciante en su escrito de apelación consistía en afirmar que un consumidor razonable espera que sus fotografías sean reveladas en el lugar donde las encarga y no que sean trasladadas a otro lugar. Respecto a la cláusula de exoneración de responsabilidad alega que resulta abusiva pues, aunque no se pueda determinar con exactitud el valor patrimonial o extrapatrimonial de las películas fotográficas ello no enerva la desproporcionalidad de la cláusula. Indica también que los rollos fotográficos hurtados contenían fotos de un valor extrapatrimonial importante por lo que es inaceptable un reemplazo por rollos de

¹⁰⁷ Artículo 5.- En los términos establecidos por el presente Decreto Legislativo, los consumidores tienen los siguientes derechos:

(...)

b) Derecho a recibir de los proveedores toda la información necesaria para tomar una decisión o realizar una elección adecuadamente informada en la adquisición de productos y servicios, así como para efectuar un uso o consumo adecuado de los productos o servicios;

(...)

¹⁰⁸ Artículo 15.- El proveedor está obligado a consignar en forma veraz, suficiente, apropiada muy fácilmente accesible al consumidor o usuario, la información sobre los productos y servicios ofertados. Tratándose de productos destinados a la alimentación y la salud de las personas, esta obligación se extiende a informar sobre sus ingredientes y componentes.

película sin utilizar.

El Colegiado desarrolla en primer lugar el extremo referido al deber de información invocado:

21. En el presente caso, el señor Kresalja ha señalado que Foto Digital no cumplió con informarle que sus rollos de películas fotográficas, dejados en su local de Miraflores, serían revelados en un establecimiento distinto. El denunciante ha resaltado el carácter relevante de tal información, mientras que Foto Digital ha basado su defensa en la irrelevancia de proporcionar dicha información.

22. Tratándose de establecimientos que brindan el servicio de revelado fotográfico, este Colegiado considera que constituye información relevante aquella referida, por ejemplo, a la nitidez o calidad de las fotografías que se vaya a obtener de las películas, o al tiempo de entrega de las fotografías reveladas. Por el contrario, la Sala considera que el lugar donde físicamente se realiza tal revelado no califica como información relevante para los consumidores a fin de contratar o no con determinado proveedor.

23. El señor Kresalja ha señalado que en materia de revelado fotográfico la expectativa de los consumidores está centrada en que sus fotografías sean reveladas en el establecimiento donde las encarga y no en otro lugar. Sobre el particular, la Sala considera que en este rubro la expectativa del consumidor está dirigida mas bien a que sus películas fotográficas sean efectivamente reveladas obteniendo las fotografías contenidas, lo cual implica que durante el proceso previo las películas no sufran deterioro alguno y que, menos aún, se pierdan en poder del proveedor.

24. Sin embargo, como se verá en el siguiente acápite, dicha expectativa es tutelada por el deber de idoneidad impuesto a los proveedores por la Ley de Protección al Consumidor, por lo que cualquier consideración al respecto debe ser analizada en dicho extremo y no al momento de evaluar el deber de información.

25. Por las consideraciones expuestas, corresponde confirmar la resolución venida en grado en el extremo que declaró infundada la denuncia del señor Kresalja en contra de Foto Digital por presunta infracción de los artículos 5° b) y 15° de la Ley de Protección al Consumidor, respecto de la falta de información sobre el lugar donde serían revelados los rollos de películas fotográficas del denunciante. [El resaltado es nuestro]

A continuación, la Sala analiza el deber de idoneidad, en el caso en particular, respecto a los bienes entregados al proveedor para la prestación del servicio, y como se podrá ver, el Colegiado cita expresamente a la teoría de los deberes de protección para sustentar su posición adoptada:

27. Cuando los consumidores entregan a los proveedores determinados bienes de su propiedad como ropa, una computadora o rollos de películas fotográficas para obtener un servicio sobre los mismos, como el lavado, reparación o revelado, respectivamente, esperan razonablemente la prestación del servicio contratado, pero también que sus bienes no sufran deterioro alguno o que no se pierdan.

28. Cabe resaltar que en los casos planteados la seguridad de los bienes entregados es inherente a la idoneidad esperada por el consumidor, pues si tales bienes sufren algún deterioro o se pierden, la prestación del servicio contratado puede dificultarse, en caso de deterioro o devenir en imposible, en caso de pérdida. Así, un consumidor no espera que la ropa, computadora o rollos de películas fotográficas entregados se pierdan en manos del proveedor con el que contratan el servicio de lavado, reparación o revelado, respectivamente, pues en tal supuesto sería imposible recibir el servicio esperado al no existir los bienes sobre los cuales debe recaer.

29. En la medida que se trata de una expectativa razonable que todo consumidor tendría en el contexto descrito, la Sala considera que debe ser tutelada en el marco del deber de idoneidad. Por ello, **en estos casos el proveedor no solo está obligado a brindar la prestación principal del servicio contratado, sino que también tiene el deber de custodiar los bienes entregados, de propiedad del consumidor, mientras estén en su poder.**

30. A mayor abundamiento, cabe destacar que la doctrina civil sostiene la complejidad de la relación obligatoria, en tanto los deudores no solo tienen el deber de ejecutar la prestación principal que satisfaga el interés del acreedor, o los deberes accesorios que coadyuven a satisfacer tal interés, sino que surgen paralelamente “deberes de protección” destinados a salvaguardar el interés del deudor en que no se vean afectados su propia persona o sus bienes, con ocasión del cumplimiento de la referida relación obligatoria. Dichos “deberes de protección” pueden nacer de la propia ley o de la cláusula general de la buena fe, regulada entre nosotros en el artículo 1362º del Código Civil. [El resaltado y subrayado es nuestro]

Amerita comentario el hecho que se haya aplicado los deberes de protección expresamente en el presente caso objeto de análisis, y no como en las anteriores resoluciones donde se concluía con el fundamento de la teoría misma, empero, sin mencionarla. En esta resolución incluso se define a la teoría de los deberes de protección como una obligación de resultados:

31. Ahora bien, es importante precisar que el referido deber del proveedor de custodiar los bienes del consumidor, en el escenario planteado, constituye una obligación de resultado en tanto el proveedor está obligado a conservar dichos bienes y no solo a adoptar las medidas de seguridad pertinentes, por lo que sólo se

liberará de responsabilidad frente al eventual deterioro o pérdida del bien si acredita una causa no imputable, esto es, un caso fortuito, fuerza mayor, hecho de tercero o hecho del propio consumidor, siendo irrelevante la diligencia que pudiese adoptar. Tal como se señaló, en tales supuestos el consumidor razonablemente espera que dichos bienes no se vean deteriorados y perjudicados, y no simplemente que el proveedor adopte medidas de seguridad adecuadas. En otras palabras, espera un resultado concreto, que sus bienes no sufran daño alguno, y no el mero actuar diligente del proveedor.

32. Un razonamiento contrario, que considere que la entrega de bienes del consumidor al proveedor para la prestación de determinado servicio implica solo el deber de adoptar medidas de seguridad pertinentes, y no la obligación de custodiarlos mientras estén en su poder, legitimaría, por ejemplo, que una lavandería que pierde la ropa entregada por uno de sus clientes para lavado sea liberada de responsabilidad con solo acreditar que actuó diligentemente, por ejemplo mediante el uso de etiquetas en su establecimiento para identificar las ropas de cada cliente, pese a que perdió el bien entregado. En virtud de lo expuesto anteriormente, tal lavandería sólo sería exonerada de responsabilidad frente a la pérdida si acredita la ocurrencia de una causa no imputable a ella que produjo la misma. [El resaltado es nuestro]

En nuestra opinión, la inmersión de los deberes de protección en la clasificación de las obligaciones de medios y resultados resulta irrelevante, puesto que postular deberes de protección de medios es actuar en desmedro de la víctima que se ve afectada con los supuestos que tutela la misma teoría, porque el real ejercicio de estos deberes ineludiblemente se tiene que dar – si se quiere encuadrar en esta clasificación- en la de resultados, pues solo de esta forma se alcanza el objetivo de los deberes de protección, brindar protección a las partes contratantes. Creer lo contrario, sobre la base de esta clasificación, es elevar aún más la dificultad en el campo probatorio.

En seguida, el Colegiado se pronuncia sobre si el hurto sufrido por el dependiente de la empresa denunciada califica como causa no imputable:

45. Por ello, a efectos de determinar si el hurto sufrido por el dependiente de Foto Digital califica propiamente como una causa no imputable, este Colegiado debe prestar especial atención a las circunstancias en que ocurrió tal evento.

46. En tal sentido, la Sala ha constatado que Foto Digital tiene varios establecimientos ubicados en distintos distritos de Lima, incluidos Miraflores, San Isidro y San Juan de Miraflores, conforme a lo alegado por el denunciado en sus escritos.

47. Por otra parte, la Copia Certificada Policial presentada por la propia Foto Digital señala que el empleado del denunciado que transportaba los rollos fotográficos en un maletín, donde también se hallaban 10 cámaras digitales: (...)

48. Lo anterior se corrobora por las cartas enviadas por Foto Digital a sus clientes pidiendo disculpas por las cámaras digitales extraviadas y comprometiéndose a su reposición.

49. Como puede apreciarse, Foto Digital transportó en una motocicleta los rollos de películas fotográficas del señor Kresalja junto con 10 cámaras digitales de propiedad de otros clientes del denunciado, las cuales tienen en conjunto claramente la calidad de objetos de valor. Asimismo, cabe resaltar que tales bienes fueron colocados por el dependiente de Foto Digital dentro de un simple maletín, circunstancia que en opinión de la Sala expone a cualquier objeto de valor a ser sustraído con mayor facilidad.

50. En este contexto, **el hecho de que Foto Digital haya transportado dentro de un maletín los rollos de películas fotográficas del señor Kresalja junto con objetos de valor, circulándolos en una motocicleta por diversos distritos de Lima, incrementó el riesgo al que normalmente se encontrarían expuestos las referidas películas ante un eventual hurto o robo, sin que obre en el expediente prueba de alguna acción que haya adoptado el denunciado para revertir tal incremento de riesgo. Ello lleva a concluir a este Colegiado que el hurto invocado por Foto Digital como causa no imputable no califica como tal, pues el actuar del denunciado facilitó la producción de tal circunstancia.**

51. Cabe resaltar que la forma en que Foto Digital organice su actividad empresarial, esto es, cómo extienda su red de establecimientos para captar más clientes, no es oponible a los consumidores para eximirse de responsabilidad por la pérdida de sus bienes, de modo tal que los costos derivados de tal organización deben ser internalizados por el propio denunciado.

(...)

54. Es importante resaltar que lo antes expuesto **no debe entenderse en el sentido de que, a efectos de reducir el riesgo en el transporte de los rollos fotográficos del señor Kresalja y eximirse de responsabilidad frente a un eventual hurto o robo, Foto Digital tendría que haber llegado al extremo de utilizar camiones blindados o contratar personal de seguridad específico para tal efecto, lo cual sin duda introduciría costos excesivos en su actividad comercial.**

55. En tal sentido, cabe señalar que si por su propia organización empresarial Foto Digital decidió trasladar los rollos fotográficos del señor Kresalja a otro local para la prestación del servicio (lo cual per se no califica como eximente de responsabilidad, conforme a lo señalado previamente), y ello implicaba circular en motocicleta por varios distritos, además de que los bienes iban a ser transportados junto con objetos de valor; **podría haber reducido el riesgo inherente de diversos modos en el marco de su libertad empresarial, sin incurrir en los costos excesivos arriba señalados. Por ejemplo, transportando dichos**

bienes en las cajas de seguridad que se pueden adherir en la parte posterior de las motocicletas. [El resaltado es nuestro]

Con un mayor análisis de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, especialmente en la relación de causalidad y el criterio de imputación, la Sala consideró que sí hubo infracción al deber de idoneidad respecto de la pérdida de los tres rollos de películas fotográficas del denunciante.

Por otro lado, y teniendo como antecedentes aquellos avisos de los proveedores que contienen la mención expresa de que estos no se responsabilizan de las pérdidas, hurtos o robos de las pertenencias de sus clientes, hemos visto hasta el momento que Indecopi no considera válida dicha cláusula limitativa o exonerativa de responsabilidad en los contratos de adhesión, de conformidad con el artículo 1398 del Código Civil¹⁰⁹. En ese contexto, el Colegiado en este caso hace la siguiente evaluación:

94. En el caso, el 17 de mayo de 2010 el señor Kresalja entregó a Foto Digital 3 rollos de películas fotográficas para revelado, pagando como anticipo la suma de S/ 30,00 conforme al comprobante de pago que obra en el expediente. Adicionalmente, Foto Digital entregó al señor Kresala 3 tickets con el respectivo número de orden para el recojo correspondiente, en donde constan las condiciones contractuales preestablecidas por la referida empresa, a las que el consumidor se adhirió:

“IMPORTANTE: Al ingresar su película el cliente se somete expresamente a lo especificado en este talón, lo que constituye la condición esencial para que “EL LABORATORIO” acepte efectuar el servicio contratado. En el caso de que las películas Kodacolor y Ektachrome se malograsen o extraviasen en poder de “EL LABORATORIO” o de alguna compañía asociada, serán reemplazadas por igual cantidad de películas nuevas como toda indemnización. Aparte de este reemplazo, la recepción de películas para revelar, copiar ampliar, ampliar, duplicar o cualquier otro servicio no implica otra garantía y responsabilidad alguna para “EL LABORATORIO”. Plazo para recoger: 90 días.

En el caso de los servicios digitales rige el mismo reglamento que el de las películas, por la cual el Laboratorio solo se responsabiliza en reemplazar las impresiones digitales y los Cd’s. No recibimos ninguna tarjeta de memoria”.

95. Frente a la pérdida de los 3 rollos de películas fotográficas ocurrida el 18 de mayo de 2010, cuando se encontraban en poder de Foto Digital, el 19 de mayo de 2010 la empresa comunicó al señor Kresalja que únicamente le entregaría como resarcimiento 3 nuevos rollos de películas fotográficas. Ello, en aplicación de la cláusula citada líneas arriba, en

¹⁰⁹ "Artículo 1398.- En los contratos celebrados por adhesión y en las cláusulas generales de contratación no aprobadas administrativamente, no son válidas las estipulaciones que establezcan, en favor de quien las ha redactado, exoneraciones o limitaciones de responsabilidad; facultades de suspender la ejecución del contrato, de rescindirlo o de resolverlo, y de prohibir a la otra parte el derecho de oponer excepciones o de prorrogar o renovar tácitamente el contrato."

virtud de la cual en caso que las películas se malograsen o extraviasen en poder del laboratorio, o de alguna compañía asociada “serán reemplazadas por igual cantidad de películas nuevas como toda indemnización”.

(...)

97. Lo expuesto pone de manifiesto que Foto Digital empleó contra el señor Kresalja una cláusula limitativa de responsabilidad civil contenida en un contrato de adhesión. En virtud de tal cláusula, el denunciado limitó el resarcimiento de daños que tendría que asumir frente al denunciante por la pérdida de sus 3 rollos de películas fotográficas, a la sola entrega de la misma cantidad de rollos vacíos, negándose a pagar una compensación mayor.

98. Las cláusulas limitativas de responsabilidad civil, como la que aplicó Foto Digital al señor Kresalja para negarle un mayor resarcimiento por los daños que le habría ocasionado, son consideradas per se abusivas por el artículo 1398 del Código Civil sin necesidad de evaluar consideraciones adicionales, conforme a lo expuesto precedentemente.

99. Por ello, teniendo en cuenta lo desarrollado en el acápite III.3.1. de la presente Resolución, Foto Digital infringió el artículo 8º de la Ley de Protección al Consumidor en el marco del servicio de revelado contratado por el señor Kresalja, pues le opuso una cláusula limitativa de responsabilidad civil, la misma que es abusiva conforme al artículo 1398 del Código Civil. [El resaltado es nuestro] [Se mantiene la cita original]

Finalmente, el carácter extrapatrimonial que tenían los rollos de películas fotográficas de las que era dueño el denunciante, fue materia también de análisis, donde – a pesar de haber inicialmente visto la contradicción existente en el CPDC respecto a la naturaleza resarcitoria de la medida correctiva reparadora- la Sala considera que el reclamo del daño moral, debe ser reclamado en sede judicial:

104. En tercer lugar, es importante destacar que las películas fotográficas entregadas a los proveedores del servicio de revelado, tienen por lo general un valor extrapatrimonial para los consumidores de tal servicio, relacionado con las fotografías contenidas. Piénsese en las fotografías de cumpleaños, matrimonios o vacaciones familiares, las cuales constituyen testimonios de eventos irrepetibles. Además, es importante señalar que las películas pueden llegar a tener, incluso, un valor patrimonial por las fotografías que contienen. Por ejemplo, las fotografías de una reserva natural tomadas por el consumidor en sus vacaciones de verano, que pueden ser vendidas a una revista especializada en temas ecológicos.

105. De allí que la pérdida de tales bienes por parte del proveedor pueda ocasionar daños extrapatrimoniales y patrimoniales a los consumidores, resarcibles de acuerdo con las normas de la responsabilidad civil. En efecto, si se pierden las películas del consumidor que contenían las fotos de su matrimonio, cumpleaños o vacaciones familiares; ello sin duda

generaría aflicción en aquel, sobre todo si se trata del único registro fílmico de tal evento familiar o amical. Asimismo, si el proveedor pierde las películas fotográficas de la reserva natural generaría un perjuicio económico al consumidor, en la medida que este perdería la suma dineraria que iba a recibir por la comercialización de tales fotografías.

106. En tales supuestos, el consumidor tendrá expedito su derecho de recurrir a la vía jurisdiccional para demandar al proveedor por el resarcimiento de los daños ocasionados. El juez evaluará si la aflicción padecida califica como daño moral o si la pérdida pecuniaria califica como un lucro cesante y, de configurarse los otros elementos de la responsabilidad civil (relación causal, criterio de imputación, etc.), establecerá un monto resarcitorio a cargo del demandado.

(...)

109. Es importante resaltar que el señor Kresalja ha presentado un itinerario, elaborado por la correspondiente agencia de viajes, así como su pasaporte y el de su esposa, a efectos de acreditar las ciudades que ambos visitaron entre el 17 de abril y el 15 de mayo de 2010: Madrid, El Cairo, Estambul y Casablanca. Teniendo en cuenta que el señor Kresalja dejó los rollos de películas fotográficas en el establecimiento de Foto Digital el 17 de mayo de 2010, y contrariamente a lo señalado por la Comisión, este Colegiado considera que es razonable inferir que las películas contenían fotografías del viaje efectuado por el denunciante con su esposa, por lo que tenían un valor extrapatrimonial para él conforme a lo expuesto previamente.

Agrega el Colegiado, respecto a la sustitución pretendida por Foto Digital de entregar la misma cantidad de rollos nuevos en blanco sin costo alguno, la siguiente conclusión:

111. En este contexto, a criterio de este Colegiado la cláusula citada líneas arriba introduce un desequilibrio significativo entre Foto Digital y el señor Kresalja en perjuicio de este último, respecto de los beneficios, riesgos y costos asumidos por ambas partes en el marco del servicio de revelado contratado.

112. Tal desequilibrio radica en que pese a que los 3 rollos fotográficos tenían un valor extrapatrimonial para el señor Kresalja, que incluso podrían dar lugar a un eventual resarcimiento de daños en la vía jurisdiccional de acuerdo con lo antes expuesto, la citada cláusula dispone que ante su pérdida en poder de Foto Digital, este pague por toda compensación al denunciante únicamente la misma cantidad de rollos nuevos, esto es, en blanco.

113. Ello implica que frente a la pérdida de los rollos entregados, el señor Kresalja está asumiendo prácticamente todo el costo de los perjuicios generados por el propio Foto Digital, pues no está siendo compensado suficientemente por la pérdida de dichos bienes que, sin duda, valían más que unos rollos en blanco. Por su parte, el

proveedor está compensando al consumidor únicamente con la entrega de bienes que claramente no son equiparables a los perdidos. Lo anterior, en la medida que los rollos en blanco, incluso con el servicio de revelado gratuito que ha ofrecido Foto Digital, nunca tendrán para el señor Kresalja el mismo valor que los originalmente entregados, que contenían fotografías del viaje que realizó con su esposa.

114. Un razonamiento contrario, que niegue un desequilibrio significativo en el caso del señor Kresalja, llevaría al absurdo de legitimar que frente a la pérdida de un libro por parte de una tienda fotocopidora, entregado por el consumidor para su fotocopiado, dicha empresa pague por todo resarcimiento un paquete de hojas en blanco equivalente a las páginas que tenía el libro. O que una tienda, dedicada a la restauración de obras de arte, compense a un consumidor por la pérdida de su cuadro entregándole únicamente un lienzo en blanco.

115. En atención a lo expuesto, corresponde revocar el pronunciamiento venido en grado y declarar fundada la denuncia del señor Kresalja en contra de Foto Digital por infracción del artículo 8º de la Ley de Protección al Consumidor, en el extremo referido a la aplicación de una cláusula limitativa de responsabilidad y, reformándolo, declarar fundada la denuncia en dicho extremo pues quedó acreditado que el denunciado opuso al denunciante una cláusula de ese tipo, transgrediendo lo dispuesto en el artículo 1398º del Código Civil.

116. Sin perjuicio de lo anterior, cabe subrayar que el presente pronunciamiento no aborda el resarcimiento de daños que estaría obligado a pagar Foto Digital, pues ello es de competencia del Poder Judicial, sino que, en el marco del deber de idoneidad impuesto a los proveedores por la Ley de Protección al Consumidor y de acuerdo con las competencias legalmente otorgadas a este Colegiado, versa sobre la utilización por parte de dicha empresa de una cláusula proscrita por ley en contra del señor Kresalja, conforme a lo señalado precedentemente. [El resaltado es nuestro]

Como puede verse de los considerandos extraídos, la intención de la Sala de no abordar el resarcimiento de daños que estaría obligado a pagar la empresa denunciada solo fue en teoría, pues desde nuestra humilde opinión, el Colegiado llegó a determinar que se trataba de un daño extrapatrimonial a raíz de analizar el contenido de los rollos fotográficos hurtados que pertenecían al denunciante, además de analizar la compensación que la denunciada se comprometía a dar.

Si la motivación de ese extremo resolutorio buscaba analizar la cláusula limitativa a favor de Foto Digital que finalmente existía y no realizar la labor de determinar si la aflicción padecida por el denunciante era o no daño moral como arguye en su considerando 106, el mencionado Colegiado – entonces- no tenía la necesidad de ahondar más allá de lo que esta misma expresaba no era de su competencia. Sin perjuicio de ello, se valora el esfuerzo de la Sala por delimitar

la competencia que tiene Indecopi frente a una confusa disposición normativa como es el artículo 115 del CPDC, y aún más se observa con beneplácito que la aplicación de la teoría de los deberes de protección ha venido ganando terreno en sede administrativa, para las relaciones contractuales que surgen en la vida cotidiana.

7.2. Casuística de la actividad médica

Luego de haber revisado en el ámbito administrativo que la teoría de los deberes de protección ha sido recepcionada en el terreno contractual, queda por analizar el criterio que los órganos jurisdiccionales han tenido, a fin de hacer un balance general respecto a la incidencia de la naturaleza jurídica de los deberes de protección en la realidad práctica.

Para tales fines, es conveniente revisar la responsabilidad civil de la actividad médica que a nivel judicial ha brindado el panorama que tienen los jueces para aplicar un determinado régimen de responsabilidad, lo que dará pie al análisis de lo que para nosotros vendría a ser el *leading case* de la teoría de los deberes de protección en el Perú, justamente por el contexto que envuelve nuestra jurisprudencia.

En esta oportunidad no veremos realizada una de las actividades que normalmente existe – o debería existir- al abordar la casuística de un tema en particular. Esto es, la teoría de los deberes de protección necesariamente se concibe en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, *ergo*, no encontraremos jurisprudencia que aplique la responsabilidad aquiliana y motive su decisión sobre la base de los intereses que tutela dicha teoría de origen alemana.

En atención a ello; si la jurisprudencia nacional decide que un conflicto *sub litis* merece la tutela extracontractual se basará solo y únicamente en los intereses y el remedio por excelencia que esta contiene, por lo que no será necesario – y si se hace sería ilógico- sostener la aplicación del régimen extracontractual sobre la base de la teoría de los deberes de protección, dado que decidir que la vía extracontractual es la correspondiente, es reconocer implícitamente que no hace falta un teoría como la de los deberes de protección, ya que aquellos supuestos que son velados por aquella teoría serían subsumidos en el artículo 1969 del CC.

Sinceramente, no hemos encontrado ningún pronunciamiento jurisprudencial que expresamente afirme que los deberes de protección no son necesarios en virtud de la existencia de un régimen como el extracontractual. Por esta y la razón anteriormente mencionada, la actividad dedicada a dividir pronunciamientos que digan por un lado que i) la teoría de los deberes de protección se aplica en razón de la tutela aquiliana, y por el otro, que ii) la teoría de los deberes de protección merece el régimen contractual, queda absolutamente descartada. Si bien ello se deduce del estudio logrado en los capítulos anteriores, llegado a este punto, es oportuno recordar.

Dicho esto, y sin perjuicio de la referida actividad inviable, creemos que existe otra que la podría sustituir cualitativamente. Ello significa analizar la principal casuística que hay sobre la teoría de los deberes de protección en la responsabilidad civil de la actividad médica. Esta materia, empero, es inmensa y merecedora incluso de un trabajo de investigación propio, por lo que solo ingresaremos a los terrenos circunscritos a la presente tesis.

Adelantamos que la razón que existe de abordar a estas alturas un tema como el de la actividad médica (que concierne a los establecimientos de salud y no sólo al médico o doctor, por eso usamos la expresión “actividad médica”) es porque la doctrina no ha sido unánime respecto al tipo de régimen aplicable en supuestos que se dan en la realidad práctica, tales como: a) el médico que alquila o arrienda un local o espacio dentro de una clínica emitiendo sus propios honorarios profesionales, b) los médicos que prestan servicios en un establecimiento de salud pública, c) los médicos que trabajan para un jefe y este, también dueño del establecimiento privado de salud, retribuye a sus colaboradores profesionales con un porcentaje de los ingresos diarios y d) la del establecimiento de salud con personalidad jurídica conformados por médicos donde la entidad actúa únicamente como parte en las relaciones con los pacientes (León, 2017).

Esto ha conllevado a que los jueces dicten posiciones distintas respecto al tipo de régimen aplicable, jugando un rol importante la Ley General de Salud, así como la intención –por parte de un sector de la doctrina- de imputar responsabilidad a nivel contractual, a pesar de no existir entre comillas una relación entre el paciente que puede llegar a la clínica inconsciente y por tanto sin posibilidad de emitir un consentimiento respecto a un tratamiento médico y el doctor que lo trata. Bueno, esta intención, se basa en los deberes de protección, por lo que aquí, decidir por un régimen u otro puede o no generar incentivos que causen perjuicios.

El expediente N° 1615-00, tuvo en la tercera Sala Civil de Lima una sentencia de vista claramente favorecedora de la teoría de los deberes de protección. El terrible caso ocurrió en el entonces Instituto Materno infantil (ex Maternidad de Lima y ahora Instituto Nacional Materno Perinatal) donde como consecuencia de haberse entregado al menor Daniel Alegría Barahona sangre infectada, se le transmitió el SIDA, a causa de una transfusión en dicho establecimiento. La madre en representación del menor demandó al Ministerio de Salud indemnización por daños y perjuicios, siendo en sede superior, el fundamento que a continuación citamos, el decisivo para resolver a favor de la víctima:

Cuarto. - Respecto a la excepción de Prescripción extintiva. Que como fluye del escrito de demanda que en copia obra de fojas uno a fojas ocho, se impetra la pretensión de indemnización por no haberse entregado sangre pura de manera tal que la proporcionada por el Instituto Materno Infantil (ex Maternidad de Lima) se encontraba infectada, habiéndose transmitido el Sida al menor Daniel Alegría Barahona; que **desde el punto de vista de la responsabilidad civil en general y de la responsabilidad médica en particular, nos encontramos con su supuesto de la responsabilidad de naturaleza contractual**; así tenemos que el Doctor

en Derecho y Ciencias Sociales por la Universidad de Buenos Aires, Roberto Antonio Vásquez Ferreira, refiere que “El servicio de hemoterapia o banco de sangre está obligado a entregar sangre pura, que es aquella libre de toda impureza apta para profundir sin riesgo inmediato o mediato para el transfundido”. El profesional interviniente tiene la obligación de realizar los estudios y pruebas correspondientes, descartando los dadores que pertenezcan a grupos de alto riesgo (homosexuales, drogadictos, etcétera). Para ello, además del correspondiente análisis del dador, el médico terapeuta debe interrogarlo sobre toda enfermedad o afectación padecida o presente, verificar el estado general de salud, y siempre en caso de duda descartarlo como donante. Resulta imprescindible realizar la correspondiente reacción por medio de los distintos métodos conocidos para determinar la presencia o no del virus en la sangre, precisa el auto citado que respecto a esta última aseveración no es eximente de responsabilidad el alto costo de los sueros, ni el hecho de que el establecimiento asistencial o la obra social no los provea. **Que en dicho contexto tenemos que existe una obligación tácita de seguridad la que no se agota en el acto material de la transfusión, sino que la obligación que asume va más allá, porque no solo se obligan a realizar la transfusión sino también a que dicha transfusión no sea causa de un mal para el paciente. Allí está la obligación de seguridad. Que por ende, estando a lo expuesto estamos frente a un caso de responsabilidad contractual.** [El resaltado es nuestro]

Dos cosas por resaltar fruto de este pronunciamiento:

Primero, ante una enfermedad o un síntoma de malestar normalmente se acude a un establecimiento de salud; si acudimos a un centro **privado** se paga por la consulta recibida recibiendo en contraprestación la atención médica correspondiente. Si producto de dicha atención sufrimos algún daño o perjuicio estaríamos ante el supuesto innegable de una responsabilidad civil de naturaleza contractual.

Segundo, cuando se acude a un médico dependiente de un establecimiento de salud **público**, se dice que el establecimiento ante un daño o perjuicio al paciente responde a título contractual, mientras que el médico respondía únicamente a título extracontractual¹¹⁰.

En el caso de la menor, la Sala Civil ha establecido que la prestación de un servicio médico no solo se cumple con la realización del interés principal del mismo, esto es la transfusión de sangre, sino que se tiene que velar por otros intereses, como el de verificar que dicha transfusión no le cause perjuicio o sea un mal para el paciente, este interés, que en términos del Colegiado es llamado

¹¹⁰ Sobre la existencia de un contrato propiamente dicho, con el Estado:

Al respecto, se ha sostenido que “cuando el hospital es público, o sea administrado por una persona jurídica pública, la relación con la persona atendida no deriva jamás de un contrato, ni siquiera si se trata de una atención pagada; su origen, en realidad, es un acto administrativo”, pero **sin negarse que de dicho “acto” surgen, “para el hospital y el paciente, derechos y deberes similares a los contractuales”**. (Cómo se citó en León, 2017) [El resaltado es nuestro]

obligación de seguridad, en estricto, vendría a ser el deber de asistencia, con lo que estando a lo comentado anteriormente, el médico respondería además del establecimiento de salud, a título contractual.

Cabe agregar, que justamente al responder a título contractual, y no a título extracontractual como sugirió la defensa que era el supuesto en el que se encontraba, la acción resarcitoria no prescribió en atención al plazo más amplio que se tiene en sede contractual:

Quinto. - Que, en consecuencia el plazo prescriptorio con respecto a la pretensión demandada es de diez años como lo refiere el inciso 1 del artículo 2001 del Código Civil y no de dos como se ha precisado; que en consecuencia en el citado plazo incluso comenzaría a correr desde el año 1995, aún no habría prescrito el derecho a reclamar una indemnización por parte del menor Daniel Alegría Barahona.

Si nos situamos en el terreno contractual de la actividad médica hay dos artículos que tienen que ser sopesados, el artículo 1762 y el artículo 1321 del CC:

“Artículo 1762.- Si la prestación de servicios implica la solución de asuntos profesionales o de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de servicios no responde por los daños y perjuicios, sino en caso de dolo o culpa inexcusable”.

“Artículo 1321.- Queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por dolo, culpa inexcusable o culpa leve.

El resarcimiento por la inexecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, comprende tanto el daño emergente como el lucro cesante, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa de tal inexecución.

Si la inexecución o el cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación, obedecieran a culpa leve, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse al tiempo en que ella fue contraída”.

Según la coyuntura actual de los diversos casos de negligencia que ocurre en nuestro país, y a modo de no extralimitarnos de nuestro tema, coincidimos con el razonamiento del profesor Buendía en el sentido de interpretar conjuntamente ambos artículos:

(...) En el Perú, se aplica el artículo 1762 (...) en primer lugar, no responderá cuando sea un problema técnico o el asunto sea de especial dificultad, solo cuando sea dolo o culpa grave, sin embargo, se ha visto en la vía de comparación, es posible que los profesionales respondan por culpa leve, empleando la regla del artículo 1321 para gradualidad de la culpa y la extensión del resarcimiento. Este panorama nos permite plantear como conclusiones preliminares como el indicar que existe una norma similar en temas de técnicos y de especial dificultad, a pesar de ello, se puede interpretar la norma a contrario, como se ha hecho en la jurisprudencia italiana y traer el concepto de operaciones de fácil

ejecución al Perú, vía jurisprudencial. De otro lado, en el Perú se sobreprotege al médico con la disyunción del término “problemas técnicos” o de “especial dificultad”, creemos que esta norma debe ser interpretada como lo hacen los tribunales italianos, para que incluso en estos escenarios, se pueda responder por culpa leve. (Buendía de los Santos, 2014, p. 185)

La “cosecha” que ha dejado la doctrina alemana ha permitido que en casos donde directamente se trate con el establecimiento de salud, el médico tenga responsabilidad contractual con el apoyo de la teoría del contacto social (estudiada anteriormente):

De modo gradual, la doctrina ha conseguido prosperar en su objetivo “contractualizador” de esta *fattispecie* [el supuesto de hecho del establecimiento de salud y el médico encargado de su tratamiento], con el recurso dogmático de la “relación obligativa sin deber de prestación primario” (...)

Según esta última línea de pensamiento, de origen germano, pero admitida, de igual forma en la jurisprudencia de Italia (un país afín al nuestro en materia de derecho civil), **el médico dependiente de un establecimiento de salud público se encuentra ligado al paciente por una obligación nacida del “contacto social” (*sozialer Kontakt*), o “contacto comercial” (*rechtsgeschäftlicher Kontakt*). Como de tal “contacto”, de acuerdo con la más moderna teoría de las fuentes de las obligaciones, pueden surgir deberes jurídicos, a saber, “deberes de protección” (*Schutzpflichten*), pese a la ausencia de una “*primäre Leistungspflicht*”, la violación de tales deberes no puede someterse sino al régimen de la responsabilidad contractual (...)**

(...) en el supuesto del contacto del médico que aplica un tratamiento a un paciente en un establecimiento de salud, al margen de la modalidad de la relación que se establece, la teoría en mención sí puede resultar satisfactoria. (León, 2017, pp. 853-855) [El agregado y resaltado es nuestro]

Otro elemento que abona a la “contractualización” de este supuesto es el artículo 36 de la Ley N° 26842, Ley General de Salud, tal como advierte el profesor León:

(...) en las hipótesis de daños cometidos en el ejercicio de la actividad médica al interior de establecimientos de salud, existe una regla de responsabilidad de fuente legal que facilitan una mimesis con el modelo alemán. Por lo tanto, si bien carecería de sostén una defensa de la aplicación inmediata de la teoría del “contacto social” como fuente de las obligaciones de los médicos que prestan tratamientos en el establecimiento de salud, y de la consiguiente naturaleza contractual de su responsabilidad, no ocurre lo mismo si se presta atención a la responsabilidad *ex lege* fijada en la Ley General de Salud(...)en los siguientes términos: “los profesionales, técnicos y auxiliares(...) son responsables por los daños y perjuicios que ocasionen al paciente por el

ejercicio negligente, imprudente e imperito de sus actividades” (artículo 36). (León, 2017, p. 855)

Surgió años después un caso muy parecido al ya comentado donde otra vez fue parte demandada el Instituto Especializado Materno Perinatal de Lima. El caso ventilado en el Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima, con número de expediente 15990-2006, versó sobre una transfusión de plasma fresco a un recién nacido por haber presentado un trastorno de coagulación, hecho que de autos no se acreditó que fuera necesario y sin pedir autorización de la madre, producto de la transfusión se contagió al recién nacido con VIH. Los puntos controvertidos en la demanda consistieron en determinar si existía responsabilidad por parte del Instituto materno al ocasionarle el contagio de dicha enfermedad al recién nacido y si se le debería otorgar una indemnización por el monto de S/. 800,000.00 con sus respectivos intereses. El juzgado empieza su análisis sometiendo al caso a las reglas de la responsabilidad extracontractual:

Tercero. - Que, en el caso de autos nos encontramos ante un supuesto de la Responsabilidad civil extracontractual previstos por los artículos 1969 a 1988 Código Civil; **Cuarto.**- Que, el artículo 1969 del Código Civil señala que, aquel que por dolo o culpa causa un daño a otro está obligado a indemnizarlo. El descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor;(…)

Respecto al actuar del personal médico, el juzgador *a quo* dijo lo siguiente:

Décimo. - Que, el artículo 4º de la Ley General de Salud N° 26842 señala que, ninguna persona puede ser sometida a tratamiento médico o quirúrgico, sin su consentimiento previo o el de la persona llamada legalmente a darlo, si correspondiere o estuviere impedida de hacerlo. Se exceptúa de este requisito las intervenciones de emergencia; **Décimo Primero.**- Que, en el caso de autos, se advierte responsabilidad en el personal médico de la parte emplazada, en tanto que no solicitaron el consentimiento de los padres del menor afectado para efectuar la transfusión de sangre a efectos de salvaguardar responsabilidades, menos aún informaron posteriormente a la actora de las transfusiones de sangre practicadas, tal es así que la demandante toma conocimiento de la mismas con suma posterioridad a la alta de su menor hijo, situación en la que descubre que el menor se encontraba infectado con el virus del VIH(…)

El juzgado realiza el juicio de responsabilidad en el ámbito extracontractual evaluando el daño, la relación de causalidad y el criterio de imputación, y declarando fundada la demanda de indemnización por daños y perjuicios, ordenando a la entidad demandada el pago de S/. 800,000.00 soles.

Décimo Tercero.- Que, en el caso de autos está acreditado el daño psicosomático, biológico y psíquico en la vida del menor afectado y de su madre, dado que el virus del VIH trae consecuencias irreversibles en la vida del menor(…) **Décimo Cuarto.**- Que, en cuanto el daño emergente, éste también se encuentra acreditado, dado que si bien el menor afectado

recibirá tratamiento médico por la emplazada, existen gastos adicionales como son medicinas de mejor calidad – que los hospitales nacionales no proveen-, alimentación especial, entre otros, que el menor debe recibir para mantener una salud equilibrada y que le permita subsistir; **Décimo Quinto**.- Que, en cuanto al lucro cesante, este se demuestra con el hecho que la madre del menor deberá brindar atención especial en el cuidado de su hijo, no pudiendo por ende atender otras actividades laborales que brinden ingresos a la familia, como ya no viene sucediendo en el caso de autos; **Décimo Sexto**.- Que, la relación de causalidad entre el hecho generador y los daños, está determinada por la ilegal transfusión de sangre practicada al menor afectado, por parte del personal médico de la emplazada, y el daño causado de manera irreversible y permanente, con el contagio del VIH al menor; **Décimo Séptimo**.- Que, respecto al factor de atribución, la negligencia o culpa del personal médico de la institución de la demandada, ha generado los daños irreversibles en el menor, lo cual debe ser asumido por la emplazada, en tanto que el personal médico se encuentra a su cargo; por lo tanto se tiene que la demanda incoada sí resulta amparable.

Como puede verse de los dos fallos citados, una decisión fue sustentada en la aplicación de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y la otra por responsabilidad extracontractual. Cuando hablamos de incentivos es pertinente recordar el artículo 36 de la Ley General de Salud, la cual facilita una comprensión de relación contractual en la cual converge un derecho constitucional como el de la salud, que tiene que hacer saber al personal médico que atiende ya sea anesthesiólogo, enfermera, etc., que se tiene que cumplir además del servicio médico, el deber de asistencia que incluido en el ámbito de relaciones de salud, deja un mensaje de precaución y diligencia que quizás con la responsabilidad extracontractual y su irradiación genérica no sería transmitido de la misma manera. Al comparar, pues, ambos fallos, se puede deducir la importancia a largo plazo que pueden tener pronunciamientos uniformes sobre la responsabilidad de la asistencia médica bajo la teoría de los deberes de protección, siempre en la línea de análisis de cada caso en concreto y los supuestos advertidos que se dan en la realidad práctica entre los establecimientos de salud y los profesionales que ejercen la actividad médica.

7.3. El *leading case* en la Corte Superior de Justicia de Lima

En el Perú, la teoría de los deberes de protección se ha visto aplicada más en sede administrativa que en judicial, y respecto a las implicancias de la actividad médica, la aplicación de la teoría en esta materia al menos tiene que esperar un tiempo más debido a lo abstruso que es tanto para los jueces como para la doctrina llegar a un consenso en los diversos supuestos que abarca el ejercicio de dicha actividad

Esta situación no nos desanima en reconocer a un fallo acaecido en sede judicial como el *leading case* de la teoría de los deberes de protección en Perú. El panorama nebuloso presentado en las actividades médicas no es el mismo en

relaciones contractuales generadas en otros ámbitos, uno de ellos tan importante como el de la salud, es sin duda el sector educación.

La prestación de servicios educativos es el paradigma que la comunidad jurídica debe tener a fin de valorar en su real dimensión a la teoría de los deberes de protección, y justamente esto se podrá hacer cuando sucedan situaciones que emprendan la tarea de tutelar intereses que necesariamente se deben buscar proteger en una relación contractual como la de los padres con una institución educativa.

Veamos entonces, el caso que servirá de punto de referencia a la aplicación de la teoría de los deberes de protección en sede contractual.

A la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, llega el expediente N° 19840-2009-0, producto de la demanda incoada el 15 de julio de 2009, por la sociedad conyugal conformada por Eduardo Guillermo Graham Álvarez y María del Carmen Hurtado Media de Graham en defensa de los intereses de su menor hija Daniela, contra el Colegio Regina Pacis y la Reverenda Madre María del Carmen Hernández Navarro en calidad de directora, a efectos de que las demandadas en forma conjunta y solidaria procedan a pagar la suma de \$500,000.00 dólares por indemnización producto del daño moral sufrido por la niña al interior del referido colegio.

Los hechos narrados en la demanda fueron los siguientes, en la primera semana de junio de 2007, al interior del colegio se instalaban toldos contratados por el mismo colegio en razón de las festividades del Corpus Christi (es un colegio católico). Esa misma primera semana la hija de los demandantes vieron una extraña actitud en ella pues ya no quería volver al colegio, inmediatamente los padres la llevaron a un centro psicológico infantil, donde se le recomendó que a la niña se le cambie de sección, sin embargo pasaban las semanas y la niña no quería volver al colegio, confesando luego de insistentes tratamientos psicológicos, a través de un trozo de papel, que fue víctima de abuso sexual por el personal que ingresó al Colegio para instalar los toldos. Ante esta situación acudieron al médico legista y denunciaron lo ocurrido ante la 5° Fiscalía Provincial Penal de Lima, agregando que la menor perdió el año escolar, encontrándose en tratamiento psicológico y psiquiátrico.

Los padres demandantes aducen que el colegio debió adoptar la posición de garante respecto al cuidado de salud, integridad física y moral de los menores a su cargo, debiendo en este caso responder por culpa inexcusable por falta de cuidado y el encubrimiento posterior de los hechos, ya que el primero de abril se inspeccionó al Colegio, resultando del informe que no existía vigilancia alguna en los servicios higiénicos del Colegio al momento de haber pasado el ilícito. Ante ello, el juzgado requirió al Colegio la entrega del Cuaderno de ingresantes para conocer la identidad del agresor, respondiendo el Colegio que el cuaderno se destruyó al acabar el año escolar 2007, a pesar que éste conocía las razones de la salida de la menor del Colegio.

El Colegio contestó la demanda afirmando que la versión de la menor no podía ser cierta, que no se especificaba los días en que la menor dejó de ir a estudiar,

además de nunca presentar ante el Colegio el trozo de papel donde la niña confesaba el abuso que sufrió. Agregó que al ser la celebración del Corpus Christi el día sábado el cuidado y la supervisión le correspondían a los padres, presentando una copia certificada de la Guía de Remisión expedida por la empresa Globo Color Servicio EIRL en donde se detallan que los elementos para armar el toldo fueron donación de un padre de familia. Por último sostuvo que se acreditó la integridad sexual de la menor con el certificado médico en el que se constata que no hubo acto de violación, menos actos contra el pudor y que por tal motivo la Quinta Fiscalía Provincial penal decidió el archivo provisional de la denuncia penal, aunado al hecho que el informe de Psicóloga Clínica y de la Médico Psiquiatra diagnosticaron trastornos de ansiedad causados por el entorno familiar, por lo que en ningún momento se le diagnosticó que el estado en el que se encontró la menor sea motivado por actos contra el pudor o tocamientos indebidos, por tanto no hubo nexo de causalidad entre el daño invocado y la negligencia inexcusable atribuido al Colegio y a la Directora.

El Séptimo Juzgado especializado en lo Civil declara infundada la demanda por resolución número 14, de fecha dos de noviembre de 2010, por considerar que ante el Ministerio Público no se acreditó la comisión de actos contra el pudor en agravio de la menor hija de los demandantes, por lo que no habiéndose acreditado la existencia del delito no se puede afirmar la existencia de incumplimiento de la obligación por parte de las demandadas tanto más si tampoco se acreditó la existencia del daño cierto imputable a las demandadas.

Los demandantes apelan la sentencia, declarando la Instancia superior nula la apelada por haberse vulnerado la garantía del debido proceso y la debida motivación de las resoluciones judiciales, ordenando al juez de primera instancia a dictar nueva sentencia.

Esta vez el juzgador *a quo* mediante resolución número 23 de fecha 27 de abril de 2012, decidió declarar fundada en parte la demanda, ordenando que las demandadas paguen en forma solidaria a los accionantes la suma de \$400,000.00 dólares por concepto de daños y perjuicios, más intereses y con costas y costos. La decisión se fundamentó básicamente en que:

- i) el juzgado encontraba acreditada la relación contractual entre las partes del proceso, generada desde el momento de la matrícula (cabe mencionar que esto fue el primer punto controvertido);
- ii) en el artículo 44° del Reglamento del Colegio, se establece que es derecho de los alumnos el recibir una formación integral dentro de un ambiente que propicie seguridad moral, física y espiritual;
- iii) en el atestado policial correspondiente a la denuncia presentada por los padres de la menor se concluye que la niña fue víctima de delito contra la libertad sexual (tocamientos indebidos) por un sujeto no identificado, en el interior del Colegio y que no se había tenido el cuidado debido sobre el tránsito de las alumnas cuando utilizaban los servicios higiénicos en horario de clases, con lo que de acuerdo a las pericias la menor presenta problemas emocionales compatibles a estresor de tipo sexual;
- iv) respecto al factor de atribución del presente caso se concluyó que fue negligente confiar el ingreso de terceras personas al portero del Colegio, además

de haberse destruido el cuaderno de ingreso a pesar de tener conocimiento del ilícito causado; y

v) respecto a la responsabilidad solidaria de la directora del Colegio, se tiene que la codemandada no acudió al citado de la Comisaría de Monterrico para rendir manifestación para el esclarecimiento de los hechos, enviando en su lugar a su asesora legal, tal como obra del atestado policial, por lo que no ha velado por el cumplimiento de obligaciones propias del plantel que dirige, debiendo responder solidariamente.

El Colegio y la directora interpusieron recurso de apelación contra dicha sentencia, en razón de que los hechos que sostenía la decisión de la resolución recurrida respecto a una presunta falta de seguridad no solo no fueron probados, sino que nunca se llegó a precisar la fecha del evento dañoso. Afirmaron las apelantes que existía una discordancia entre la fecha de la denuncia y la fecha de las conclusiones del atestado, además de que el Juez no tuvo en cuenta que en la denuncia fiscal en la que se basó se había expedido una resolución ordenando el archivo definitivo de la investigación. Además de ello – según las apelantes- no se acreditó a través de los exámenes psicológicos y psiquiátricos practicados una vulneración en la intimidad de la menor, pues los estados de ansiedad según los exámenes obedecían al régimen alimenticio que llevaba la niña imitando a su hermana, la que la puso extremadamente delgada, hecho unido a la enfermedad de su madre, las mudanzas constantes y las disputas maritales que tenían los padres. Como extremo final de apelación señaló que los demandantes no sustentaron gasto alguno por la supuesta existencia de daño moral ocasionado a su hija puesto que la menor fue atendida en hospitales del Estado.

En segunda instancia, nuevamente la Cuarta Sala analiza el presente caso, partiendo de la premisa que el conflicto deriva de un incumplimiento de obligaciones dentro de una relación contractual:

1.6. En el presente caso, no existe controversia entre las partes respecto de la pre existencia de la condición de “Un contrato válido” que nace a partir de la admisión de la menor Daniela Alexandra Graham Hurtado como alumna y posterior matrícula anual, periodo 2007, en el colegio demandado Regina Pacis. En tal sentido.

1.7. Así aparece de la demanda y de la contestación, por lo que estamos frente a un hecho admitido en el que no se controvierte ni la existencia, ni su vigencia y alcances del referido contrato, la primera parte del problema planteado queda absuelto. Esta clase de hechos no requieren la más mínima actividad probatoria conforme lo prescribe el artículo 190° inciso 2) del Código Procesal Civil toda vez que para nuestro Código los hechos admitidos son aquellos en lo que ambas partes están de acuerdo con su producción, esto es, no ha discrepancia y por lo general son producto de las afirmaciones de una parte que la otra acepta.

1.8. Sobre el particular es importante tener en cuenta que los hechos admitidos generan dos consecuencias inmediatas: obligan al Juez a tener

presente la afirmación bilateral al tiempo de sentenciar; y, genera suficiente acreditación sin necesidad de discusión alguna.

En cuanto a la responsabilidad solidaria de la directora del Colegio, refiere lo siguiente:

(6) En consecuencia está acreditado que el Colegio demandado y sus autoridades respectivas no implementaron debidos mecanismos de control institucional para el ingreso de personas extrañas al colegio, situación que incrementaba innecesariamente el riesgo de las alumnas que se encontraban en su interior.

(7) No obstante cabe efectuar una precisión en relación a lo señalado en la conclusión que antecede, sobre todo si se tiene en cuenta el escrito de fecha 9 de octubre 2012 de la directora del colegio. En efecto, **la demanda es dirigida también contra la Reverenda Madre María del Carmen Hernández Navarro, en su condición Directora del colegio Regina Pacis y como persona natural. Sin embargo, dicha persona recién asumió el cargo de Directora del Colegio el 26 de setiembre del 2007,** tal como consta de las Resoluciones Directorales del UGEL, obrantes de folios 228 a 231, **por tanto no puede haber hecho imputable a ella por sucesos que habrían ocurrido antes de que asuma dicho cargo, y como tal ninguna responsabilidad civil se le podría atribuir por hechos que – a decir de los demandantes- ocurrieron entre junio y julio del 2007, y menos aún podría considerársele, como lo hace el Juez en la apelada, como solidariamente responsable con el Colegio, pues la solidaridad no se presume, sólo la ley o el título de la obligación lo establecen en forma expresa, como lo establece el artículo 1183 del Código Civil.** Por consiguiente, en éste extremo y respecto de la citada Directora la demanda deviene en infundada. [El resaltado es nuestro]

Respecto a la culpa como criterio de imputación en el caso *sub litis*, se sigue el razonamiento que a continuación se cita:

La regla es que no hay responsabilidad contractual sin la culpa del deudor. Nuestro Código Civil en su artículo 1321° precisa que 'queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios quien no ejecuta sus obligaciones por *dolo, culpa inexcusable o culpa leve*'.

Dicha culpa tiene que estar presente en una inejecución (acción u omisión del deudor), a la que podríamos denominarla falta. La falta consiste en la violación de una obligación preexistente. En materia contractual existe falta si hay incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de la obligación. Cuando ese incumplimiento causa un daño al acreedor, surge a cargo del deudor en falta, la obligación de reparar ese daño. Cuando tal cosa ocurre, estamos en presencia de la responsabilidad civil contractual.

Nuestro Código Civil efectúa una graduación de las faltas en materia contractual, la que sólo se presenta en las obligaciones de prudencia y

diligencia, porque en las obligaciones determinadas la inexecución de la obligación constituye por sí misma la falta. Dichas faltas son clasificadas normativamente como falta leve, falta inexcusable y falta dolosa o intencional.

En el presente caso, los demandantes sostienen que la institución educativa demandada y su Directora habrían incurrido en negligencia grave y culpa inexcusable pues afirman que [...] El Colegio Regina Pacis tenía y tiene la posición de garante respecto al cuidado de la salud, integridad física y moral de los menores a su cargo [...] por tanto debe responder por regla general por culpa inexcusable, siendo que hasta la fecha no tuvieron nunca la intención de esclarecer los hechos ilícitos acaecidos al interior de su centro educativo, limitándose a pretender negarlos aduciendo que mi hija de 12 años miente, conducta reprensible para una institución dirigida por una congregación religiosa [...].

Por su parte los co demandados contradicen señalando que [...] la integridad física de Daniela Alessandra no había sufrido ningún menoscabo. En cuanto a su salud emocional, el que le hayan prescrito terapias vinculadas a tratamiento psicológico y/o psiquiátrico derivadas de las citas que registran como pruebas de la demanda, puede estar relacionadas con las causales a las que alude la psiquiatra Gisella Vargas Cahahuanca en su Informe del 11 de setiembre del 2007 [...], por tanto niegan haber incurrido en falta grave, menos en culpa inexcusable de haber dejado de ejecutar obligación alguna.

Es evidente que la falta de debido cumplimiento de su obligación de seguridad por parte del Colegio resulta grave, sobre todo si se trata de un centro educativo en el que permanecen una gran cantidad de alumnas, durante la jornada de clases. Sin embargo, el incumplimiento de dicha obligación, por sí sola no hace que la entidad educativa esté obligada a indemnizar, sino que es necesario identificar y probar que como consecuencia de ese incumplimiento se haya producido un daño, en éste caso a la menor hija de los demandantes. [El resaltado es nuestro]

En ese contexto, la Sala determina que el Colegio no cumplió, al tiempo de ocurrido los hechos, con la obligación de seguridad – esto es deber de asistencia- para las alumnas, sustentando sus razones – y por tanto la viabilidad del deber de protección en una relación contractual- como podemos observar de los siguientes párrafos:

- (1) La Directora General Sor. María del Carmen Hernández Navarro, del Colegio Regina Pacis, en sus declaraciones a nivel de la investigación fiscal, como consta de la copia de la denuncia de folios 274 a 283, manifestó que [...] respecto al registro de personas que ingresan y salen del Colegio, señala a fs. 108 ‘Como le dije se le da un cuaderno al portero para que registre el ingreso y salida de personas, pero del 2007 no existe, recién se han tomado disposiciones nuevas a fin que haya mejor control y supervisión [...].

- (2) La Coordinadora de Actividades del Colegio, Carmen Bravo Marrou, en el Acta de Inspección Técnica de folios 17 a 20, manifiesta que (...) no había un personal designado para el baño ni para los interiores del colegio, que esa labor estaba a cargo de las tutoras [...] al tiempo de ocurridos los hechos por lo que se demanda la indemnización.
- (3) No obstante, el Colegio no ha acreditado el hecho de que cuando las alumnas, solicitaban permiso de aula para dirigirse a los servicios higiénicos, como fue la el caso de la menor hija de los demandantes, eran acompañadas por la Tutora o por lo menos su desplazamiento hacia el mismo era supervisado o controlado por la tutora, pues de la declaración de la menor que aparece como 'relato' en el Protocolo de Pericia Psicológica de folios 58 a 60 consta que ella pido permiso a la profesora para dirigirse al servicio higiénico a donde fue sola.
- (4) Asimismo, en el acta de Inspección Técnica antes referida, la Coordinadora de Actividades del Colegio aclara que el día central del Corpus Christi para el [...] alumnado fue el 7 de junio 2007, y la celebración de los padres de familia el día sábado 9 de junio 2007. Precisa la Coordinadora del Colegio que para la actividad del 7 de junio 2007 no ingresó persona extraña alguna y se trabajó con las flores que trajeron las alumnas [...]. Ante tal aclaración, la madre de la menor hace constar que [...] el día 6 de junio 2007 acudió al Colegio a fin de solicitar permiso para participar de la misa del jueves 7 de junio 2007, y como estaban ocupados se dirigió al cafetín percatándose que cerca al baño del lugar de los hechos que se investigan, había un camión de color blanco, mediano, con 5 personas de sexo masculino a horas 8.30 a.m a 9.00 a.m. aproximadamente [...]
- (5) Esta contradicción en las posiciones de las partes debe ser resuelta en el sentido que si ingresó personal al Colegio días previos a la celebración del Corpus Christi, para la instalación de toldos, esencialmente por las razones siguientes:
- (i) El señor Armando Manuel Carbajal Delgado, quien era el representante de la empresa Globo Color EIRL, la que puso los toldos para la celebración del Corpus Christi en el Colegio, en su manifestación que en copia obra de folios 261 a 262, fue preguntado sobre sus servicios prestados para la instalación de flores, sillas y/o toldos el 5, 6, 7, 9, y 11 de junio del 2007, a lo que respondió [...] **En esa fecha** que usted me indica yo tenía una menor hija Andrea Carbajal Irigoyen y cursaba el quinto de secundaria en dicho Colegio, **como padre de familia apoyé la ceremonia del Corpus Christi por encargo de la madre Martha Mota** [...]
 - (ii) El colegio mediante carta notarial de folios 257 a 258 comunica al apoderado de los demandantes que ellos [...] tuvieron conocimiento de los presuntos agravios

denunciados mediante citaciones policiales emitidas el **11 de diciembre del 2007** [...], por consiguiente, conocieron de los hechos antes de que concluyera el año escolar 2007, lo que es reconocido por la Directora del colegio en su declaración de parte de folios 552, por lo que mal podrían afirmar que quemaron o destruyeron los documentos de registro de ingreso de personas ajenas al Colegio de dicho año, lo cierto es que como no tuvieron la diligencia debida en el cumplimiento de su obligación de seguridad, antes mencionada, es que tratan de justificar dicha negligencia con el hecho de que sería una costumbre el quemar o destruir, o reciclar toda la documentación del año académico concluido; versión oficial del colegio brindada, además por la Directora en su declaración de parte de folios 552, que se contradice además, con la declaración del señor Santos Enrique Gonzales Honorio, quien se desempeñaba como único encargado de llevar el control de las personas que ingresaron al Colegio los días 5, 6, 7, 9 y 11 de junio del 2007, según carta N° 04-2009-DA-CRP, de fecha 9 de marzo del 2009 cursada por la Directora Académica del Colegio demandado a la DIRINCRI, obrante de folio 266 a 267, quien en su declaración de folios 117 de la investigación penal, la que se da cuenta en el noveno fundamento de la resolución fiscal de fecha 16 de julio 2009, obrante de folios 274 a 279, señala que [... el registro de control de las personas y vehículos registrados a la fecha de celebración del Corpus Chiristi, como nadie le solicitó una recicladora se la llevó [...]; y,

- (iii) no resulta relevante saber quien contrató a la empresa, o si hubo o no contrato alguno, sino que lo relevante es conocer si el colegio adoptó las medidas de cuidado necesarios para controlar que el personal extraño al colegio, que ingrese a sus instalaciones, se encuentre debidamente identificado, registrado, y supervisado mientras su permanencia al interior del Colegio se mantenga.

Así, las cosas el Colegiado evalúa el elemento del daño, haciendo las aclaraciones pertinentes respecto al ámbito de la inejecución de las obligaciones:

(...)

No hay que confundir el daño y la inejecución de la obligación. El daño no consiste simplemente en la inejecución de la obligación. Resulta de la inejecución, culpable o no, de la obligación, según el caso, La inejecución de la obligación no se identifica con el daño. En su causa. Es porque la obligación no fue ejecutada por lo que el acreedor puede sufrir un daño cuya reparación se debe imponer al deudor, si dicha inejecución le es imputable y si se cumplen otras condiciones de su responsabilidad.

En el presente caso se ha invocado daño moral en la responsabilidad contractual. A diferencia del perjuicio económico, el perjuicio moral, puesto que recae sobre intereses extrapatrimoniales, no es susceptible de ser objeto de una evaluación en dinero de una manera precisa. Constituyen daños morales el dolor que se deriva del ataque a la integridad física, la molestia o disgusto que se experimenta después de una mutilación o de heridas, el atentado contra el aspecto físico, el atentado contra sentimientos afectivos. De una manera general, el perjuicio fisiológico constituido por el atentado a la integridad corporal, es siempre un perjuicio moral.

Para ser reparable, el daño, tanto económico como moral, debe ser cierto y previsible. Debe ser “una consecuencia inmediata y directa” de la inejecución de la obligación. En realidad, el daño directo no es más que una manera de designar la exigencia de un vínculo de causalidad entre la inejecución imputable al deudor y el perjuicio sufrido por el acreedor.

Tratándose de responsabilidad contractual, únicamente un daño cierto puede dar lugar a la reparación. El daño cierto es un daño del cual se sabe inmediatamente que se ha realizado o que se realizará con toda seguridad, Se le opone al daño puramente eventual cuya realización es hipotética. La noción misma de reparación implica que el daño sea cierto, porque se trata de restablecer el equilibrio roto por la ocurrencia del daño. [El resaltado es nuestro]

Entonces, de la revisión de los certificados y/o Informes Médicos admitidos como medios probatorios, el Colegiado concluye que:

(....)

. Del mismo modo, el Fiscal Provincial en la resolución citada concluye que [...] no ha sido posible establecer el número de personas que prestaron los distintos servicios en preparar los arreglos y demás trabajos para la celebración del evento del Corpus Christi, por no obrar en el colegio información alguna al respecto [...]. Como puede verse, si el Colegio no cumplió debidamente con su obligación de brindar seguridad a la alumna, e hija de los demandantes, no puede pretender liberarse de la responsabilidad del daño invocado, en la medida que estando en la mejor condición de probar el ingreso de personas ajenas al Colegio, los días previos a la celebración del Corpus Christi no lo hizo, por el contrario las contradicciones entre las declaraciones de la Directora del Plantel, como de la Coordinadora de Actividades y del personal de portería que se encontraba de turno durante los primeros días del mes de junio del 2007, revelan que, como ya se dijo anteriormente, no existió un debido control del ingreso de personas al Centro Educativo.

. El hecho de que las investigaciones realizadas hayan concluido por resolución de fecha 10 de diciembre del 2009, obrante de folios 478 a 483, de la Fiscal Provincial en el que se resuelve declarar No Ha Lugar a formalizar denuncia penal, contra quien resulte responsable, por la presunta comisión de delito contra la libertad sexual – actos contra el

pudor en menores – por lo que **dispone el archivo definitivo de la investigación**, no debe llevarnos a concluir que los actos de tocamientos indebidos no se hayan producido, lo que sucede es que no se ha podido identificar al responsable directo de tales actos precisamente por el incumplimiento de la obligación de seguridad del Colegio demandado.

. Lo relevante es que con el Protocolo de pericia Psicológica N° 003370-2008-PSC, efectuada sobre la evaluación de los días 26 y 29 de enero 2008 por las psicólogas Liz María Martínez Santana y Marita Carolina Cáceres Castillo, obrante de folios 469 a 471, los psicólogos que suscriben el certificado en el análisis e interpretación de resultados señalan, no compromiso orgánico, desarrollo intelectual promedio, y en el área emocional es una menor que se encuentra afectada por los hechos ocurridos con su persona motivo de evaluación, mostrándose ansiosa ante los recuerdos, afectación es su autoimagen, en su vida académica en su adaptabilidad social, por lo que concluye que los problemas emocionales en la fase de su desarrollo compatible a estresor de tipo sexual. Lo mismo sucede con el Informe Médico de fecha 24 de enero 2009, obrante a folio 522, del Dpto. de Niños y Adolescentes del Hospital Víctor Larco Herrera y resulta concluyente el Informe Psicológico, cuya fecha de evaluación fue el 13 de octubre del 2009, en el que los Psicólogos Carmen R. Alzamora Valencia y Elizabeth Rodríguez Erazo, obrante de folios 474 a 475, luego de los exámenes realizados diagnostican 'CIE 10: Z61.7 Abuso Sexual (Extrafamiliar) lo que se corrobora con el Informe Médico Psiquiátrico, emitido el 4 de enero del 2010, obrante a folio 472 a 473, en el que la Dra. Hilda Serpa Salazar da cuenta que la [...] adolescente refiere abuso sexual en el Colegio Regina Pacis [...] por lo que su impresión diagnóstica es 'trastorno de estrés postraumático, fobia escolar y maltrato sexual (tocamientos indebidos)'. (...)

. Por consiguiente, esas reacciones son las que dan cuenta de modo uniforme los diversos Informes Médicos glosados anteriormente. En tal sentido, una valoración conjunta de los medios probatorios, según lo dispone el artículo 197° del Código Procesal Civil, y teniendo en cuenta que las partes no sólo no han cuestionado los Informes Médicos referidos, sino que no han ofrecido prueba en contrario, es que éste Colegiado considera que la niña, hija de los demandantes, sí tiene un problema psicológico identificado, el cual obedece a supuestos actos – *tocamientos indebidos* – que habrían ocurrido en el Colegio Regina Pacis, a lo que sólo cabe añadir que según Informe Médico de fecha **24 de enero 2009**, obrante a folio 522, el Dpto. de Niños y Adolescentes del Hospital Víctor Larco Herrera señala como diagnóstico 'trastorno ansioso depresivo'. En cuanto a la evolución del tratamiento se hace constar que [...] **para el mes de julio se observa discreta mejoría, la parte logra reincorporarse al colegio y asistir frecuentemente, los síntomas de ansiedad han disminuido, también los temores. En agosto 2008 deja de asistir a tratamiento [...]**, lo que debe tenerse presente para fijar el quantum indemnizatorio. [Solo el subrayado es nuestro]

Respecto a la relación de causalidad entre el hecho imputable al Colegio y el daño, la Sala Superior formula el siguiente análisis:

(...)

Si como se sostiene anteriormente, la ocurrencia del daño ha sido acreditado, y se encuentra probado que el colegio incumplió su obligación de seguridad, para con sus alumnas, en particular para con la hija menor de los demandantes, al tiempo de los hechos que dan lugar a la presente demanda, como consecuencia de lo cual se produjo el daño psicológico mencionado, corresponde declarar fundada la demanda, cuya pretensión constituye la reparación por daño moral de la menor. No debe soslayarse que conforme consta del escrito de subsanación de la demanda, de folio 214, lo que se postula es la reparación de daño moral [...] sufrido por la persona de nuestra menor hija [...], indicándose en el párrafo SEGUNDO que los demandantes proceden como sociedad conyugal, pero en defensa de los intereses de su menor hija. Es a ella a quien corresponde la indemnización que se estime.

De esta forma y como hemos podido apreciar, la Sala además de realizar el correspondiente juicio de responsabilidad ha merituado cada uno de los medios probatorios admitidos en el proceso y los argumentos ofrecidos por las partes. En consecuencia y en virtud de vincular la relación contractual que tenía el colegio con la alumna, la Superior Instancia ha considerado que la parte obligada (el Colegio) debía cumplir con la seguridad y bienestar de las acreedoras del servicio educativo (las alumnas), es decir con el deber de asistencia que se traduce en la seguridad *ex ante* y *ex post* que debe tener cada parte respecto a la esfera jurídica expuesta por la relación contractual que han decidido entablar.

Si a una alumna, como la hija de los demandantes, le producen daños psicofísicos en su centro educativo, el Colegio debe responder porque los profesores, encargados, auxiliares, son garantes de la integridad física y patrimonial de los alumnos mientras se encuentran a su cargo, lo que conllevará a que cualquier daño ocasionado en el contexto regular de la enseñanza genere responsabilidad en la institución educativa, en atención del artículo 1325 del CC¹¹¹.

El criterio que encierra el deber de asistencia, manifestado – como ya hemos visto-en sede administrativa en la Resolución Final N° 2016-2007/CPC (Caso Bambos), en la Resolución N° 2849-2011/SC2-INDECOPI (Caso Universidad de Lima), y en sede judicial en el Expediente N° 19840-2009-0, tiene una enorme relevancia a nivel social, pues la integridad psicofísica de las partes es una cuestión que jamás debe ser menoscabada, incluso estando dentro de una relación contractual y a todo nivel de organización.

Así las cosas, las últimas líneas dedicadas a la revisión del presente caso, comprenden el quantum indemnizatorio otorgada a la víctima¹¹², tema que

¹¹¹ Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario.

¹¹² Artículo 1332.- Si el resarcimiento del daño no pudiera ser probado en su monto preciso, deberá fijarlo el juez con valoración equitativa.

generó votos discordantes de los magistrados que previnieron el proceso en segunda instancia¹¹³ y que llevaron a alguno de ellos a tomar criterios fundantes en la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.

El voto en discordia en cuanto al monto indemnizatorio del Juez Superior Vilchez Davila – quien decide reducirlo- es el que sigue:

CON EL VOTO DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR VILCHEZ DÁVILA, AL CUAL SE ADHIEREN LOS SEÑORES JUECES SUPERIORES CÉSPEDES CABALA, Y REYES RAMOS, SE HA FORMADO RESOLUCIÓN RESPECTO DE LA DISCORDIA PRODUCIDA EN CUANTO AL MONTO INDEMNIZATORIO:-----

(...)

Cuarto.- Que, ahora bien, aunque el sufrimiento, dolor y aflicción que ha sufrido la menor Daniela Alexandra Graham Hurtado, como consecuencia del tocamiento indebido del que ha sido objeto, no puede cuantificarse económicamente de manera objetiva y de ninguna manera puede ser aliviado con suma de dinero alguno, debe tenerse en cuenta que la estimación del quantum o monto indemnizatorio no cumple una función satisfactoria del interés o bien conculcado sino más bien una función consolatoria dado que no es posible determinar la equivalencia patrimonial del quantum indemnizatorio con el interés dañado; y, en ese sentido, a criterio de este juzgador la suma de S/. 280,000.00 nuevos soles constituye un monto adecuado para reparar en algún grado el sufrimiento y aflicción padecido, más aún si las secuelas de tan desagradable experiencia requieren de un permanente apoyo emocional, espiritual y psicológico [Solo el subrayado es nuestro]

Por otro lado, el voto singular de la Señora Juez Superior Céspedes Cabala es el que sigue:

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO SINGULAR DE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR CESPEDES CABALA QUE SE ADHIERE AL VOTO DEL DOCTOR VILCHEZ DÁVILA ES COMO SIGUE:-----

Concuerdo con los fundamentos expuestos por el Juez Superior Ponente respecto a la responsabilidad contractual civil – indemnización por daños y perjuicios- invocado por la demandante; discrepando únicamente del monto indemnizatorio, por ello agregare los siguientes fundamentos respecto de mi posición.

(...)

Segundo. - En tal sentido, de una argumentación en contrario, bastante literal podría inferirse que:

1. En el caso de responsabilidad por culpa leve, solo se responde por el daño previsible.

¹¹³ Artículo 31 del Código Procesal Civil. - Prevención de la competencia funcional.-

En primera instancia la prevención sólo es procedente por razón de territorio.

En segunda instancia previene el órgano jurisdiccional que conoce primero el proceso. Este conocimiento se tiene efectuado por la realización de la primera notificación.

2. En el caso de responsabilidad por dolo o culpa inexcusable, solo se responde por los daños que sean consecuencias inmediata y directa de la inejecución de la obligación.

Tercero.- En tal sentido, en el caso de autos, nos encontramos ante el segundo supuesto, de manera tal que para analizar el resarcimiento dinerario, primero tengo que advertir el elemento de la relación de causalidad, ya que en principio lo que debe primar es la “reparación integral de la víctima” y después de una interpretación sistemática para el caso de responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones, establecer el límite del “daño” [daño previsible para la responsabilidad por culpa leve, daño que sea como consecuencia inmediata y directa para la responsabilidad por dolo o culpa inexcusable].

Cuarto. - Que, para analizar la magnitud del daño causado por culpa inexcusable, es necesario tener en cuenta en esta oportunidad, tan solo uno de los elementos de la responsabilidad civil, habida cuenta que todos los Jueces Superiores intervinientes en el presente caso sub. materia, coinciden en los demás elementos copulativos de la indemnización por daños y perjuicios; alegando la suscrita que el nexo causal es concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido; siendo que en el caso de autos, esta plenamente acreditado la ocurrencia del daño, el cual se sustenta en que el Colegio Regina Pacis incumplió con su obligación de seguridad para con sus alumnas del plantel, y en especial de la hija de los demandantes Daniela Alexandra Graham Hurtado, por cuanto del séquito del proceso se aprecia que las autoridades del Colegio no implementaron los debidos mecanismos de control institucional para el ingreso de personas extrañas al plantel; no obstante que el Colegio accionado tiene la posición de avalista respecto del cuidado, salud, integridad física, moral y educativa de las menores alumnas a su cargo.

Quinto.- En atención a ello, es evidente la falta de cumplimiento con su obligación de seguridad, sobre todo si se trata de un centro de educativo en el que permanecen gran cantidad de alumnas durante la jornada de clase, por ende, la consecuencia inmediata por tal incumplimiento se ve reflejada en los traumas psicológicos que ha sido objeto la menor, recibiendo por ello tratamientos psicoterapéutico, de orientación cognitiva conductal etc., las mismas que se sustentan con los medios de pruebas que obran en autos(...)

Sexto.- En efecto, las lesiones traumáticas de una menor que ha sido víctima de tocamientos indebidos en su corta edad [11 años] de un adulto no identificado -por culpa inexcusable del Colegio Regina Pacis -, crea irremediamente una afectación al proyecto de vida, truncando su normal desarrollo psicológico de la menor de edad, por ello, esta Vocalía considera que una de las funciones de la responsabilidad civil, es la satisfactoria y su finalidad es la de volver las cosas al estado anterior de la ocurrencia del daño (en la medida de que ello sea posible). Por ello, atendiendo a la afectación y dada la naturaleza del daño causado, considero que una compensación económica a través del pago de suma de dinero, es el remedio adecuado para alcanzar una finalidad reparadora de la propia víctima, y con ello pueda disminuir de alguna manera las consecuencias aflitivas del ilícito, procurándose satisfacciones que van a sustituir el dolor injustamente causado.

(...)

Octavo.- Por ultimo, debo señalar que, el criterio equitativo desarrollado por la moderna doctrina italiana es el único capaz de traducir los términos monetarios del daño moral, señalándose en la practica de la jurisprudencia Italiana lo siguiente: a) la gravedad del delito, que es mas intensa cuando mayor es la participación del responsable en la comisión del acto ilícito [víctima de tocamiento indebidos por un adulto no identificado]; b) la intensidad del sufrimiento en el anima, para ello, ocurre tener presente la duración del dolor, la edad y sexo del lesionado [Daniela Alexandra Garham Hurtado, 11 años de edad, sexo femenino]; c) la sensibilidad de la persona ofendida teniendo en cuenta el nivel intelectual [sexto grado de primaria- pubertad]; d) las condiciones económicas de las partes deben ser superadas porque contrasta con el sentimiento humano y con el principio de igualdad [Colego Particular Regina Pacis con un estándar de un nivel económico alto], e) el vinculo de concubino o de parentesco [relación paterno filial]; y f) el estado de convivencia [convivencia educativa, formativa y social]; razones por las cuales me **ADHIERO** al monto indemnizatorio fijado en la suma de S/. 280,000.00 (...)

Este voto singular da más luces del análisis de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, pues la magistrada canaliza los hechos producidos para configurar los daños que sean consecuencias inmediata y directa de la inejecución de la obligación, esto es, los traumas psicológicos que sufrió la niña a partir del evento dañoso, atendiendo – como podemos ver del octavo considerando- a la jurisprudencia italiana (citando al civilista Juan Espinoza) para la identificación de elementos que permitan cuantificar el daño moral en el caso materia de *litis*.

El siguiente voto en discordia emitido por el Juez Superior Jaeger Requejo, expresamente fundamenta la decisión de fondo a través de los deberes de protección:

EL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR JAEGER REQUEJO AL CUAL SE ADHIERE LA SEÑORA JUEZ SUPERIOR VIDAL CCANTO, EN CUANTO AL MONTO INDEMNIZATORIO ES COMO SIGUE:-----

Y CONSIDERANDO:-----

Primero. - Que si bien es cierto concuerdo con mis colegas en cuanto a los considerandos y el sentido fijados en el proyecto presentado ante mí, disiento en cuanto al monto resarcitorio fijado en éste.-----

Segundo. - Que en efecto, tomando en cuenta que en el presente caso el régimen de responsabilidad civil es el contractual, es necesario tener en cuenta lo siguiente:-----

1) Que cuando se instaura una relación contractual, las partes exponen sus esferas jurídicas al peligro de que la actividad de una pueda generar un daño a la personas o al patrimonio de la otra, en cuyo caso interviene el principio de la buena fe para regular el comportamiento de los sujetos,

creando una serie de deberes dirigidos a la protección de los intereses que pudieran ser perjudicados por aquella actividad. Estos deberes vienen definidos, en razón del objetivo al cual tienden, como deberes de protección.-----

2) Que así, el deber de prestación se distingue de los deberes de protección, en que el primero es propio de la posición jurídica del deudor y tiende a la realización del interés a la prestación del acreedor; en cambio, los deberes de protección, son impuestos tanto al deudor como al acreedor, y están dirigidos a la satisfacción del interés de cada parte a preservar la propia persona y las cosas de eventos lesivos.-----

3) **Que en ese sentido, constituye una flagrante infracción de los deberes de protección correspondientes al colegio demandado: a) el no haber contado con la vigilancia necesaria del área cercana a los servicios higiénicos del colegio al momento de cometerse el ilícito, máxime que las personas extrañas que ingresaron y que realizaban trabajos en las cercanías de dicha zona era varones, los cuales se encontraban trabajando a una distancia de tres a cuatro metros de dicho lugar, presumiéndose así que uno de ellos fue quien abusó sexualmente de la menor hija de los accionantes; y, b) el hecho de haber destruido por su parte el cuaderno de registro de ingresos del personal ajeno al colegio; todo lo cual imposibilita descubrir a la larga al verdadero y directo responsable del daño causado a la menor víctima de abuso, y poniendo en evidencia además el poco interés en velar por la seguridad y cuidado de aquélla mientras se encontraba bajo su ámbito de protección.**-----

(...) [Solo el resaltado es nuestro]

Algo que no había sido puntualizado expresamente como un deber de protección pero sí como hecho determinante de la culpa inexcusable del Colegio es la destrucción del cuaderno de registro de ingresos del personal ajeno a esta institución, siendo en este voto en discordia, tomado dicha actitud como una infracción al deber de protección, el cual a través del estudio elaborado sobre los tipos de deberes de protección, viene a ser un supuesto que se subsume al deber de información, pues a través de dicho cuaderno de registro se pudo haber determinado al personal que abusó de la menor y por tanto coadyuvado al esclarecimiento expedito de los hechos.

Dicho esto, hubo por último un voto en discordia que propugnaba un monto aún más diminuto del que se había fijado:

LOS FUNDAMENTOS DEL VOTO EN DISCORDIA DEL SEÑOR JUEZ SUPERIOR ARIAS LAZARTE, AL CUAL SE ADHIERE EL SEÑOR JUEZ SUPERIOR ROMERO ROCA, EN LO QUE RESPECTA AL EXTREMO DEL MONTO INDEMNIZATORIO ES COMO SIGUE:-----

§ ***Sobre el quantum indemnizatorio***

2. Sobre el particular debe considerarse que los demandantes mediante carta notarial cursada al Colegio Regina Pacis, su fecha 29 de agosto del

2008, cuyo cargo obra de folios 249 a 250, cuantificaron el daño moral causado a la menor y a los demandantes, en la suma total de S/.500.000.00 nuevos soles, comprendiendo dentro de él lo presente y futuro, según se especifica en dicha carta. No obstante, 8 meses después valorizan el daño en la suma de \$500,000.00 dólares, es decir triplican su pretensión, conforme aparece el tenor de la demanda de fecha 29 de mayo 2009.

3. Lo cierto es que no existe acreditado mínimamente las razones por las que en esos 8 meses pueda justificarse el sustancial incremento del monto indemnizatorio demandado, más aun si se tiene en cuenta que el Informe Médico de fecha **24 de enero 2009**, obrante a folio 522, el Dpto. de Niños y Adolescentes del Hospital Víctor Larco Herrera señala en cuanto a la evolución del tratamiento que [...] para el mes de julio se observa discreta mejoría, la parte logra reincorporarse al colegio y asistir frecuentemente, los síntomas de ansiedad han disminuido, también los temores. En agosto 2008 deja de asistir a tratamiento [...], lo que debe tenerse presente.

Por los fundamentos glosados, **NUESTRO VOTO** es porque; **SE REVOQUE** la sentencia apelada en el extremo que fija como monto indemnizatorio la suma de \$400,000.00 (cuatrocientos mil dólares), **REFORMÁNDOLA** se fije como monto indemnizatorio la suma de S/. 80,000.00 nuevos soles;

Finalmente la sentencia de vista de la Cuarta Sala Civil con número de resolución 53 de fecha 18 de julio de 2013, resolvió confirmando la sentencia de primera instancia expedida por el Séptimo Juzgado especializado en lo civil de Lima, en el extremo que resuelve declarar fundada en parte la demanda en contra del Colegio Regina Pacis, revocando la misma en el extremo que declaró fundada la demanda en contra de la Directora del Colegio y reformándola declararon infundada la demanda en contra de ella; con costas y costos del proceso, fijando como monto resarcitorio la suma de S/. 280,000.00 soles, ordenando al Colegio cumplir con pagar dicho monto.

Si bien la parte demandada interpuso recurso de casación contra la sentencia de vista mencionada, la Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de Lima declaró improcedente el recurso devolviendo los actuados al Séptimo Juzgado especializado en lo civil de Lima, ordenando el Juez de primera instancia por resolución número veinticinco del 23 de diciembre de 2013, cumplir con la ejecutoria de la Sala Superior.

Por el desarrollo antes expuesto, el *leading case* peruano ha tenido a bien primero justificar la importancia de una relación obligatoria como relación compleja, donde el interés por la prestación principal debe confluir con el interés que deben tener ambas partes para la tutela de la integridad psicofísica de las partes y el patrimonio de ellas.

Pero esta definición, propia de la teoría de los deberes de protección, es mucho más que una dogmática nacida de Alemania que deba ser seguida por los

herederos del *civil law*, desde el estudio doctrinario hasta el funcional (léase jurisprudencial) hemos visto que su incidencia comulga con derechos tan elementales que deben hacer responsable contractualmente a una de las partes que las violenta sin encasillarse al mero cumplimiento de la prestación debida (¡!). Hay que admitir, sin embargo, el desconocimiento que se tiene cuando se vulneran los derechos que nos asisten cuando nos encontramos en la posición de cliente, pasajero, estudiante, paciente, comensal, etc., o incluso cuando vemos letrado que señalan “ no somos responsables de lo que te pase a ti o a tus bienes dentro de nuestras instalaciones”.

Por eso el derecho de las relaciones obligatorias ha querido con esta teoría cifrar en conceptos lo que – en el caso del Colegio Regina Pacis- todo padre de familia espera a la llegada de sus hijos al volver del colegio: una llegada indemne. Para el caso médico: la integridad de la salud del paciente; y para los casos de servicios de transportes, de consumo, etc.: la seguridad de los consumidores y el cuidado de sus bienes.

Con todo lo ya analizado y estudiado, la aplicación contractual no es ni la mejor ni la peor, es la correcta en términos de naturaleza jurídica, si se le quiere llamar así, o mejor dicho la justificación de la referida teoría encuentra un asidero natural en el campo de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, siendo el objetivo que esperemos hayamos podido lograr, demostrar que lo afirmado es así, por los elementos de i) la buena fe, ii) la operación económica, iii) la no definición legislativa de la “obligación”, iv) la zona del riesgo en la relación contractual y v) el principio constitucional de la solidaridad contractual.

CONCLUSIONES

1. La regla del *alterum non laedere* no es patrimonio exclusivo de la responsabilidad extracontractual, al contrario, en el presente trabajo de investigación se ha demostrado que dicha expresión encuentra un grado de relevancia específico dentro de una relación obligatoria, esto es, en la vinculación directa, compleja y orgánica de las esferas jurídicas de las partes, del cual deriva no solo el interés a la realización de la prestación debida, sino además un interés por tutelar la esfera tanto psicofísica como patrimonial de las partes, ello en virtud de la teoría de los deberes de protección.
2. La institución universal de la buena fe objetiva es el asidero primario para subsumir dentro de una relación obligatoria, un modelo de comportamiento basado en un conjunto de conductas que deben seguir las partes. En este haz de conductas, una de ellas debe ser la tutela de la integridad de las partes y de sus bienes, rol que comprende a la teoría de los deberes de protección.
3. Los tipos de deberes de protección fundamentalmente son los deberes aviso-información, y los deberes de cuidado y asistencia. Cuando estos deberes se encuentren regulados dentro de un cuerpo legal o una ley especial se llamarán deberes de protección típicos, en cambio, cuando no tengan un reconocimiento legal pero fluya implícitamente o sea pactada en una relación obligatoria serán deberes de protección atípicos.
4. La aplicación de los deberes de protección se debe dar por medio del régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones, en atención más que a su idoneidad u origen histórico, a la coherencia estructural del sistema de responsabilidad civil, pues la integración de la teoría de los deberes de protección encuentra armonía con el interés

relativo que posee el régimen contractual, ya que los efectos recaen únicamente en la esfera negocial concebida por las partes.

5. En el Perú, los estudios respecto a la teoría de los deberes de protección son relativamente recientes y por tanto escasos, a pesar de ello, la jurisprudencia a nivel de Indecopi y los órganos jurisdiccionales han venido aplicándola en función de la exigencia de deberes de cuidado, asistencia e información en las relaciones contractuales que involucran distintos ámbitos de la vida cotidiana.
6. En la presente tesis, se concluye que la justificación aplicativa de los deberes de protección en el Perú a través del régimen por incumplimiento de obligaciones, se da a partir de los siguientes elementos basilares: i) la buena fe objetiva, ii) la operación económica, iii) la no definición legislativa de la “obligación”, iv) la zona del riesgo en la relación contractual y v) el principio constitucional de la solidaridad contractual.

RECOMENDACIONES

1. No es necesario plantear una reforma legislativa a fin de importar adecuadamente la teoría de los deberes de protección, debido a que los elementos o herramientas basilares que han sido materia de estudio, forman parte de nuestro propio ordenamiento jurídico, con lo que solo corresponde realizar la interpretación adecuada de nuestras normas jurídicas.
2. La discusión banal sobre el alcance extra tuitivo de los deberes de protección puede encontrar una solución previa si las partes pactan vía contrato, que el mecanismo de tutela ante la vulneración de la integridad física-psicológica y del patrimonio de las partes, sea el del régimen de responsabilidad por incumplimiento de obligaciones.
3. Mientras la teoría de los deberes de protección aún tenga un desarrollo incipiente a nivel jurisprudencial, es recomendable – en caso no se haya previamente pactado contractualmente- acudir al órgano jurisdiccional presentando una demanda de indemnización por daños y perjuicios planteando como pretensión principal que se cumpla con resarcir por responsabilidad por incumplimiento de obligaciones y como pretensión subordinada, en tanto sea contradictoria con la pretensión principal, que se cumpla con resarcir por responsabilidad extracontractual.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Referencias bibliográficas

- Alpa, Guido (2006). *Nuevo Tratado de la Responsabilidad Civil* (Edición, traducción y notas de Leysser León). Lima: Jurista Editores.
- Alsina, D. (1935). *Efectos Jurídicos de la Buena Fe*. Buenos Aires: Talleres Gráficos Argentinos L.J. Rosse.
- Alterini, A. A. y otros (2000). *Contratación contemporánea. Teoría general y principios*. Bogotá: Temis.
- Aristóteles (1982). *Sobre las refutaciones sofísticas. "Organón I"*. Madrid: Editorial Gredos.
- Barchi, L., Soto, C., Bullard, A., Pantaleón, F., Hinestrosa, F., Larroument, C., y otros. (2016). *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Lima: Editorial Jurídica Jurivec.
- Bigliuzzi, L.; Breccia, U.; Busnelli, F. y Natoli, U. (1992). *Normas, sujetos y relación jurídica, Derecho Civil* (Vol.1), traducción de Fernando Hinestrosa. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Cabanillas, A. (2000). *Los deberes de protección del deudor en el Derecho Civil, en el Mercantil y en el Laboral*. Madrid: Editorial Aranzadi.
- Carbonell, M. (Ed.). (2009). *Neoconstitucionalismo(s)* (4ª edición). Madrid: Editorial Trotta.
- Cristobal, A. (1990). *La estructura y los sujetos de la obligación*. Madrid: Editorial Civitas S.A.

- De la Puente y Lavalle, M., Rubio, M., Vidal, F., Cornejo, H., Avendaño, J., Osterling, F., y otros. (1990). *Para leer el Código Civil*. (Vol. I). Lima: Fondo editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- De la Puente y Lavalle, M. (2017). *El contrato en General. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil* (Tomo I). Lima: Palestra Editores.
- De Trazgenies, F. (2005). *La Responsabilidad Extracontractual* (sétima edición) Tomo II. Lima: Fondo Editorial Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Diez-Picazo, L. (2008). *Fundamentos del Derecho civil patrimonial* (Tomo II). Madrid: Thomson-Civitas.
- Escudero, J. (1989). *Curso de historia del derecho*. Madrid: Gráficas Solana.
- Espinoza, J. (2016). *Derecho de la responsabilidad Civil* (octava edición). Lima: Instituto Pacífico.
- Falzea, A. (1997). *Ricerche di teoria generale del diritto e di dogmatica giuridica*. Volumen II: Dogmatica giuridica. Milán: Giuffrè Editore.
- Ferri, L. (2001). *La autonomía privada* (Traducción y notas de derecho español de Luis Sancho Mendizábal). Granada: Editorial Comares.
- Gabrielli, E. (2000). *El tipo contractual* (Traducción de Walter Vásquez Rebaza). Lima: Materiales de lectura del curso de Contratos PUCP- 2010.
- Gabrielli, E. (2009). *Doctrina General del Contrato*. Volumen 1: El contrato y la operación económica (Traducción de Carlos de Cores). Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- García, J. (2012). *Entre Derechos y Deberes: El deber de solidaridad en el Estado constitucional*. Medellín: Sello editorial Universidad de Medellín.
- Jordano, F. (1987). *La responsabilidad contractual*. Madrid: Civitas.
- Larenz, K. (1958). *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- La Torre, A. (2008). *Cinquant'anni col Diritto (Saggi)* (Vol. I). Milán: Giuffrè Editore.
- Leandro, M. (2009). *Relación Jurídica Obligatoria Compleja*. Lima: Análisis en temas de Derecho Corte Superior de Justicia de Lima Norte, Módulo Civil.
- León L. (2007). *Derecho de las Relaciones Obligatorias (Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios)*. Lima: Jurista Editores.

- León, L. (2016). *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*. Material autoinstructivo elaborado por Leysser León Hilario. Lima: Academia de la Magistratura.
- León, L. (2017). *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*(tercera edición). Lima: Instituto Pacífico.
- Martins-Costa, J. (2005). *La buena fe objetiva y el cumplimiento de las obligaciones*, Tratado de la buena fe en el Derecho, Tomo II. Argentina: Editorial La Ley.
- Martins-Costa, J. (2018). *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação* (2ª edição). São Paulo: Saraiva.
- Medicus, D. (1995). Tratado de las relaciones obligacionales (vol. I). Barcelona: Bosch.
- Monateri, G. (1998). *La Responsabilità Civile*. Turín: UTET.
- Morineau, M. *Diccionario de Derecho Romano* (segunda edición). México D.F.: Oxford University Press.
- Rascón, C. (2011). *Síntesis De Historia e Instituciones De Derecho Romano* (4ta. Edición). Madrid: Editorial Tecnos.
- Roppo, V. (2009). El contrato (Traducción de Nélvor Carreteros Torres y Eugenia Ariano Deho). Lima : Gaceta jurídica.
- Revoredo, D. (compiladora). (2015). *Código Civil: Exposición de Motivos y Comentarios*. Tomo VI. Lima: Thomson Reuters.
- Sanfilippo, C. (2002). *“Istituzioni di Diritto Romano”* (Decima edizione). Calabria: Rubbettino Editore.
- Savigny, F. (1912). *Le obbligazioni* (Vol. I), traducción de Giovanni Pacchioni. Turín: Editrice Torinese.
- Staub, H. (2001). *Le violazioni positive del contratto*. Napoli: Edizioni Scientifiche Italiane.
- Taboada, Lizardo. (2013). *Elementos de la Responsabilidad Civil* (3ª edición). Lima: Grijley.
- Torres, A. (2014). *Teoría General de las Obligaciones* (Vol. 1). Lima: Actualidad Civil.

Tesis

Bertuccelli, M. (2014). *Il contatto sociale e la responsabilità medica*. Tesis para optar el grado de Magister. Università di Pisa.

Howard, P. (2010). *Los deberes de protección a favor del deudor-consumidor: ¿Exceso de protección del Estado o la obligación como medio efectivo de cooperación intersubjetiva?*. Tesis para optar el grado de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Morales, R. (2010). *Las patologías y los remedios del contrato*. Tesis para optar el grado de Doctor en Derecho. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Ojeda, L. (2011). *La Culpa In Contrahendo y la Responsabilidad Precontractual en el Código Civil*. Tesis para optar el grado de Magister. Pontificia Universidad Católica del Perú.

Referencias hemerográficas

Álvarez, E. (2014). El modelo económico de la Constitución Peruana. *Ius Et Veritas*, (48), 256-269.

Benatti, F. (1960). Osservazioni in tema di doveri di protezione. *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, XIV, 1342-1357.

Buendía de los Santos, E. (2014). La actividad sanitaria en la jurisprudencia peruana y el derecho comparado: Necesidades de algunas precisiones. *Revista de Derecho Foro Jurídico*, (13), 175- 186.

Canaris, C. (1983). Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione. II. *Rivista critica del diritto privato*, (4), 793-830.

Carrasco, C. (2003). La exceptio non numeratae pecuniae en los tratados de Pandectas del siglo XIX: una aproximación al método de la pandectística y sus resultados. *Anuario de Historia del Derecho Español*, (73), 425-456.

Castronovo, C. (1976). Obblighi di protezione e tutela del terzo. *Jus- Rivista de scienze giuridiche*, (23), 123-179.

Castronovo, C. (2012). La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual (traducción de César Moreno More). *Revista de Derecho Privado*, (23), 35-52.

Corsaro, L. (2002). Neminem laedere y derecho a la integridad. *Proceso y Justicia*, (3) , 146-166.

Diez-Picazo, L. (1964). El contenido de la relación obligatoria. *Anuario de derecho civil*, MCMLXIV (2), 349-366.

- Eyzaguirre, C. y Rodríguez, J. (2013). Expansión y límites de la buena fe objetiva – a propósito del proyecto de principios latinoamericanos de derecho de los contratos. *Revista Chilena de Derecho Privado*, (21), 137-216.
- Faggella, G. (1906). Dei periodi precontrattuali e della loro vera ed esatta costruzione scientifica. *Studi Giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, 3, 271-342.
- Fernandez, G. (1994). La obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto. *Themis*, (27), 41-56.
- Fernandez, G. (2001) Las transformaciones funcionales de la responsabilidad civil: la óptica sistémica Análisis de las funciones de incentivo o desincentivo y preventiva de la responsabilidad civil en los sistemas del civil law. *Ius Et Veritas*, (29), 11-33.
- Franzoni, M. (2013). El contacto social no solo es relevante para el médico, (traducción de César Moreno More). *Ius Et Veritas*, (46), 36-50.
- Gastón, F y León, L. (2005). La reedificación conceptual de la responsabilidad extracontractual objetiva. *Revista Derecho PUCP*, (58), 9-75.
- Gazzoni, F. (1998). Situaciones jurídicas subjetivas (traducción de José Luis Gabriel Rivera). Material de lecturas del curso de Obligaciones –UNMSM, 55-78.
- Haro, J. (2002). ¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo?: Sobre la Responsabilidad Precontractual y la Buena Fe. *Advocatus - Revista de Derecho*, (7), 122-146.
- Kessler F. y Fine E. (1964). Culpa in contrahendo, bargaining in good faith, and freedom of contract: a comparative study. *Harvard Law Review*, 77(3), 401-449.
- Landa, C. (2014). La Constitucionalización del Derecho Civil: El derecho fundamental a la libertad contractual, sus alcances y límites. *Themis*, (66), 309-327.
- León, L. (2003). La importancia del derecho comparado en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung). *Ius Et Veritas*, (26), 12-47.
- León, L. (2004). La buena fe en la negociación de los contratos: apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del código civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual. *Themis*, (49), 127-152.
- Linton, A. (1912). Quasi-contractual obligation. *The Yale Law Journal*, XXI(7), 533-554.

- Mazeaud, H. (1929). Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle. *Revue trimestrielle de droit civil*, (28), 551-669.
- Mengoni, L. (1954). Obbligazione di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico). *Rivista di Diritto Commerciale*, I, 185-312.
- Morales, R. (2013). Los contratos con deberes de protección : a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil. *Revista Derecho PUCP*,(71), 53-75.
- Moreno, C. (2016). Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrahendo y el contacto social. *Gaceta Civil & Procesal Civil*, (36), 193-214.
- Neme, M. (2009). Buena fe subjetiva y buena fe objetiva. Equívocos a los que conduce la falta de claridad en la distinción de tales conceptos. *Revista de Derecho Privado*, (17), 45-76.
- Nicolò, R. (2005). Las situaciones jurídicas subjetivas (Traducción de Carlos Zamudio Espinal). *Advocatus*, (12), 103-116.
- Rodriguez, J. (2011) Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana. *Revista de derecho Privado*, (20), 301-346.
- Rückert, J. (1989). The Unrecognized Legacy: Savigny's Influence on German Jurisprudence after 1900. *The American Journal of Comparative Law*, 37(1), 121-137.
- Saavedra, R. (2005). La responsabilidad precontractual en debate, panorama de la doctrina jurídica nacional. *Ius Et Veritas*, (31), 144-166.
- Saavedra, R. (2009). De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica : una aproximación a la propuesta teórica de Gabrielle Faggela. *Ius Et Veritas*, (38), 36-65.
- Schlesinger, P. (2002). La autonomía privada y sus límites. *Proceso & Justicia*, (3), 103-110.
- Schmidt, J. (2013). Sentencias famosas: Alemania. Sobre el caso de los “rollos de linóleo”. *Revista de Derecho Privado* (24), 329-334.
- Viney, G. (1994). Pour une interprétation modérée et raisonnée du refus d'option entre responsabilité contractuelle et responsabilité délictuelle (article 1458, deuxième alinéa du Code civil du Québec). *McGill law journal*, XXXIX, 814-827.
- Wacke, A. (2013). Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 699-710.

Zatti, P. (2005). Las Situaciones Jurídicas (Traducción de Vladimir Contreras Granda y Gilberto Mendoza del Maestro). *Revista Jurídica del Perú*, (64), 357-389.

Referencias electrónicas

Avant-Projet de Reforme du droit des obligations et du droit de la prescription. (2005). Recuperado de http://www.justice.gouv.fr/art_pix/RAPPORTCATALASEPTEMBRE2005.pdf

Bernad, R. (2016). *La pandectística alemana: Columna vertebral imperecedera del iusprivatismo moderno*. Caracas: Revista internacional de Derecho Romano. Recuperado de http://www.ridrom.uclm.es/documentos17/bernad17_imp.pdf

Brasil Jr. S. y Cunha, G. (2018). *Violação positiva do contrato, obrigação como processo e o paradigma do inadimplemento*. Río de Janeiro: Civilista.com. Recuperado de <http://civilistica.com/violacao-positiva-do-contrato-obrigacao/>

Bucher, E. (2006). *La diversidad de significados de Schuldverhältnis (relación obligatoria) en el Código Civil alemán y las tradicionales fuentes extralegales de las obligaciones*. Barcelona: Indret. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/383_es.pdf

Code Civil français. (2019). Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichCode.do?cidTexte=LEGITEXT000006070721>

Codice Civile italiano. (2019). Recuperado de <https://www.altalex.com/documents/news/2015/01/08/delle-obbligazioni-in-generale>

Código Civil de Etiopia. (1960). Recuperado de <https://wipolex.wipo.int/es/legislation/details/16003>

Common Frame of Reference. (2009). Recuperado de https://www.law.kuleuven.be/personal/mstorme/2009_02_DCFR_OutlineEdition.pdf

Cour de Cassation, Chambre civile (1911). *Compagnie Générale Transatlantique y Zbidi, Hamida Ben Mahmoud*. Recuperado de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichJuriJudi.do?idTexte=JURITEXT000006953018>

- Diamvutu, L. (2010). *A tutela da confiança nas negociações pré-contratuais*. Luanda: Universidade Agostinho Neto. Recuperado de <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Diamvutu-Lino-A-TUTELA-DA-CONFIANCA-NAS-NEGOCIACOES-PRE-CONTRATUAIS.pdf>
- Gabrielli, E. (2014). Riesgo y tipo contractual. Lima: Ius 360. Recuperado de <http://ius360.com/columnas/enrico-gabrielli/riesgo-y-tipo-contractual/>
- Garofalo, A. (2018). *Il problema del contatto sociale*. Napoli: Teoria e storia del Diritto Privato. Rivista Internazionale Online. Recuperado de http://www.teoriaestoriadeldirittoprivato.com/media/rivista/2018/contributi/2018_Contributi_Garofalo2.pdf
- German Civil Code. (2009). Recuperado de <http://www.fd.ulisboa.pt/wp-content/uploads/2014/12/Codigo-Civil-Alemao-BGB-German-Civil-Code-BGB-english-version.pdf>
- Lamarca, A. (2002). *Entro en vigor la ley de modernización del derecho alemán de obligaciones*. Barcelona: Indret. Recuperado de http://www.indret.com/pdf/078_es.pdf
- Ministerio de la Producción. (2016). Franquicias peruanas crecen con mayor velocidad que las extranjeras. Recuperado de <https://www.produce.gob.pe/index.php/k2/noticias/item/73-franquicias-peruanas-crecen-con-mayor-velocidad-que-las-extranjeras>
- Saavedra, R. (2013). *¿Si te toco, te pago? Lo dices ¿En serio? Contextualización la teoría del contacto social*. Lima: IUS 360. Recuperado de <http://ius360.com/columnas/renzo-e-saavedra/si-te-toco-te-pago-lo-dices-en-serio-contextualizacion-la-teoria-del-contacto-social/>
- Savigny, F. (2015). *De la vocación de nuestro época para la legislación y la ciencia del derecho*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21520/vocacion_savigny_hd38_2015.pdf
- Thibaut, A. (2015). *Sobre la necesidad de un derecho civil general para Alemania*. Madrid: Universidad Carlos III de Madrid. Recuperado de https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/21166/sobre_thibaut_hd35_2015.pdf
- Tribunal Constitucional del Perú. (2006). Sentencia del Expediente N° 1963-2006-PA/TC. Recuperado de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/01963-2006-AA.pdf>

Legislación nacional, internacional y constituciones

Alemania. Código Civil de 1900 (*Bürgerliches Gesetzbuch*), en vigor desde el 1 de enero de 1900.

Comisión Europea. Proyecto del Marco Común de Referencia (*Draft Common Frame of Reference*). Publicado el 2009.

Etiopía. Código Civil de 1960, en vigor desde el 10 de setiembre de 1960

Francia. Anteproyecto de Reforma del Derecho de las Obligaciones y del Derecho de la Prescripción (*Avant-projet de réforme du droit des obligations et du droit de la prescription*), publicado el 22 de setiembre de 2005.

Francia. Código Civil de 1804 (*Code Civil*), en vigor desde el 24 de marzo de 1804.

Italia. Código Civil de 1942 (*Codice Civile*), en vigor desde el 18 de abril de 1942.

Perú. Código Civil de 1984, Decreto legislativo N° 295. Promulgada el 24 de julio de 1984

Perú. Constitución Política del Perú de 1993. Promulgada el 29 de diciembre de 1993.

Perú. Decreto Supremo N° 039-2000/ITINCI, Texto Único Ordenado de la Ley de Protección al Consumidor. Publicado el 11 de noviembre de 2000, derogada el 5 de octubre de 2010.

Perú. Ley N° 26842- Ley General de Salud. Promulgada el 9 de julio de 1997.

Perú. Ley N° 27181- Ley General de Transportes. Promulgada el 5 de octubre de 1999.

Perú. Ley N° 27596 - Ley que regula el régimen jurídico de los canes. Promulgada el 22 de noviembre de 2001.

Perú. Ley N° 29571, Código de Protección y Defensa del Consumidor,. Promulgada el 14 de Agosto del 2010.

Perú. Texto Único Ordenado del Código Procesal Civil, Resolución Ministerial N° 010-93-JUS. Promulgado el 8 de enero de 1993.

Jurisprudencia

Corte de Casación Francesa. *Compagnie Générale Transatlantique* y Zbidi, Hamida Ben Mahmoud. Fallo del 21 de noviembre de 1911.

Corte Superior de Justicia de Lima. Tercera Sala Civil Permanente. Exp. N° 1615-2000. Fallo del 24 de mayo de 2010.

Corte Superior de Justicia de Lima. Cuarta Sala Civil Permanente. Exp. N° 19840-2009. Fallo del 23 de julio de 2013.

Décimo Sexto Juzgado Especializado en lo Civil de Lima. Exp. N° 15990-2006. Fallo del 27 de abril de 2009.

Corte Suprema de Justicia del Perú. Sala Civil Transitoria. Casación N° 3449-2014-Ica. Publicada el 30 de marzo de 2016.

Indecopi. Comisión de Protección al Consumidor. Resolución N° 240-2002/CPC. Publicada el 25 de febrero de 2002.

Indecopi. Comisión de Protección al Consumidor. Resolución Final N° 2016-2007/CPC. Publicada el 24 de octubre de 2007.

Indecopi. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 2563-2010/SC2. Publicada el 11 de noviembre de 2010.

Indecopi. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 0026-2008/SC2. Publicada el 25 de setiembre de 2008.

Indecopi. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 1933-2009/SC2. Publicada el 29 de octubre de 2009.

Indecopi. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad Intelectual. Resolución N° 2849-2011/SC2. Publicada el 24 de octubre de 2011.

Indecopi. Tribunal de Defensa de la Competencia y de la Propiedad intelectual. Resolución N° 0078-2012/SC2. Publicada el 11 de enero de 2012.

Tribunal del Imperio Alemán. i.S.I & Co. vs w.W. Fallo del 7 de diciembre de 1911.

Tribunal Constitucional del Perú. Exp. N° 1963-2006-PA/TC. Sentencia del 5 de diciembre de 2006.