

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

FACULTAD DE DERECHO



**EL PROBLEMA DE LOS «DEBERES DE PROTECCIÓN» EN SU EVOLUCIÓN
HISTÓRICO DOGMÁTICA**

Tesis para optar el Título de Abogado que presenta el

Bachiller:

WILLIAMS TOSCAINO NOLASCO

Asesor:

Hugo Forno Flórez

LIMA

2020

RESUMEN

Los «deberes de protección» (*Schutzpflichten*), en tanto creación de la dogmática alemana, representan una de las categorías más controvertidas que ha ocupado la atención de la doctrina del Derecho Continental durante el siglo XX, perdurando incluso hasta nuestros días. La problemática en torno a ella es sencilla de aprehender pero compleja de tratar; básicamente se trata de discriminar si su violación comporta una responsabilidad civil de naturaleza contractual o extracontractual. Planteado así el asunto, el principal objetivo de este trabajo radica en absolver dicha interrogante pero partiendo de una cuestión previa, a saber, si la categoría en cuestión, en tanto representa una solución esbozada para un sistema foráneo como el alemán, encuentra en el escenario nacional un ambiente propicio para su “recepción mecánica” (a nivel dogmático) o si por el contrario, la especificidad del modelo peruano exige del intérprete una construcción de similar envergadura (pero de distinta configuración) que, aun cuando desde un ángulo técnico-jurídico suponga una disociación conceptual de la figura de los *Schutzpflichten*, presente, en el fondo (a nivel teleológico), una figura destinada a cautelar los bienes personales y patrimoniales de las partes en la relación de obligación, y que para este efecto adopta la calidad de “deber”. En la medida que esta última clase de deberes logran en nuestro discurso emancipación jurídica de aquellos deberes “creados” por Heinrich Stoll allá en 1932, la problemática que en Alemania se ha mantenido en boga por más de ochenta años (a pesar de la reciente modernización del BGB), encuentra por fin cabida y, sobre todo, legitimidad en un *medio* como el peruano caracterizado por estudiar la figura en clave comparada pero sin atender con suficiencia la propia realidad del sistema jurídico nacional. A partir de ahí, exponer la naturaleza de tales deberes, distintos de los *Schutzpflichten*, y fundamentar su adscripción al dominio contractual, supone la máxima a cuyo propósito el presente trabajo se termina conduciendo.

INDICE GENERAL

VOLUMEN I

CAPÍTULO I

Excurso histórico y metodológico de los «*Schutzpflichten*» en el Sistema de Derecho Civil alemán

Premisa

El Derecho Civil y la técnica de estudio: entre el modelo francés y alemán.

Sumario: §. Coordenadas de exposición. – §.1. La influencia del método francés y alemán en el *Civil Law* a partir del caso italiano. – §.2. El BGB como momento de conclusión y renovación de la ciencia del derecho alemán.

Parte I

La («*nueva*») relación de obligación alemana: evolución de un «*sistema móvil*»

Sumario: §. Premisa y coordinadas de exposición: de la *obligation* a la *Schuldverhältnis* y la evolución de la doctrina alemana en torno al estudio de la “obligación”. – **I.** La conformación progresiva del contenido de la *Schuldverhältnis*. – **1.1.** La «*positive Vertragsverletzungen*»: origen. El rígido -y aparentemente endémico- régimen de las “perturbaciones” del programa obligatorio en Alemania como condición sistémica y base para la «*positive Vertragsverletzungen*». – **II.** La «*positive Vertragsverletzungen*»: excurso histórico. – **2.1.** La fórmula de Staub: el “principio jurídico”, fundamento y recepción crítica. – **2.2.** Las consecuencias jurídicas de la «*positive Vertragsverletzungen*». – **2.3.** La categoría del “deber” como parte integrante del contenido de la relación de obligación. – **2.4.** La heterogénea composición del contenido de la *Schuldverhältnis*: los derechos llamados “potestativos”. – **2.4.1.** (*sigue*)... antecedentes. – **2.4.2.** Los *Gestaltungsrechte* como “categoría”: clasificación y colocación «sistémica». – **2.4.3.** “Exceptio” (*Einrede*). – **2.4.3.1.** La controvertida naturaleza “autónoma” de la excepción material: a) ¿excepción perentoria? – **2.4.3.2.** (*sigue*)...: b) excepción dilatoria. – **III.** La *Schuldverhältnis* como dinámica del contenido. – **3.1.** El desenvolvimiento de las posiciones jurídicas en el seno de la relación de obligación. – **3.2.** *Síntesis*: la *Schuldverhältnis* como «*sistema móvil*» y su significado histórico y material dentro del derecho alemán.

Parte II

La génesis de los «deberes de protección»

Sumario: §. Premisa y coordinadas de exposición: el sistema alemán de tipicidad del ilícito en el contexto de la obra de Heinrich Stoll. – **IV.** La renovación del debate sobre la teoría de Staub: la crítica de Stoll y el nacimiento de los denominados «deberes de protección». – **4.1.** La obra de Staub en el pensamiento de Stoll – **4.1.1.** La existencia de una laguna como presupuesto para la teoría de Staub: la crítica de Jury Himmelschein y la consolidación de una doctrina del rechazo a la *pVV*. – **4.1.2.** La crítica de la crítica: a) concepto amplio de prestación, b) noción de imposibilidad en el discurso histórico, c) la condición *sui generis* de la casuística ofrecida por Staub, d) la función del § 276 BGB. – **4.1.3.** *Síntesis*: Stoll y el método deductivo. – **4.2.** Stoll y la “re-construcción” sistemática del contenido de la relación de obligación a partir de la “re-comprensión” de la lesión del derecho de crédito desde la óptica de la *Interessenjurisprudenz*. – **4.2.1.** La relación de obligación en la óptica de Hugo Kress como antecedente dogmático. – **4.2.2.** La *Schuldverhältnis* como *besondere Rechtsbeziehung* en el pensamiento de Stoll: *Leistungsinteresse* – *Schutzinteresse* y valor normativo del § 242 BGB. – **4.2.2.1.**

(*sigue*)... *Leistungsstörungen*. – 4.2.2.2. (*sigue*)... interés de protección y función de los *Schutzpflichten*. – 4.2.2.3. El recesso y el resarcimiento como tutela para los intereses lesionados: la solución de la acumulación y la concepción “extensiva” del *Organismus* obligatorio. – 4.2.2.4. (*sigue*)... carga de la prueba. – 4.2.3. Corolario. – V. Valoración de la obra de Stoll y la teoría de los «deberes de protección». – 5.1. El contexto histórico como base material para la formación de la teoría de los *Schutzpflichten*. – 5.2. La crítica a la teoría de Staub como elemento fundante y el problema de las *Leistungsstörungen* como factor coadyuvante. – 5.3. Las vinculaciones intersubjetivas en el pensamiento de Stoll y las primeras pistas en torno a la existencia de dos “planos”. – 5.4. La especialidad de la “categoría” en perspectiva.

Parte III

“Dogma” y “superación” en la teoría del contrato y la *Schuldverhältnis*: la “extensión” de los «deberes de protección» en Alemania y el contraste con la fórmula y regla en la teoría francesa

VI. Premisa: nuevos desvaríos en torno a la idea de relación de obligación como «*sistema móvib*» en la dogmática alemana. – 6.1. La realidad social, política y jurídica alemana posterior a Stoll y el tránsito a la desacralización de los conceptos en materia de obligaciones y contratos – 6.1.1. Las relaciones contractuales de hecho de Günter Haupt. – 6.1.1.1. El fundamento. – 6.1.1.2. La casuística. – 6.1.1.3. Significado y función de las relaciones contractuales de hecho en el sistema de derecho civil alemán: valoración crítica. – 6.1.2. El nacimiento y desarrollo “consecuente” de una categoría controvertida: *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. – 6.1.2.1. (*sigue*)... el tercero y el contrato: el “aparente” problema del principio de relatividad. El contraste entre la experiencia alemana y francesa. – 6.1.2.2. (*sigue*)... el lugar del *Vertrag zugunsten Dritter* como antecedente histórico en materia de *VSD*. – 6.1.2.3. El rol de la teoría de Stoll en la evolución del *VSD*. – 6.1.2.4. El *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* en la idea de su principal artífice y su posterior desarrollo. – 6.1.2.5. El tercero legitimado en el *VSD*. – 6.1.2.6. La superación de la *Wohl und Weheformel* en la jurisprudencia alemana. – 6.1.2.7. (*sigue*)... del presupuesto de la “concordancia” a la admisión de los intereses “discordantes”: la recomposición de la figura. – 6.1.2.8. Valor y significado de la extensión del deber contractual de “protección” en el derecho alemán. – VII. La solución francesa de la *Obligation de sécurité*: breve *excursus*. – 7.1. Los antecedentes a la *Obligation de sécurité* – 7.1.1. (*sigue*)... primeras irrupciones: sector laboral y transporte. La tesis contractual – 7.1.2. La doctrina y la responsabilidad por riesgo. – 7.2. La ambivalente evolución de la jurisprudencia francesa en materia de *Obligation de sécurité*. – 7.2.1. El *revirement* de 1911, el nacimiento de la obligación de seguridad y su confirmación. – 7.2.2. La obligación de seguridad entre *medios* y *resultados*. – 7.3. La propagación de la *Obligation de sécurité* bajo la impronta del modelo francés. – 7.4. La extensión de la *Obligation de sécurité*: de la actividad de transporte a los terceros involucrados. El surgimiento de la *Stipulation pour autrui tacite*. – VIII. *Schutzpflichten* – *Obligation de sécurité*: modelos en contraste. Análisis crítico. – 8.1. a) criterios de nacimiento del binomio *schutz/ sécurité*. – 8.2. b) criterios de desenvolvimiento del binomio *schutz/ sécurité*. – 8.3. c) criterios de sistema en el binomio *schutz/ sécurité*.

CAPÍTULO II

La experiencia histórica peruana en materia de tutela de la persona y el patrimonio anterior al Código Civil de 1984: entre el contrato y el ilícito

Parte I

La técnica jurídica y política del derecho en el *medio* peruano: obligaciones y contratos entre 1821 y 1852

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición. – I. *Primera etapa*: contexto histórico. – 1.1. a) El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre: obligaciones y contratos – 1.1.1. La tutela de los bienes patrimoniales y personales en la obra y Proyecto de Vidaurre. – 1.2. b) El Código

Civil de la Confederación peruana-boliviana. – **1.2.1.** (*sigue*)... obligaciones y contratos en el lenguaje jurídico del *Código Civil Santa-Cruz*. – **1.2.2.** (*sigue*)... el peculiar régimen de responsabilidad contractual. – **1.2.3.** (*sigue*)... la responsabilidad extracontractual. – **1.2.4.** (*sigue*)... la tutela de los bienes patrimoniales y personales en el *Código Civil Santa-Cruz*. – **1.3.** c) El Proyecto de Código Civil del Perú de 1847. – **1.3.1.** Obligaciones. – **1.3.2.** Contrato. – **1.3.3.** Responsabilidad civil: a) contractual y b) extracontractual. – **1.3.4.** (*sigue*)... la tutela de los bienes patrimoniales y personales en el Proyecto de 1847. – **II.** El tortuoso tránsito de la República al Código Civil de 1852. La compleja ausencia “formal” de disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, y la consecuente carencia de categorías ordenantes: el caso del «deber de protección».

Parte II

La técnica jurídica y política del derecho en la *legislación* peruana: obligaciones y contratos entre 1853 y 1936

Sumario: III. Segunda etapa: contexto histórico. – **3.1.** El Libro Tercero del Código Civil de 1852: fuentes. – **3.1.1.** Obligaciones: concepto. – **3.1.2.** (*sigue*)... contenido. – **3.1.3.** (*sigue*)... inejecución. – **3.2.** Contratos: noción y clasificación. – **3.2.1.** (*sigue*)... la influencia francesa. – **3.3.** Cuasi-delitos. – **3.4.** La protección de la esfera jurídica ajena en las relaciones de orden contractual: replanteamiento de la cuestión. – **3.4.1.** (*sigue*)... en el Código Civil de 1852. – **3.4.2.** La situación socioeconómica peruana y el estado de desarrollo de la industria como fuente productora y potencial de daños – **3.4.2.1.** Los ferrocarriles y su legislación especial. – **3.4.2.2.** El contrato de trabajo: problema y sistema en materia de “infortunios” en ocasión del trabajo. Tutela del trabajador y la regulación del Código Civil de 1852. – **3.4.2.3.** (*sigue*)... el problema de la responsabilidad *quasi ex delicto*. – **3.4.2.4.** (*sigue*)... el problema de la responsabilidad contractual. La “obligación tácita de seguridad del empleador”. – **3.4.2.5.** La doctrina del “riesgo profesional” y la promulgación de la Ley N° 1378 del 20 de enero de 1911. – **3.4.2.6.** El decreto de 4 de julio de 1913. – **3.4.2.7.** La inmutabilidad de una constante: el caso del Proyecto de Código Civil de 1890. – **IV. Síntesis:** la tutela contractual de la persona y el patrimonio en Perú durante la vigencia del Código Civil de 1852 y su confrontación con el Derecho Continental. Los rasgos característicos de la experiencia peruana y su contraposición a aquella alemana.

Parte III

La técnica jurídica y política del derecho en el Código Civil de 1936: el tránsito al Código Civil de 1984

Sumario: V. Tercera etapa: contexto histórico. La metodología en la formación del Código Civil de 1936 y el estatus de la dogmática nacional. – **5.1.** El Libro V: las obligaciones. Fuentes – **5.1.1.** El *medio* y la necesidad de una “definición” de obligación. – **5.1.1.1.** (*sigue*)... la “obligación” como relación de prestación. – **5.1.2.** El sistema de responsabilidad contractual y su oposición al modelo alemán. – **5.1.3.** El contrato en el Código Civil de 1936: noción. – **5.1.3.1.** (*sigue*)... su configuración legal y las diferencias con el Código Civil de 1852. El rol de la buena fe en la concepción del contrato. – **5.1.4.** El sistema de responsabilidad extracontractual y su contraste con el modelo francés y alemán. – **5.2.** El Código Civil de 1936 y la tutela contractual de la esfera jurídica ajena. – **5.2.1.** La fórmula legal en los tipos contractuales y la presencia de un interés que no se reduce al de prestación. – **5.2.2.** El caso del art. 1572 del Código Civil de 1936. – **5.2.3.** El problema peruano visto desde una óptica conceptual. – **5.2.3.1.** (*sigue*)... el rol de la doctrina y la tibia constatación de un problema. La posición de Cornejo y Rey de Castro. – **VI. Síntesis:** valor y función de la tutela contractual de los bienes de la contratantes con anterioridad a la promulgación del Código Civil de 1984. La experiencia peruana, alemana y francesa en comparación y los rasgos característicos de la primera en su evolución histórica.

VOLUMEN II

CAPÍTULO III

Los *Schutzpflichten* alemán y la contraposición con los “deberes de cautela” en la experiencia nacional

Parte I

El Código Civil de 1984 y el problema de la tutela contractual de los bienes personales y patrimoniales. La tesis de Stoll como alternativa de recomposición del sistema *ex contractu* y el “presupuesto” de la relación obligatoria “compleja”

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición. – I. El problema: línea de continuidad. – 1.1. La configuración de las obligaciones y los contratos en el Código Civil de 1984 con relación a la tutela de los bienes personales y patrimoniales. Felipe Osterling y el Libro VI. – 1.2. El contrato en la óptica de Max Arias Schreiber. – 1.2.1. El contraste con la parte especial de los contratos. La imposición de un deber de cautela de la esfera ajena y la ausencia de una doctrina capaz de advertir la contradicción entre la Parte General y la Parte Especial. – 1.2.1.1. (*sigue*)... la situación en el contrato de arrendamiento. – 1.2.1.2. (*sigue*)... el hospedaje. – 1.2.1.3. (*sigue*)... en el comodato. – 1.2.1.4. (*sigue*)... en el mandato. – 1.3. La normativa sectorial y el deber de cautela. – 1.3.1. El deber de seguridad en sede laboral: a) jurisprudencia. – 1.3.2. (*sigue*)... b) doctrina. – 1.3.3. El caso de la actividad ferroviaria en la normativa reciente. – 1.4. El rol de los arts. 1726 y 1727 en la evolución de la tutela de la integridad en sede nacional y la constante del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales *ex contractu*. – II. Los «deberes de protección» de Stoll como alternativa para recomponer el sistema. Implicancias. – 2.1. La “obligación” como «sistema *móvil*» en la experiencia peruana posterior al Código Civil de 1984. Desvaríos de la doctrina. Crítica y fundamentación de la relación de obligación “compleja” en sede nacional. – 2.1.1. (*sigue*)... ¿y en el Código Civil de 1984?

Parte II

La validez de las tesis contractualistas que identifican en los «deberes de protección» de Stoll la solución al problema de la tutela de los bienes de los contratantes

Sumario: III. Las tesis “contractualistas” que fundamentan los *Schutzpflichten* alemán en sede nacional. – 3.1. El acuerdo contractual como fuente de «deberes de protección». – 3.2. La interpretación “complementaria”: crítica a la noción de “interés predispuerto”. – 3.2.1. La *ergänzende Vertragsauslegung* en sede nacional como categoría no autónoma: del Código Civil de 1852 al Código Civil de 1984. – 3.2.2. La interpretación integradora y el binomio “interpretación objetiva – interpretación subjetiva”. – 3.2.3. Los «deberes de protección» en la lógica de la *ergänzende Vertragsauslegung*: crítica. – 3.3. La extensión del concepto de “prestación”. – 3.3.1. (*sigue*)... la doctrina peruana: el caso de García-Calderón, Cornejo y Fernández Cruz. – 3.3.2. (*sigue*)... el valor de la tesis que comprende el comportamiento de protección en la prestación: crítica. – 3.4. El denominado “deber” de diligencia y su aparente función de protección: contexto. – 3.4.1. El surgimiento de la posición en Italia: la propuesta de Majello. – 3.4.2. (*sigue*)... el contraste entre Majello y Fernández Cruz. – 3.4.3. Crítica a la tesis de la diligencia como fuente de «deberes de protección». – 3.5. La buena fe como fundamento de los *Schutzpflichten*. – 3.5.1. La experiencia peruana en materia de buena fe: antecedentes y expansión. – 3.5.1.1. (*sigue*)... y durante la vigencia del código actual: la posición de la doctrina. – 3.5.1.2. (*sigue*)... síntesis y valoración de la buena fe en el derecho peruano con particular referencia a su influencia en el Derecho de Obligaciones. – 3.5.2. El art. 1362 del Código Civil de 1984 y su relación con la “ejecución” del contrato y los «deberes de protección». – 3.6. El recurso a la Constitución y el fundamento del «deber de protección»: la óptica de Morales Hervias. – IV. Las

tesis “contractualistas” en el caso del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. – 4.1. El rechazo del recurso al contrato a favor de terceros y el problema del principio de relatividad. – 4.2. (*sigue*)... y de la interpretación integradora y la buena fe. – V. *Síntesis*: La inconsistencia de los «deberes de protección» alemán a la luz del Sistema de Derecho Peruano. – 5.1. a) La delimitación de la “obligación” (y del deber) a partir del acuerdo “contractual”. – 5.2. b) El contrato como expresión de la autonomía del particular y el interés como presupuesto y límite. – 5.3. c) El interés de protección como “interés” no derivado del contrato y su carácter *atemporal e indeterminado*. – 5.4. d) Los «deberes de protección» como “deberes” no contractuales (“obligatorios”): el carácter político antes que técnico del “interés” de protección y el consiguiente “deber” de protección. – 5.5. La teoría de los «deberes de protección» de Stoll no fundamenta adecuadamente la existencia de deberes de cautela de la esfera jurídica ajena en el plano de la relación de obligación desde una perspectiva teórico dogmática.

Parte III

El problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato y la superación de la tesis de Stoll (también) en el plano de la relación especial.

Sumario: VI. El problema de las tesis negacionistas que descartan los *Schutzpflichten* y lo reconducen al ámbito de la responsabilidad *ex delicto*. – 6.1. Los caracteres de las denominadas “tesis negacionistas” en sede nacional. – 6.2. Crítica a las tesis negacionistas: a) la ausencia de fundamentación dogmática a partir de la idea de “necesidad” en el *medio* nacional. – 6.3. b) la jurisprudencia como “consecuencia” y no como “causa”. – 6.4. La disociación entre las “tesis negacionistas” y los dos planos de la teoría de Stoll. – VII. Los *Schutzpflichten* en el plano de la “relación especial” o de “confianza” en la teoría de Stoll. – 7.1. La explotación jurídico-dogmática del plano de la relación de confianza en el derecho alemán: entre el contrato, el ilícito y el *Dritte* – 7.1.1. La responsabilidad por “contacto social”: la tesis de Dölle. – 7.1.2. La relación de obligación sin deberes primarios de prestación: la concepción de Larenz y su desarrollo en Italia. – 7.1.3. *Vertrauenshaftung als „dritter Spur“*: Canaris y la doctrina sucesiva. – 7.1.4. ¿“Auto-vinculación sin contrato”? La tesis de Köndgen – 7.1.5. La óptica de Picker. – 7.1.6. *Verkehrspflichten*: la posición de v. Bar. Recepción crítica de una tesis puramente extracontractual. – 7.2. Lo retórico de la disociación de planos en la tesis de Stoll y la realidad jurídico-normativa: la inadmisibilidad de la fórmula en el Perú. – VIII. *Síntesis*: el agravamiento del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato: ni la tesis de Stoll ni el recurso a la *relación especial* o de *confianza* permiten explicar jurídicamente el problema peruano.

CAPÍTULO IV

Los “deberes de cautela” en el sistema peruano: *fattispecie* y naturaleza jurídica

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición. – I. Génesis del art. 12 del Código Civil de 1984. – 1.1. La historia formal: del Anteproyecto al Libro I. – 1.2. La historia material: la concepción de Fernández Sessarego y su “humanismo”. – 1.2.1. (*sigue*)... el art. 12 y su interacción con la experiencia jurídica peruana en materia de “deberes de cautela”. – II. El art. 12 del código actual en clave histórica, comparada y normativa. – 2.1. De la tipicidad a la atipicidad: confirmación de una novedosa tendencia. – 2.2. La ruptura con la experiencia del Derecho Continental: la especialidad de la fórmula y su importación al Nuevo Código Civil y Comercial argentino. – 2.3. La dinámica persona-contrato y la construcción de una regla “obligativa” o “contractual” en el Libro I. La ausencia de un discurso común en el Libro VI y en la Sección Primera del Libro VII. – 2.4. La estructura de la *fattispecie*. – 2.4.1. a) los denominados “actos excepcionalmente peligrosos”. – 2.4.2. b) el sujeto

obligado y la “naturaleza” del “acto peligroso”. – 2.4.3. c) la cualidad del deudor: “actividad habitual”. – 2.4.4. d) el surgimiento del “deber de cautela” y su confrontación con el *Schutzpflicht* alemán: la persona como eje. Vida e integridad física, la ausencia del patrimonio como “objeto” de protección. – 2.4.5. e) la consecuencia jurídica en la fórmula legal: la “inexigibilidad”. – 2.4.5.1. La “inexigibilidad” en el lenguaje del Código Civil de 1984. – 2.4.5.2. La “inexigibilidad” en la experiencia alemana: el § 275.III BGB en la reciente *Schuldrechtsmodernisierung*. La *Unzumutbarkeit* ex § 242 BGB. – 2.4.5.3. El “principio de inexigibilidad como límite (superior) a la pretensión del acreedor” en la experiencia italiana. – 2.4.5.4. La relación “inexigibilidad”-“imposibilidad”: del concepto al efecto. – 2.4.5.5. El significado de la “inexigibilidad” del art. 12 en relación con la experiencia alemana y aquella italiana. – III. La suerte de la responsabilidad: ausencia de una regla legal ante la violación del art. 12 del código actual. Carácter común con las diversas hipótesis estudiadas. – IV. El “deber de cautela” en sede nacional. – 4.1. La *fattispecie*: del Código Civil de 1984 a las normas especiales y la mezcolanza en su composición. – 4.2. El fundamento: la política como revés ético-jurídico en la imposición del “deber de cautela”. – 4.3. La naturaleza: el “deber de cautela” entre el contrato y el ilícito. – 4.3.1. Las dos especies de la responsabilidad en la experiencia nacional. – 4.3.1.1. (*sigue*) ... el “deber de cautela” frente a la responsabilidad contractual y extracontractual: contrastes dogmáticos. – 4.3.2. La naturaleza *ex lege* del “deber de cautela” en el sistema peruano. – 4.3.2.1. La obligación *ex lege* en el cuadro de las fuentes de la obligación: la raíz de la tesis que reconduce la violación de la obligación legal al sistema delictual. a) Código Civil de 1852: norma y teoría. – 4.3.2.1.1. b) Código Civil de 1936: la posición de Cornejo. – 4.3.2.1.2. c) Código Civil de 1984 y el significado de la regla “*toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley*”. – 4.3.2.2. El (consecuente) rechazo de la tesis que absolutiza la solución contractual. – 4.3.2.3. La ambivalencia de la obligación *ex lege* en relación con la responsabilidad contractual y extracontractual. – 4.3.3. La reconducción del “deber de cautela” legal al ámbito del contrato. – 4.3.3.1. (*sigue*)... la ley como fuente de integración del contrato: contraste con la *ergänzende Vertragsauslegung*. – V. El “deber de cautela” frente a la “reciente” experiencia alemana. – 5.1. El nuevo § 241.2 BGB en contraste con la teoría de Stoll: la relevancia de la ley. El «deber de protección» ex § 241.2 BGB frente al “deber de cautela” y la suerte de la *Obligation de sécurité* a partir de la *Ordonnance* de 2016. – VI. El “deber de cautela” como “figura” de compleja explicación: la imposibilidad de construir una teoría respecto de ella y la solución contractual expuesta como resultado de un momento (histórico) y legislador concreto.

CONCLUSIONES

BIBLIOGRAFÍA

ABREVIATURAS

AcP	-	Archiv für die Civilistische Praxis
art.	-	Artículo
auf.	-	Auflage
BGB	-	Bürgerliches Gesetzbuch
BGH	-	Bundesgerichtshof
Cap.	-	Capítulo
CAS./CAS. LAB.	-	Casación (Perú)/Casación Laboral (Perú)
CEDAM	-	Casa Editrice Dott. Antonio Milani
<i>c.i.c.</i>	-	Culpa in Contrahendo
Chron.	-	Chronique (Etude parue dans une revue)
<i>Contr. Impr.</i>	-	Contratto e Impresa
<i>Contr. Impr./Eur.</i>	-	Contratto e Impresa Europa
<i>Code</i>	-	Code Civil français
<i>Codice</i>	-	Codice Civile italiano
<i>Comm. cod. civ.</i>	-	Commentario del Codice Civile a cura di Antonio Scialoja e Giuseppe Branca
<i>Corr. giur.</i>	-	Il Corriere Giuridico
<i>c.p.p.f.</i>	-	Culpa Post Pactum Finitum
<i>Der. PUCP</i>	-	Revista Derecho PUCP
<i>Digesto Civ.</i>	-	Digesto delle Discipline Privatistiche. Sezione Civile
D.	-	Recueil de jurisprudence Dalloz
D.H.	-	Dalloz Hebdomadaire
D.P.	-	Dalloz Périodique
D.S.	-	Decreto Supremo
<i>Dir. e giur.</i>	-	Diritto e Giurisprudenza-Rassegna di dottrina e di giurisprudenza civile
Ed.	-	Edición
EdinLR	-	The Edinburgh Law Review
<i>Enc. Dir.</i>	-	Enciclopedia del Diritto
<i>Enc. Giur. Trecc.</i>	-	Enciclopedia Giuridica. Istituto della Enciclopedia Italiana fondata da Giovanni Treccani
ESI	-	Edizioni Scientifiche Italiane
<i>Eur. dir. priv.</i>	-	Europa e Diritto Privato
f.	-	Foja

Fasc.	-	Fascículo.
<i>Foro it.</i>	-	Il Foro Italiano
<i>For. Pad.</i>	-	Il Foro Padano - Rivista di giurisprudenza e di dottrina
FS.	-	Festschrift
Impr. Gil	-	Imprenta Gil
Jher. Jb	-	Jherings Jahrbücher für die Dogmatik des bürgerlichen Rechts
Jus	-	JUS-Rivista di Scienze Giuridiche
JuS	-	Juristische Schulung
JZ	-	JuristenZeitung
LGDJ	-	Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence
<i>Mercurio Per.</i>	-	Mercurio Peruano. Revista Mensual de Ciencias Sociales y Letras
NJW	-	Neue Juristische Wochenschrift
<i>Nss. Dig. It.</i>	-	Novissimo digesto italiano
<i>nt.</i>	-	Nota
<i>núm./Nº</i>	-	Número
<i>Nuovo Dig. It.</i>	-	Nuovo Digesto Italiano
<i>p.e.</i>	-	Por ejemplo
PUCP	-	Pontificia Universidad Católica del Perú
<i>pVV</i>	-	Positiven Vertragsverletzungen
<i>Rass. dir. civ.</i>	-	Rassegna di Diritto Civile
RBDCivil.	-	Revista Brasileira de Direito Civil
<i>Resp. prev.</i>	-	Responsabilita Civile e Previdenza
<i>Rev. crit. lég. et jur.</i>	-	Revue Critique de Legislation et de Jurisprudence
Rev. Dir. GV	-	Revista Direito GV
<i>Rev. dir. priv</i>	-	Revista de Direito Privado
<i>Rev. Foro</i>	-	Revista El Foro - Colegio de Abogados de Lima
<i>Rev. Univ</i>	-	Revista Universitaria - Órgano oficial de la Universidad Mayor de San Marcos
Rev. UNMSM	-	Revista de Derecho y Ciencia Política
RCDI	-	Revista Crítica del Derecho Inmobiliario
RGZ	-	Reichsgericht
ROA	-	Revista da Ordem dos Advogados (Portugal)
RTDCiv.	-	Revue Trimestrielle de Droit Civil
RTDC	-	Revista Trimestral de Direito Civil

<i>Riv. crit. dir. priv.</i>	-	Rivista Critica del Diritto Privato
<i>Riv. dir. civ.</i>	-	Rivista di Diritto Civile
<i>Riv. dir. comm.</i>	-	Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni
<i>Riv. trim. dir. proc. civ</i>	-	Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile
<i>Riv. trim. dir. pub.</i>	-	Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico
RLJ	-	Revista de Legislação e de Jurisprudência
RTDC	-	Revista Trimestral de Direito Civil
ROA	-	Revista da Ordem dos Advogados
Trad.	-	Traducción
<i>Trat. dir. civ. comm.</i>	-	Trattato di diritto civile e commerciale diretto dai proff. Antonio Cicu e Francesco Messineo
UNMSM	-	Universidad Nacional Mayor de San Marcos
UTET	-	Unione Tipografico-Editrice Torinese
<i>v./v. tb.</i>	-	véase (a menos que refiera a un apellido de un autor alemán)/véase también
vol./bd.	-	Volumen/Band
VSD	-	Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter
ZRG	-	Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte
ZgS	-	Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft

INTRODUCCIÓN

Durante años, el contrato significó el instrumento legal que canalizó el intercambio económico de la sociedad en general. Sin embargo, desprovisto de su rol tradicional, la relación intersubjetiva de fuente contractual trajo consigo un fenómeno paralelo aunque consecuente, la exposición de la esfera jurídica personal y patrimonial de uno de los contratantes a la intromisión lesiva de parte del otro. El rechazo natural a este “efecto indirecto” que el “contrato” promovía encontró respuesta de diversas formas; una de estas, en realidad la más importante, si atendemos a la experiencia en Europa Continental, fue la “creación” en Alemania de la categoría denominada «deberes de protección» (*Schutzpflichten*).

En este contexto, la voz «deberes de protección» (*Schutzpflichten*), aun cuando dissociada del rol tradicional que le correspondía a los deberes que tradicionalmente se vinculaban con el contrato, representó una construcción dogmática a partir de la cual se persiguió imponer un deber de cuidado a los contratantes de mantener de forma inalterada la esfera jurídica personal y patrimonial de la otra. De esta manera, la idea era desincentivar los potenciales daños que podrían surgir a raíz del “contacto” de las partes, trasladando de esta manera al contrato la “función histórica” que le correspondía al *alterum non laedere*.

La identificación de un deber en el contrato que cumplía la función propia del *alterum non laedere* permitió advertir en su postulado una posible contradicción, de modo tal que la doctrina sucesiva a su creador, Heinrich Stoll, se abocó a determinar su existencia jurídica y si es que el mismo, tal y como había sido concebido por su autor, era expresión de un *deber ex contractu*, de modo que los daños sufridos en el contrato encontraban tutela a partir de la responsabilidad civil contractual.

Un rápido repaso de la experiencia francesa nos demuestra que dicha interrogante, sea que haya sido abordado desde la razón especulativa o la razón práctica, se hace manifiesta también en un *medio* distinto, y a partir de otra “categoría”, por lo que no faltará quien coloque a la problemática detrás de los *Schutzpflichten* en la médula del “Derecho de las Obligaciones”, sobre todo, en el ámbito

de sus fuentes, al punto que pareciera a primera vista indiferente el *medio* sobre el cual se postula su posible existencia y contradicción.

¿Cómo abordar esta materia en el *medio* peruano?

En principio, es importante afinar el ángulo de visión y descartar que el fenómeno de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato sea un problema de igual medida y alcance en el Derecho Continental; al contrario, lejos de la homogeneidad, el rápido repaso de la experiencia alemana y francesa permite inferir que estamos ante problemas que si bien conversan, se erigen sobre un *medio* específico y *legislación* particular, los cuales coadyuvieron decisivamente en la formulación tanto de los «deberes de protección» como de la *Obligation de sécurité*.

Más aún, dichas “categorías” son en realidad reacciones individuales a la problemática que representa, en Alemania y Francia, el cuidado de la esfera ajena en el contrato. A esta altura, parece evidente que la diferencia de una y otra “categoría” se justifica en la distinta configuración del problema en un *medio* y *legislación* singular.

Por tal motivo, no es difícil pensar que el estudio de los *Schutzpflichten* desde el intérprete peruano precisa ante todo identificar si en nuestro *medio* es posible identificar la problemática de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato, para luego ensayar una hipótesis (o alternativa) capaz de explicar o justificar la imposición de un deber negativo de cuidado, pudiéndonos servir de la categoría alemana de los «deberes de protección» o la obligación de seguridad francesa.

De frente a la experiencia peruana, afrontar la valía conceptual de las últimas sin advertir la existencia de lo primero, supone un fútil esfuerzo por resolver una causa foránea, cuando lo realmente importante de conocer la experiencia del Derecho Continental yace en anotar el proceso de gestación del binomio problema-solución, no para trasladarlo al *medio* nacional, sino para contar con mejores elementos de estudio de nuestra realidad extranormativa y -con ello- la legislación peruana.

Dicho esto, un estudio de los «deberes de protección» en clave comparada (y con ello, lógicamente, la *Obligation de sécurité*) exige como condición indispensable identificar si su proposición como hipótesis resuelve un problema no alemán ni francés, sino peruano.

La pregunta es: ¿qué problema peruano se podría (en condicional) solucionar con los «deberes de protección»?

En este orden de ideas, proponemos dar un giro y cuestionarnos la propia necesidad del estudio de la categoría de los «deberes de protección» a partir de la identificación de un problema (en el Perú) en materia de tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato.

Solo en la medida que lo anterior quede verificado, los «deberes de protección» (en su calidad de potencial solución o alternativa) habrán adquirido la legitimidad necesaria para ser materia de análisis en el *medio* nacional.

Para tal efecto, es imperioso confirmar o descartar si en nuestra evolución histórica (a nivel jurídico y su relación con la sociedad), la exposición de la esfera jurídica y personal en ocasión del contrato supuso un problema para el legislador, jurisprudencia y doctrina que mereció una respuesta como la de los «deberes de protección» o la obligación de seguridad. Dado que a diferencia de Alemania y Francia, nuestro país sí experimentó diversos momentos legislativos (codificación civil), es fundamental reconocer si una necesidad en tal sentido no solo se presentó sino que se intensificó bien entrado en vigencia el Código Civil de 1984.

Aunque una empresa de tal alcance no ha sido abordada aún, solo una vez lograda esta podrá ser captar la valía conceptual de los *Schutzpflichten* y con ello hacer “nuestro” el ulterior problema alemán que busca resolver su adscripción al dominio de la responsabilidad contractual o extracontractual, o, incluso, como algunos autores han postulado, su naturaleza de *tertium genus* de la responsabilidad civil.

Lo cierto es que como no todas las experiencias jurídicas son similares ni presentan problemas y soluciones idénticas, es posible que en el estudio que efectuemos, la presencia de un deber de

cuidado de la esfera ajena (en la experiencia peruana), no se emparente con el significado histórico-dogmático de los *Schutzpflichten*.

Para llegar a ello, hay un largo camino que recorrer, por lo que conviene desde ahora presentar la ruta que nuestra investigación tomará en lo sucesivo.

Así pues, en el primer capítulo, nos enfocaremos en presentar y exponer el desarrollo histórico de la categoría de los «deberes de protección» dentro de lo que representa la ciencia jurídica alemana y su técnica de estudio, lo que comprende las condiciones jurídicas que definieron su creación y extensión en el seno de la doctrina alemana. La finalidad de ello reside en ubicar el sustrato final de orden conceptual e ideológico que subyace a la categoría objeto de estudio. A fin de lograr una mayor precisión en nuestro estudio, resulta inevitable presentar un análisis comparado entre los «deberes de protección» y la obligación de seguridad, máxime porque, como veremos, entre ambos institutos jurídicos se presenta un carácter de disociación de orden histórico-dogmático antes que teleológico. A partir de ello podremos presentar la categoría de los «deberes de protección», la cual deberá ser ubicado en su real connotación histórica.

En el segundo capítulo, nos dirigiremos a estudiar la experiencia histórica peruana en materia de protección de la esfera personal o patrimonial diversa a aquella del *alterum non laedere*. Para tal efecto, repasaremos la etapa precodificadora y codificadora hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1984, básicamente los antecedentes legislativos de lo que representa nuestro código actual incluyendo algunas normas sectoriales. El propósito es determinar si es que en una experiencia distinta a la alemana el binomio problema-solución se constató a partir de la imposición de un deber de contenido negativo tendente a conservar el *status quo* de las partes contractuales, sea que este haya sido fruto de la doctrina, la jurisprudencia o la voluntad del legislador. Si la experiencia de los *Schutzpflichten* resulta tributaria del desencuentro entre la *realidad normativa* y la *necesidad extrajurídica*, es impostergable descubrir esta última a efectos de poder pretender construir una teoría sobre la primera.

Luego, en el tercer capítulo, los visos de protección que pudieron haberse advertido en los antecedentes del Código Civil de 1984 deberán ser confirmados a la luz de nuestra actual legislación. En la medida que la necesidad por otorgar una protección a los contratantes colisione con los postulados jurídicos conceptuales sobre los cuales reposa la teoría de las obligaciones y los contratos, el sistema nacional experimentará la necesidad y problema (ahora sí nacional) por armonizar este desencuentro a partir de tentar una explicación de orden técnico jurídico. Es en ese momento en que la categoría alemana de los «deberes de protección» se podrá postular a efectos de remediar esta situación.

A fin de merituar la capacidad de los «deberes de protección» para constituirse como “solución”, procederemos a juzgar la “validez” de las tesis que la ubican como una posición jurídica adicional en el contenido de la relación de obligación y que para efectos discursivos, denominaremos “tesis contractualistas”. De esta manera, el “consenso ficticio”, la “prestación”, la “diligencia”, la “buena fe”, la “interpretación integradora”, entre otros argumentos sostenidos por los defensores de los *Schutzpflichten*, serán evaluados desde un ángulo dogmático, más aún si es que estas han sido incorporadas en el discurso de la doctrina nacional que propugna por la contractualización de los «deberes de protección».

Posteriormente, enfocaremos nuestra atención en las posturas que rechazan la admisibilidad de los «deberes de protección» y que denominaremos “tesis negacionistas”. Para tal efecto, estudiaremos los efectos directos e indirectos que motivaría aceptar aquella postura que descarta el recurso a los *Schutzpflichten* por no identificar los “criterios de sistema” alemán en la legislación civil peruana, adscribiendo la protección de la esfera jurídica personal y patrimonial de los contratantes al dominio de la cláusula general *ex art. 1969* del Código Civil de 1984.

Por último, repasaremos las diversas teorías que por concebir la existencia de una *relación especial* o *específica* que se coloca en un plano diverso de la propia relación de obligación, han sido capaces de construir, extender y reformular los propios alcances de los «deberes de protección», al punto de construir una autentica “relación de protección”; entre estas, la responsabilidad por contacto social (*Sozialen Kontakt*), por confianza (*Vertrauenshaftung*), la relación obligatoria sin deberes primarios de

prestación (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*); así como aquellas otras soluciones que por decantarse por la solución extracontractual han reformulado institutos de larga data como los denominados “deberes del tráfico” (*Verkehrspflichten*).

En base a lo anterior podremos concluir si el sistema peruano es capaz de resolver sus contradicciones a partir de la aceptación o negación de la categoría de los «deberes de protección», reparando desde ahora que al representar los *Schutzpflichten* una “alternativa” jurídico conceptual en la experiencia peruana, una investigación sobre la tutela de los bienes personales y patrimoniales en ocasión del contrato no se agota en el instituto creado por Stoll; al contrario, de no ser este el elemento capaz de armonizar nuestras instituciones, será necesario afrontar el problema que representa disociar la connotación de los *Schutzpflichten* de las diversas manifestaciones concretas de protección que el sistema peruano puede experimentar, para con ello emprender el estudio de un fenómeno que podría representar una *Spezialität* en el Derecho Continental.

Finalmente, en el cuarto capítulo, luego de estudiar una particular hipótesis de protección (de la esfera ajena) que ha “merecido” incluso su “importación” desde un sistema foráneo, estaremos preparados para presentar la *fattispecie* del (que denominaremos) “deber de cautela” que la experiencia peruana presenta en su evolución histórica, y con ello, resolver el lógico problema (como sucedió en Alemania) que surge luego de constatar su existencia; esto es, determinar su naturaleza contractual o extracontractual, la cual, como resulta evidente, es el problema que el presente trabajo persigue responder.

Logrado ello, el propósito de nuestra investigación habrá sido alcanzado.



CAPÍTULO I

Excurso histórico y metodológico de los «*Schutzpflichten*» en el Sistema de Derecho Civil alemán

Premisa

El Derecho Civil y la técnica de estudio: entre el modelo francés y alemán.

Sumario: §. Coordinadas de exposición. – §.1. La influencia del método francés y alemán en el *Civil Law* a partir del caso italiano. – §.2. El BGB como momento de conclusión y renovación de la ciencia del derecho alemán.

§. Describir el origen y expansión de los «deberes de protección» resulta una labor sumamente compleja, si es que se atiende a lo transversal del instituto respecto al sistema del Derecho Civil.

No cabe duda que desde hace ya un largo tiempo, hemos asistido a una radicalización de la crítica a la teoría general de las obligaciones -particularmente en lo concerniente a las ambigüedades de su sistematización- en aquel punto de encrucijada en que importa discriminar entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual¹; en otras palabras, se ha propuesto revisar la teoría de las fuentes de la misma².

Advertir en los «deberes de protección» a uno de los elementos que motivó la inestabilidad descrita no resulta un despropósito.

Luego de reconocer la existencia de un interés -jurídicamente relevante- adicional a aquél interés en la prestación -y consecuente deber-, cuyo contenido -a diferencia de este- se presentaba de

(¹) Cfr. **MACHADO, João Baptista**. A cláusola do razoável. En: Revista de legislação e de jurisprudência, 119, *núm.* 3744, 1986, p. 68; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção. Separata do vol. XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: S/E, 1994, p. 13 y ss.; **BUSNELLI, Francesco Donato**. *Itinerari europei nella "terra di nessuno tra contratto e fatto illecito": la responsabilità da informazioni inesatte*. En: *Contr. Impr.*, *núm.* 2, 1991, p. 539 y ss.

(²) v. **CABRAL, Rita Amaral**. *A responsabilidade por prospecto e a responsabilidade pré-contratual*. En: ROA, 1995, p. 191, y anteriormente, **DÖLLE, Hans**. *Aussergesetzliche Schuldpflichten*. En: ZgS, 103, *núm.* 1, 1943, p. 67 y ss.

forma negativa, Heinrich Stoll afirmó -en su célebre ensayo de 1932³- la necesidad de identificar en el contenido de la relación de obligación la presencia de ciertos deberes que exigirían de los destinatarios del mismo el despliegue de un comportamiento específico tendente a salvaguardar a su contraparte de aquellas posibles intromisiones dañosas en su esfera jurídica, tanto personal como patrimonial, que podrían sufrir a partir -y como consecuencia- del contacto recíproco -y la relación de confianza- que la relación de obligación propiciaba⁴.



-
- (³) El título original del ensayo es *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung. Betrachtungen zum dreißigjährigen Bestand der Lehre*, publicado en la AcP en el año 1932. Dicho trabajo ha sido traducido al italiano, siendo la referencia la siguiente: **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”. Trad. de Angela Linda Lettieri, a cura di Giovanni Varanese. En: AA.VV. *L’obbligazione come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato*. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli, 2016, pp. 1-50 (en adelante, se hará referencia a esta última publicación). En años sucesivos, Stoll regresará sobre el tema en cuestión, *v. ID.* *Die Lehre von den Leistungsstörungen: Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht. Schriften der Akademie für Deutsches Recht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1936, *passim*; *ID.* *Vertrag und Unrecht. Grundrisse des deutschen Rechts*. Halbband 1.2. 3 auf. besorgt von Wilhelm Felgentraeger. Tübingen: Mohr Siebeck, 1943, *passim*.
- (⁴) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”; *óp. cit.*; pp. 23-35.

A estos últimos “deberes” -y por contraposición a aquellos referidos inicialmente- Stoll los denominó «deberes de protección» (*Schutzpflichten*)⁵, y es de acuerdo su criterio que dichos deberes serán tratados en el presente trabajo.

Ahora bien, el impacto del “descubrimiento” de los «deberes de protección» fue de tal envergadura que el estudio de la obligación -y más propiamente, en el extremo de sus fuentes- adoptó un cariz innovador, cuando no crítico, respecto al carácter inveterado que aparentemente ostentaba.

No obstante, contrariamente a lo que se puede pensar, el “descubrimiento” referido, antes que un momento “único” y “singular”, representa la síntesis de una clara tendencia de la doctrina alemana por re-conceptualizar la *Schuldverhältnis* a partir de las exigencias prácticas que controvirtieron la propia “funcionalidad” teórica de la figura. En otras palabras, los «deberes de protección» son -a su vez- una consecuencia de un proceso mayor que tenía por objetivo la reconstrucción de la noción de la relación de obligación a partir del estudio de su “contenido”.

Lo cierto es que el fenómeno de los «deberes de protección» -a partir de una perspectiva integral- es aún más complejo. Para apreciar su magnitud es preciso retroceder todavía más atrás en el tiempo, momento en el cual se comenzaba a esbozar las características que irían a definir la propia “cultura jurídica alemana”, a fin de develar las razones que motivaron no solo el surgimiento de la figura en referencia, sino también el particular tratamiento -metodológico- que al mismo se le dio en Alemania.

En buena cuenta, es a partir de la identificación de las líneas características de dicha cultura que se podrá comprender el origen, y con ello, la expansión de los «deberes de protección» dentro del sistema del *Civil Law*.

Para tal propósito, se estudiará en un primer momento el proceso de posicionamiento de la cultura jurídica alemana -y con ello, de su doctrina- en el centro de la evolución del *Civil Law* a partir del caso italiano, a través del cual podrá contemplarse la pugna y recepción de los modelos francés y alemán que en su momento discutieron la hegemonía de un “estilo” y una particular “metodología”



- (5) Independientemente de la formulación de Stoll, cabe indicar que gran parte de la doctrina sucesiva -salvo en el extremo referido al fundamento del mismo- ha aceptado la definición propuesta por el catedrático de Tübingen. De manera referencial (la literatura es muy amplia), v., en Alemania, **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen*. En: JZ, núm. 15/16, 1965, p. 475 y ss.; ID. *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: C.H. Beck, 1971, *passim*; ID. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*. Trad. de Di Majo y M.R. Marella En: *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 3, 1983, p. 567 y ss.; ID. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*. Trad. de A. Di Majo e della dott.ssa M.R. Marella En: *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 4, 1983, p. 793 y ss. (y demás trabajos señalados a lo largo de la presente); **THIELE, Wolfgang**. *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung: Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts*. En: JZ, núm. 21, 1967, p. 649 y ss.; **GERHARDT, Walter**. *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses*. En: JZ, núm. 17, 1970, p. 535 y ss.; **STÜRNER, Rolf**. *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*. En: JZ, núm. 13, 1976, p. 384 y ss.; **FROST, Marina**. „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, *passim*; **POULIADIS, Athanassios**. *Culpa in contrahendo und Schutz Dritter: Betrachtungen zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1982, *passim*; **PICKER, Eduard**. *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo — Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt*. En: AcP, núm. 183, 1983, p. 369 y ss.; **SESSLER, Anker**. *Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts*. Berlin: Duncker & Humblot, 1981, *passim*; **KUHLMANN, Kai**. *Leistungspflichten und Schutzpflichten: ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungenrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission*. Berlin: Duncker & Humblot, 2001, *passim*; **MAYR, Vincent**. *Schutzpflichten im deutschen und französischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Einbeziehung der europäischen Rechtsharmonisierung*. Frankfurt: Peter Lang, 2005, *passim*; **LUSING, Jan**. *Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung: Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag*. Baden-Baden: Nomos Verlag, 2010, *passim*; **MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ**. *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*. 20. auf. München: C.H. Beck, 2012, p 55 y ss. (hay una edición posterior de 2015, pero sobre el punto no difiere sustancialmente con la edición citada).

En Italia, v. **BETTI, Emilio**. Teoria generale delle obbligazioni. vol. I. Milano: Giuffrè, 1953, p. 99 y ss.; **MENCONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*. En: *Riv. dir. comm.*, I, 1954, p. 368 y ss.; ID. *Responsabilità contrattuale*. En: *Jus*, XXXIII, 1986, p. 87 y ss.; ID. *La parte generale delle obbligazioni*. En: *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 507 y ss. (ahora en ID. Scritti II. Obbligazioni e negozio a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011, p. 283 y ss.; en adelante, el citado corresponderá a esta versión); **MANCINI, Giuseppe Federico**. La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro. Milano: Giuffrè, 1957, *passim*; **MAJELLO, UGO**. Custodia e deposito. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli. Napoli: Jovene, 1958, *passim*; **BENATTI, Francesco**. *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1342 y ss.; ID. Voce: Doveri di protezione. En: *Digesto Civ.*, vol. VII, 1991, p. 221 y ss.; **RIGHETTI, Giorgio**. *Per un inquadramento sistematico della responsabilità del vettore*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1964, p. 62 y ss. (en materia de transporte); **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo**. L'esecuzione del contratto. Studi di diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli. Milano: Giuffrè, 1967, p. 408 y ss.; ID. Delle obbligazioni in generale. Artt. 1173-1176. *Comm. cod. civ.* Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1988, p. 121 y ss.; ID. *L'obbligazione protettiva*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1, 2015, p. 1 y ss.; **RODOTÀ, Stefano**. Le fonti di integrazione del contratto. Studi di diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli. Milano: Giuffrè, 1969, *passim*; **SCOGNAMIGLIO, Renato**. Voce: Responsabilità contrattuale ed responsabilità extracontrattuale. En: *Nss. Dig. It.*, vol. XV, 1968, p. 670 y ss.; **NATOLI, Ugo**. L'attuazione del rapporto obbligatorio. Tomo I. Il comportamento del creditore. *Trat. dir. civ. comm.* diretto dai proff. Antonio Cicu e Francesco Messineo. Milano: Giuffrè, 1974, p. 14 y ss.; **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. En: *Jus*, XXIII, 1976, p. 123 y ss.; ID. Problema e sistema nel danno da prodotti. Studi di diritto privato diretti da Arturo Dalmartello e Luigi Mengoni. Milano: Giuffrè, 1979, *passim*; ID. Voce: Obblighi di protezione. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI, 1990, p. 1 y ss. (de la separata); ID. "L'obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto". En: AA.VV. *Le ragioni del diritto*. Scritti in onore di Luigi Mengoni. vol. I. Milano: Giuffrè, 1995, p. 147 y ss.; ID. *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1, 2004, p. 69 y ss. (ahora en AA.VV. Studi in onore di Giuseppe Benedetti. Napoli: ESI, 2008, p. 317 y ss.; en adelante, el citado corresponderá a esta versión); ID. "Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione". En: ID. *La nuova responsabilità civile*. 3a ed. Milano: Giuffrè, 2006, p. 443 y ss.; ID. *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 3, 2009, p. 679 y ss.; **BIANCA, Cesare Massimo**. Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229. *Comm. cod. civ.* Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano, 1979, pp. 33 y ss.; **VISINTINI, Giovanna**. La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari. Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Bologna. Padova: CEDAM, 1965, *passim*; La responsabilità contrattuale. Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno. Napoli: Jovene, 1979, p. 158 y ss.; **CICCARELLO, Sebatiano**. Doveri di protezione e valore della persona. Pubblicazioni degli istituti di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Facoltà di giurisprudenza della Università di Messina. Milano: Giuffrè, 1988, *passim*; ID. "Violazioni dei doveri di protezione". En: AA.VV. *Violazione del contratto. Danno e rimedi*, a cura di Enrico Del Prato. Milano: Giuffrè, 2003, p. 81 y ss.; **TURCO, Claudio**. Interesse negativo e responsabilità precontrattuale. Pubblicazioni della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania. Milano: Giuffrè, 1990, p. 183 y ss.; **CICOGNA, Salvatore**. *Il possibile ruolo dei doveri di protezione in assenza di tutela contrattuale e aquiliana, in diritto tedesco, francese e italiano*. En: *For. pad.*, núm. 2, 1992, p. 9 y ss.; **VARANESE, Giovanni**. Il contratto con effetti protettivi per i terzi. Università degli Studi del Molise. Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione. Napoli: ESI, 2004, p. 14 y ss.; **LAMBO, Luigi**. Obblighi di protezione. Collana di studi del Dipartimento di scienze giuridiche della LUISS Guido Carli. Padova: CEDAM, 2007, p. 30 y ss.; **VENOSTA, Francesco**. *Profili della disciplina dei doveri di protezione*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 2011, p. 839 y ss.; **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité. Studi di diritto comparato. Collana diretta da Aldo Berlinguer - Rocco Favale - Maurizio Oliviero - Massimo Papa - Lucio Pegoraro - Gian Maria Piccinelli - Antonino Procida Mirabelli Di Lauro - Mario Serio. Torino: Giappichelli, 2012, *passim*; ID. L'obbligazione come rapporto complesso. En: AA.VV. *L'obbligazione come rapporto complesso*. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli Editore, 2016, p. 83 y ss.; **MOSCATI, Enrico**. "Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo". En: GAROFALO, Luigi. *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*. Napoli: Jovene, p. 69 y ss.; **NICOLUSSI, Andrea**. Voce: "Obblighi di protezione". En: *Enc. Dir.*, vol. VIII - *annali*, 2015, p. 659 y ss.; **GUELLA, Elena**. Il carattere autonomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco. Le ricadute sulla struttura del rapporto obbligatorio e sulla qualificazione della responsabilità. *Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 8*. Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik - Universität Bremen, 2016, *passim*; **FAVALE, Rocco**. "Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco". En: AA.VV. *L'obbligazione come rapporto complesso*. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli, 2016, p. 57 y ss.; **PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino**. Obbligazione – Prestazione – Protezione. En: AA.VV. *L'obbligazione*

de estudio. Más tarde veremos que este proceso se reproducirá en menor escala en la experiencia jurídica peruana.

Luego, y como parte del desarrollo método alemán, se atenderá la evolución que en dicho país ha presentado la figura de la relación de obligación, básicamente en aquellos extremos referidos a su “concepto” y a su “contenido”. En esa línea, resultará imprescindible describir el proceso -sobre todo haciendo énfasis y desarrollando la obra de Staub dedicada a la violación positiva del contrato- que conllevó a que la figura del “deber” termine por situarse en el eje central de la “renovada” relación de obligación.

Una vez logrado lo anterior, se habrá cimentado la base que permitirá comprender -de forma global- las razones que coadyuvaron a la identificación de una realidad “compleja” en el seno de la relación de obligación, y con ello, el surgimiento -y multiforme expansión dentro del sistema del *Civil Law*- de los *Schutzpflichten*.

§.1. En 1828 se publicó en Alemania un ensayo de 28 páginas dedicado a la enseñanza jurídica en Italia, en donde Savigny⁶, basando su juicio en la experiencia recabada producto de sus viajes realizados anteriormente a dicho país, dio testimonio del estado de decadencia al cual la ciencia

come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli, 2016, p. 205 y ss.; entre otros.

Finalmente, como parte del Derecho Continental, *v. ib.*, las contribuciones de **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; *passim*; ID. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Reimpressão da edição de fevereiro 2004. Coimbra: Almedina, 2007, *passim*; **CABANILLAS SANCHEZ, Antonio**. Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral. Madrid: Civitas, 2000, *passim*; ID. “Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones” En: AA.VV. Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escrito jurídicos. Santander: Universidad de Cantabria, 2003, p. 175 y ss.; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual. Coleção Teses. Reimpressão. Coimbra: Almedina, 2003, p. 335 y ss.; **OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto**. Deveres de protecção em relações obrigacionais. En: Scientia Juridica, *núm.*, 297, 2003, p. 495 y ss.; **RANIERI, Filippo**. Europäisches Obligationenrecht. Vienna: Springer, 3 auf., 2009, p. 1345 y ss.; **CORDEIRO, António Menezes**. Da Boa Fé no Direito Civil. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Coimbra: Almedina, 2015, *passim*; entre otros.

(⁶) **SAVIGNY, Friedrich Karl von**. *Ueber den juristischen Unterricht in Italien*. En: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, *núm.* 6, 1828, p. 201 y ss. Cabe indicar que la traducción al italiano de este artículo, a cargo de Turchiarulo, fue publicado en 1852, siendo la referencia bibliográfica la siguiente: **SAVIGNY, Friedrich Karl von**. “Sull'insegnamento del diritto in Italia”. En: ID. Ragionamenti storici di diritto del prof. F. C. Savigny tradotti dall'originale tedesco e preceduti da un discorso di Antonio Turchiarulo. vol. IV. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene, 1852, *passim*. No obstante, vale aclarar que para la traducción italiana del artículo en mención se empleó la versión actualizada del mismo publicado en la *Vermischte Schriften IV*, Berlin, Veit, 1850 (pp. 309-342). En adelante, se empleará la versión italiana.

italiana del derecho había llegado después de erigirse en épocas pasadas como la cuna del conocimiento⁷ -en clara alusión a la época romana-.

De acuerdo a Savigny, en Italia se presentaba un serio problema institucional, el cual propiciaba la presencia de pocos maestros, quienes -además- al ser mal retribuidos económicamente quedaban imposibilitados de poder dedicarse plenamente a la cátedra y a labor científica, con la suficiente rigurosidad y energía que tales empresas ameritaban⁸.

En efecto, resultaba expresivo el caso del profesor de *Textus Civiles* de la Università di Roma, Villani, cuyas enseñanzas, a juicio de Savigny -independientemente de la juventud y potencial capacidad de su autor- reproducían aquello que ya se impartía en la Universidad alemana hace treinta años cuanto menos⁹.

En otras palabras, el “grado” de desarrollo del Derecho Civil italiano en sus universidades -ya sea en Roma, Napoli o la Toscana-, y su enseñanza, resultaba intrascendente respecto al que “avance científico” registrado en Alemania. Como muestra de ello, resulta aleccionador lo que acontecía en las universidades de la última región mencionada, en donde “toda la «pandecta» se reducía a alguna mísera exposición de doctrinas inconexas y arbitrariamente seleccionadas¹⁰”.

Las consideraciones de Savigny fueron merituadas posteriormente por Gianturco, quien en un escrito posterior¹¹, constató, comprobó y verificó -no sin lamento- la clamorosa ausencia de un número suficiente de profesores dotados académicamente¹² -consecuencia de la ausencia de una

(7) Cfr. **ROCCO, Alfredo**. *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni*. En: *Riv. dir. comm.*, I, 1911, p. 285 y ss.; *tb.* **MASI, Antonio**. *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB*. En: *Riv. dir. comm.*, I, 1996, pp. 1063-1064.

(8) *v.* **SAVIGNY, Friedrich Karl von**. “Sull'insegnamento del diritto in Italia”... *óp. cit.*; p. 84.

(9) Ídem, p. 74; **ROCCO, Alfredo**. *óp. cit.*; p. 285; **MASI, Antonio**. *óp. cit.*; p. 1065.

(10) **SAVIGNY, Friedrich Karl von**. “Sull'insegnamento del diritto in Italia”... *óp. cit.*; p.72.; **ROCCO, Alfredo**. *óp. cit.*; p. 286.

(11) *v.* **GIANTURCO, Emanuele**. *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*. En: *Il Filangeri*, núm. 5, 1881, *passim*.

(12) *v.* **GAMBARO, Antonio**. “Vicende della codificazione civilistica in Italia” En: **PIZZORUSSO, Alessandro** e **Silvia FERRARI** (edits.) *Le fonti del diritto italiano. Trattato di diritto civile. vol. I*. Torino: UTET, 1998, p. 406.

escuela civilista original¹³-, capaces de advertir, contestar y corregir los rígidos esquemas universitarios que a la fecha resultaban anacrónicos¹⁴.

La confirmación de este escenario no llegó mucho tiempo después. En efecto, en un escrito de 1911, Rocco, luego de constatar la problemática advertida, reafirmó que la ciencia del derecho italiano, y con ello –consecuentemente- la enseñanza del Derecho Civil, yacían en una fase de “profunda” decadencia¹⁵.

Identificado el estado de desarrollo del Derecho Civil italiano respecto a aquél que representaba Savigny, resultaba de suma importancia determinar el problema y con ello, plantear una eventual recomposición del Derecho Civil en Italia.

El asunto es que al no ser un problema jurídico, las causas que propiciaron dicha situación resultaban siempre exógenas, incluso a los exponentes del derecho italiano, al punto que el *status quo* identificado era –en el fondo- también una consecuencia, antes que el problema en sí mismo.

Restaba identificar entonces las condiciones –no jurídicas- en las que se había desarrollado el Derecho Civil en Italia; luego de ello, recién podría ser objeto de análisis el “estudio” del Derecho Civil; en otras palabras, la metodología detrás de la ciencia del derecho italiano.

En primer momento, era necesario ubicarnos en 1804 con la promulgación del *Code* francés. Como ha sido ampliamente difundido, en la época en la que cobró vida el Código de Francia, el paradigma yacía en torno a la voluntad política del Emperador. De ahí que no sorprenda que la doctrina francesa reconozca en el *Code* la figura indesligable de Napoleón Bonaparte¹⁶.

(¹³) **SACCO, Rodolfo.** “Il codice civile: un fossile legislativo?” En: PIZZORUSSO, Alessandro e Silvia FERRARI (edits.) *Le fonti del diritto italiano. Trattato di diritto civile. vol. I.* Torino: UTET, 1998, p. 442.

(¹⁴) *Cfr.* **MASI, Antonio.** *óp. cit.*; p. 1064.

(¹⁵) **ROCCO, Alfredo.** *óp. cit.*; p. 285.

(¹⁶) *Cfr.* **CARBONNIER, Jean.** “Le Code Civil”. En: AA.VV. *Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire.* Paris: Dalloz, 2004, p. 20. Dicho trabajo fue parte de los escritos que formaron parte de *Les Lieux de mémoire*, cuya edición –publicada por Gallimard en 1986- estuvo a cargo de Pierre Nora.

Dado que la “ideología” burguesa europea dominante fue representada miméticamente en el *Code*¹⁷, este, antes de representar un conspicuo cuerpo normativo resultado de un proceso «científico», fungió como la “carta política” francesa posterior a la revolución¹⁸ -expresada a través de reglas de derecho-, en donde el lugar preponderante de la “ley” rememoraba al positivismo que caracterizó dicho cuerpo normativo¹⁹.

De hecho, si la premisa era que un “código” no solo representaba un cuerpo normativo, sino también *esprit, soufflé et volonté*; el *Code* era “el código” por excelencia. Si es que un “código” suponía una reducción de lo complejo a lo simple²⁰, el *Code* francés, nuevamente, era “el código” por excelencia. Lo mismo puede decirse si es que un “código” era un *accord sur les valeurs, le sentiment d'un ordre civil fundamental, un style et même une langue*²¹.

Intérprete del “espíritu” de una época y al mismo tiempo “obra legislativa de altísimo nivel”, el *Code* representó -en sustancia- un derecho original -“un código propio de su época²²”-, histórico y nacional²³, antes que un derecho abstracto fruto de “mera especulación individual”²⁴. De esta manera, simbólicamente, el *Code* no fue solo expresión de un sistema jurídico “estatal” -en donde se consagró

(17) **IRTI, Natalino.** *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB.* En: *Riv. trim. dir. pub.*, 1997, p. 342.

(18) Revolución que tuvo lugar en medio de un incipiente y progresivo desarrollo capitalista y como gestor a la clase burguesa presente en ese entonces en Francia. *v. MAILLET, Jean.* “Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste”. En: AA.VV. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno.* vol. II. Milano: Giuffrè, 1973, p. 116.

(19) El *Code* presentó, también, en el positivismo, otra de sus características fundamentales, por lo que fue concebido como texto jurídico positivo, en donde el “exceso” doctrinario debía ser evitado: el término de la ley -ahora fuente de derecho por excelencia- no podía ser opacado por la teoría. *v. -en especial el apartado correspondiente a “le origini del diritto privato contemporaneo (1787-1807)”- VAN CAENEGEM, Raoul.* *Introduzione storica al diritto privato.* Bologna: Il Mulino, 2004, pp. 26-27.

(20) La “simplicidad” como característica del *Code* es reconocida también por **CANIVET, Guy.** *Il codice civile francese: evoluzione e riforme.* Trad. a cura di E. Barbe, con l'aiuto di M. Bonomo. En: *Corr. giur., núm. 7,* 2006, p. 1021.

(21) **REMY, Philippe.** “Regards sur le Code”. En: AA.VV. *Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire.* Paris: Dalloz, 2004, pp. 100-101. Por otra parte, cabe indicar que la conjunción de las premisas expuesta ha conllevado no solo a la conclusión esbozada, sino incluso a que Carbonnier sostenga que el *Code* -a partir de su “posición sin igual dentro del sistema jurídico francés” producto de la carga simbólica -sociológica- detrás del mismo- es en realidad la “verdadera Constitución francesa” (*v. CARBONNIER, Jean. óp. cit.*; p. 33; *tb. CANIVET, Guy. óp. cit.*; p. 1022). En contra, **CABRILLAC, Rémy.** *Le code civil est-il la véritable constitution de la France?* En: *Revue Juridique Themis*, 39, 2005, p. 249 y ss.); **GAMBARO, Antonio.** “Vicende della codificazione civilistica in Italia”... *óp. cit.*; pp. 433-435.

(22) **SACCO, Rodolfo.** Voce: Codice II) Diritto comparato e straniero. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. VI, 1988, p. 2 (de la separata).

(23) **ZIMMERMANN, Reinhard.** *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile.* Trad. de Edoardo Ferrante. En: *Contr. Impr./Eur.*, 2004, p. 628.

(24) **DEZZA, Ettore.** *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1084) y e l'Allgemeines Burgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812).* 2a ed. Torino: Giappichelli, 2000, p. 83.

la garantía de derechos de los ciudadanos²⁵- sino también de igualdad, así como manifestación de libertad en la esfera individual del individuo y en sus relaciones particulares²⁶.

No obstante lo señalado, dicho espíritu “liberal” del *Code* se contraponía a su propio carácter claramente conservador, en donde el “respeto” por la familia y el derecho a la “propiedad” se erigieron como base del “orden social”²⁷.

De esta manera, el estilo del *Code* se caracterizó por evitar la “jerga” de los juristas, recurriendo -al contrario- al lenguaje de la gente “culto”; preferir el significado expresivo en lugar de la precisión conceptual del sistema. La calidad literaria del mismo fue alta; la regla vino expuesta en forma concisa, clara y a menudo de forma elegante²⁸. Así pues, el *Code* trajo consigo el método de la exégesis; el carácter expositivo del comentario, y la casuística²⁹.

No cabe duda que la “singularidad” del *Code* es prueba de que cada codificación sigue una idea e intenta realizar un programa³⁰. La relevancia de las circunstancias políticas -la revolución³¹-, sociales -modernidad- y filosóficas -racionalismo-, que precedieron al código francés, fueron tan importantes como el propio *Code*; desde siempre cimiento de la sociedad francesa³² -cuyos valores que subyacen a la misma, de acuerdo a Portalis, eran la unidad del derecho, la igualdad y el secularismo³³- y desde luego elemento de la conciencia colectiva francesa³⁴.

(25) El *Code*, en conformidad con la visión del derecho racional, considera a los derechos de los ciudadanos como preexistentes a la ley, la cual tiene por fin reconocerlos. Cfr. **SACCO, Rodolfo**. “Voce: Codice II) Diritto comparato e straniero”... *óp. cit.*; p. 2 (de la separata).

(26) **DEZZA, Ettore**. *óp. cit.*; p. 83.

(27) **VAN CAENEGEM, Raoul**. *óp. cit.*; pp. 26-27.

(28) v. **GAMBARO, Antonio**. “Vicende della codificazione civilistica in Italia”... *óp. cit.*; p. 428.; **CIAN, Giorgio**. *Il BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni di un confronto*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1996, p. 683.

(29) v. **IRTI, Natalino**. *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB* ... *óp. cit.*; p. 3042.

(30) Cfr. **PATTI, Salvatore**. “Tradizione civilistica e codificazioni europee”. En: AA.VV. *Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazione storiche e prospettive della parte generale del contratto a cura di Francesco Macario e Marco Nicola Miletta*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 77.

(31) **ZIMMERMANN, Reinhard**. *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile*... *óp. cit.*; p. 628.

(32) Cfr. **WITZ, Claude**. “Le Code civil français, ciment d'une société amarrée à l'Europe” En: AA.VV. *200 Jahre Code civil im Rheinland. Rheinland-Pfalz: Verlag der Landesarchivverwaltung*, 2005, p. 49 y ss.

(33) **WITZ, Claude**. *óp. cit.*; p. 50.

(34) **MAZEAUD, Pierre**. *Le Code civil et la conscience collective française*. En: *Pouvoirs, núm. 3*, 2004, p. 153 y ss.

Dada las características delineadas que conformaron connotativamente el *Code*, este trajo como consecuencia, en la técnica metodológica -reducida al método de la exégesis-, un factor singular: la identificación entre la «*ciencia jurídica*» y el «*objeto*» de estudio de esta³⁵.

Al identificar al cuerpo normativo como «*objeto*» de estudio por parte del científico del “derecho”, la técnica francesa, dada su capacidad por reducir el confín del «derecho» al cuerpo normativo “inventado”, se caracterizó por identificar en el «objeto» -el *Code*- la propia labor científica, resultando -con ello- totalmente prescindible labor de la doctrina ajena a la mera exégesis.

Este “estilo” de corte francés, fuente de inspiración del *Codice* de 1865³⁶, fue adoptado por la Italia intelectual de mitad del siglo XIX. La razón de ello tuvo mucho de tinte político, cuando no económico. En efecto, detrás de la adopción del “estilo” francés, se encontraba un escenario político-económico particular, en donde la influencia francesa era importante en la derecha italiana que ostentó el poder del gobierno entre los años de 1860 y 1876³⁷.

No sorprende así que la vida intelectual italiana de esos años se inspirara en el método francés de carácter cartesiano.

En efecto, la actividad científica italiana en el Derecho Civil y Comercial se agotaba del todo en las traducciones de obras francesas; irreflexivas traducciones que reflejaban el estado de la cultura de los juristas italianos de dicha época, mas no así la existencia de una real “cultura jurídica”³⁸; cultura jurídica que, como veremos, luego será identificado en aquello de origen alemán.

La situación descrita presentó un giro importante a partir de la penetración en Napoli de la filosofía de Hegel, y frente a lo cual la doctrina jurídica no fue ajena³⁹.

(³⁵) v. **IRTI, Natalino**. *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB ... óp. cit.*; p. 342.

(³⁶) **CIAN, Giorgio**. *óp. cit.*; p. 675.

(³⁷) *Cfr.* **IRTI, Natalino**. *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB ... óp. cit.*; p. 343.

(³⁸) v. **ROCCO, Alfredo**. *óp. cit.*; p. 286.

(³⁹) **IRTI, Natalino**. *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB ... óp. cit.*; p. 342.

De hecho, en lo sucesivo comenzaron a proliferar las obras traducidas de Jhering, Puchta y Savigny, pero, al representar pequeñas expresiones de novedad dentro de un sólido ambiente afrancesado, el impacto de estas no significó realmente una influencia en la cultura italiana.

El verdadero cambio se forjó a partir de la política⁴⁰.

El fin del gobierno de la derecha y la posterior ascensión de la izquierda italiana a inicios de 1880 terminó por ser la piedra de toque del desapego a la influencia francesa.

Resulta elocuente lo expresado por Oriani quien sentenció que en la política externa italiana, mientras la derecha se mostraba siempre “servil” frente a Francia, la izquierda se adhirió a la influencia prusiana; tal adhesión se cristalizó desde dos frentes: (i) políticamente, mediante la conocida “Triple Alianza”, la cual, tras renovación y renovación, estuvo destinada a durar hasta principios de la Primera Guerra Mundial (1914), y (ii) económicamente, mediante el ingreso de grandes niveles de flujo de capital financiero alemán a Italia⁴¹.

En lo intelectual, y específicamente en la ciencia jurídica, el estudioso italiano de fines de siglo XIX comenzó a verse influenciado por el método científico, el cual fue identificado como “método alemán”, al punto que el “perfeccionamiento” del estudio -y la técnica- en Alemania fue considerado indispensable.

Tal escenario ha quedado plasmado en la obra de Gianturco, en donde se atestigua una gran valoración al “método alemán”, “científico” y “sistemático”, el cual permitió al Derecho Civil constituirse en autónoma “ciencia”; fijando una nueva relación con el *Codice*; esto es, una nueva vinculación con su propio “objeto” de estudio⁴².

Quedó desfasada así la identificación (francesa) de la ciencia -del Derecho Civil- con su propio objeto -Código Civil-: el fenómeno de autoconciencia que la ciencia del derecho italiano atravesó para

(⁴⁰) Ídem, p. 343.

(⁴¹) Ibíd.

(⁴²) Ídem, p. 346.

emanciparse y con ello aceptar la disímil dimensión que ostenta frente a su propio cuerpo normativo representa *per se* el “método alemán”.

La adopción de dicho método científico conllevó a replantear la metodología de estudio del Derecho en Italia, quedando cristalizado con ello la sustitución de la añeja influencia francesa por aquella dogmática jurídica proveniente de Alemania⁴³.

La lógica casuística -y positivista- detrás del *Code* rechazaba la generalidad (y alentaba la exégesis), pero a partir del nuevo método científico se comprendió que este último explicaba e “iluminaba” al primero. El paso del “caso” a la “mera” subsunción en una determinada norma era insuficiente. La generalidad como síntesis de pensamiento científico jurídico permitía el salto del “caso” al concepto general, y con ello se revalorizaba la interpretación de la categoría; en el fondo, sin generalidad no se daría ni explicaría una correlación entre las normas, y sin esto no se conseguiría un verdadero “sistema”⁴⁴.

Luego, la influencia alemana permitió advertir la funcionalidad de una Parte General, la cual no es propiamente un “parte”, sino un nexo lógico entre este y la “concreta particularidad” de la “Parte Especial”. De esta manera, la Parte General se configuraba como una fase intermedia entre la Teoría General del Derecho y el específico instituto jurídico. El valor de la abstracción, propio de dogmática alemana, permitiría constituir una verdadera ciencia jurídica en Italia⁴⁵.

Esta influencia alemana, progresiva en Italia desde la década de 1880, tuvo como hito fundamental la promulgación del BGB, a través del cual la “cultura jurídica alemana” se concretizaba en un código, si por este se entendía la conjunción sistemática de reglas de derecho adoptadas a partir del estudio técnico y científico del Derecho Civil.

(⁴³) v. **RANIERI, Filippo**. *Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 3, 2000, p. 805.

(⁴⁴) **IRTI, Natalino**. *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB ... óp. cit.*; p. 346.

(⁴⁵) *Ídem*, p. 347.

Independientemente de lo señalado, vale hacer una acotación respecto a la controversia presente en Alemania momentos antes de la promulgación del BGB, lo que permitirá sin duda terminar de definir los rasgos inherentes a este y por consiguiente al método alemán.

§.2. Como se señaló, con la promulgación del *Code*, la influencia francesa respecto al continente europeo no fue ínfima; al contrario, tuvo un agresivo carácter expansionista -cimentado en la política de Napoleón-.

Tal fue la representación simbólica detrás del *Code* que incluso en Alemania se discutió la promulgación de un código de tinte afrancesado. Acaso muestra de ello es la pretendida apuesta de Thibaut de poner fin a la “insostenible” proliferación de los derechos particulares mediante un Código Civil General para Alemania⁴⁶.

En un escrito polémico⁴⁷, Savigny no solo repudió el propósito de un código de fabricación *hic et nunc* sobre el modelo del *Code*, sino que criticó también la idea misma de “codificación”; para él, inorgánica, no científica, arbitraria, y enemiga de la tradición. En la mejor hipótesis esta devendría inútil; en la peor, esta deformaría y limitaría el desarrollo orgánico del derecho⁴⁸.

Más allá de ello, desde mitad del siglo XIX era previsible que iba a llegar el momento de codificar⁴⁹. De hecho, en 1848⁵⁰, Mommsen declaró que la nación alemana exigía de sus juristas la creación de un derecho unitario y nacional. Luego, y en esa línea, el referido autor sostuvo que debía llegar el momento de “convertir los resultados del conocimiento histórico en legislación⁵¹”.

Windscheid, quien perteneció no solo a la categoría de los autores más influyentes de la codificación alemana, sino que también fue uno de los mayores seguidores de Savigny -de hecho, este

(46) Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 325 (nt. 1); ZIMMERMANN, Reinhard. *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile...* *óp. cit.*; p. 631. El texto en donde se evidencia la posición de Thibaut tiene por título *Über die nothwendigkeit eines allgemeinen bürgerlichen rechts für deutschland* (1814).

(47) El referido escrito tiene por título *Vom beruf unserer zeit für gesetzgebung und rechtswissenschaft* (1814).

(48) ZIMMERMANN, Reinhard. *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile...* *óp. cit.*; p. 632.

(49) *Ibid.*

(50) La referencia es *Die Aufgabe der historischen Rechtswissenschaft* (1848)

(51) ZIMMERMANN, Reinhard. *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile...* *óp. cit.*; p. 632.

fue siempre considerado por aquél como ideal de “científico”-, escribió en 1878⁵² que entre los juristas alemanes no habían agotado todos los esfuerzos necesarios a efectos de edificar la “gran obra de un código alemán de Derecho Civil”⁵³.

De esta forma, no sorprende que la entrada en vigencia del BGB, a inicios del siglo XX, poco menos de treinta años después de la fundación del Estado alemán, fuera saludada con sensación de orgullo nacional: “el nuevo siglo trae la finalización de la empresa más grande que la vida jurídica alemana puede presumir”, se leía en una de las dos revistas más importantes (*Juristische Wochenschrift*); mientras que en la otra (*Deutsche Juristenzeitung*) se anteponía al número de enero de 1900 una caratula con el lema «Un pueblo. Un Estado. Un derecho»⁵⁴. En adelante, resaltó la consideración que observaba en el BGB una clara invasión del “modelo de la muralla china”⁵⁵. Un conspicuo cuerpo normativo que representaba el “culto a la letra”⁵⁶.

Dado que la codificación -en el imaginario social- representaba un sistema de reglas comprensivo y autónomo, este ofrecía la posibilidad de una interpretación independiente. Así, el trabajo de la doctrina que cimiento la base del BGB pasó a un segundo plano. Se dejó de mencionar a la pandectística, a Savigny, Dernburg, Jhering, Windscheid y muchos otros eminentes autores del siglo XIX. De algún modo, el argumento «histórico» se redujo al escrutinio de los «motivos» y los «protocolos». El derecho alemán debía comprenderse y elaborarse por sí mismo. Ahora, la literatura jurídica italiana y francesa no podían realizar aporte alguno a la ciencia del derecho alemán⁵⁷.

En esa línea, la codificación produjo un aislamiento de la ciencia jurídica alemana de las experiencias foráneas, no solo en sentido vertical, sino horizontal. Consecuentemente, el horizonte jurídico quedó restringido a la prescripción normativa del BGB⁵⁸. No obstante, esta situación, ajena

(⁵²) El texto lleva por título *Die geschichtliche Schule in der Rechtswissenschaft* (1878)

(⁵³) **ZIMMERMANN, Reinhard.** *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile... óp. cit.*; p. 632.

(⁵⁴) Ídem, p. 633.

(⁵⁵) Ídem, p. 636

(⁵⁶) *Ibíd.*

(⁵⁷) Ídem, p. 637.

(⁵⁸) *Ibíd.*

a la tradición alemana que evocaba un genuino modo de hacer ciencia jurídica, no sería perpetua, como veremos a lo largo del presente trabajo.

Finalmente, en la ideología de la época, la codificación representó el momento de inflexión de la historia jurídica alemana⁵⁹.

En este cuadro -como veremos más adelante- se apresuró la elaboración del concepto de imposibilidad y el “descubrimiento” de la violación positiva del contrato -entre otros temas de particular relevancia para el mundo jurídico alemán de inicios de siglo XX⁶⁰-, y por ello, no sorprende que en el desarrollo y expansión de estas categorías (y análogas), el rol del método sea preponderante.

Resta ahora hacer una síntesis de lo relatado.

La experiencia de la codificación francesa pasó a ser el símbolo de la modernidad de un Estado nacional -concepto de raigambre sociológico-. Esa es la razón por la cual en Alemania se pretendió importar dicha técnica. No obstante, existe una notoria diferencia entre la codificación francesa y la -en un inicio pretendida y luego consumada- codificación alemana. Esta radicó en que si bien ambos son símbolos de modernidad y de progreso, el primero es antes que todo expresión de una victoria política y social en medio de un ambiente revolucionario; el segundo, es muestra del triunfo intelectual y cultural al que los padres del BGB creyeron haber arribado luego de convertir al Derecho Civil en una ciencia; una que fue inventada por ellos y para ellos.

La interacción entre estos dos modelos puede ser observado a partir del caso italiano. El paso de la cultura jurídica francesa a la cultura jurídica alemana trajo consigo una rigurosa transformación en la metodología de estudio. El paso de lo “analítico” -francés (método exegético)⁶¹- a lo “sintético” -alemán (método sistemático)-, trajo consigo no solo la reformulación de la manera de hacer derecho, sino la re-conceptualización de figuras que antes eran consideradas inveteradas.

⁽⁵⁹⁾ Ídem, p. 638.

⁽⁶⁰⁾ Ibíd.

⁽⁶¹⁾ Estamos pensando en la ciencia jurídica francesa de fines de siglo XIX e inicios de siglo XX.

En adelante, y teniendo presente el momento en el que se encontraba la dogmática alemana a inicios del siglo XX, corresponderá estudiar los problemas que surgieron -a partir de su particular, y consumada, metodología- en torno a uno de los clásicos temas de la dogmática alemana: la “obligación”.



Parte I

La (“nueva”) relación de obligación alemana: evolución de un «sistema móvil»

Sumario: §. Premisa y coordinadas de exposición: de la *obligation* a la *Schuldverhältnis* y la evolución de la doctrina alemana en torno al estudio de la “obligación”. – I. La conformación progresiva del contenido de la *Schuldverhältnis*. – 1.1. La «positive *Vertragsverletzungem*»: origen. El rígido -y aparentemente endémico- régimen de las “perturbaciones” del programa obligatorio en Alemania como condición sistémica y base para la «positive *Vertragsverletzungem*». – II. La «positive *Vertragsverletzungem*»: excurso histórico. – 2.1. La fórmula de Staub: el “principio jurídico”, fundamento y recepción crítica. – 2.2. Las consecuencias jurídicas de la «positive *Vertragsverletzungem*». – 2.3. La categoría del “deber” como parte integrante del contenido de la relación de obligación. – 2.4. La heterogénea composición del contenido de la *Schuldverhältnis*: los derechos llamados “potestativos”. – 2.4.1. (*sigue*)... antecedentes. – 2.4.2. Los *Gestaltungrechte* como “categoría”: clasificación y colocación «sistémica». – 2.4.3. “Exceptio” (*Einrede*). – 2.4.3.1. La controvertida naturaleza “autónoma” de la excepción material: a) ¿excepción perentoria? – 2.4.3.2. (*sigue*)...: b) excepción dilatoria. – III. La *Schuldverhältnis* como dinámica del contenido. – 3.1. El desenvolvimiento de las posiciones jurídicas en el seno de la relación de obligación. – 3.2. *Síntesis*: la *Schuldverhältnis* como «sistema móvil» y su significado histórico y material dentro del derecho alemán.

§. A la par del posicionamiento alemán en el centro de la evolución del *Civil Law*, un fenómeno similar -y consecuente- se venía presentando también respecto al estudio de la “obligación”.

Hoy aparece como un dato descontado en la ciencia jurídica -en general- identificar a la relación obligatoria como «compleja»⁶² (*Das Schuldverhältnis als Komplexe Einheit*, en la terminología de Gernhuber⁶³).

En efecto, se ha dicho que la obligación que nace del contrato tiende a presentarse no más como una relación elemental -clásico vínculo obligatorio singular⁶⁴- (limitado a la prestación debida

(62) La referencia es amplia, consúltese, entre otros, a **ZEPOS, Panajiotis**. *Zu einer „gestalttheoretischen“ Auffassung des Schuldverhältnisse*. En: AcP, núm. 6, 1956, p. 486 y ss.; **LARENZ, Karl**. *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*. En: JZ, núm. 4, 1962, p. 108 y ss.; **THIELE, Wolfgang**. *óp. cit.*; p. 654; **STÜRNER, Rolf**. *óp. cit.*; p. 384 y ss.; **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo... óp. cit.*; p. 124; Voce: *Obblighi di protezione... óp. cit.*; p. 1 (de la separata); ID. *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1, 2011, p. 66 y ss.; **CORDEIRO, António Menezes**. “Violação positiva do contrato”. En: ID. *Estudos de direito civil*. vol. I. 2da reimpressão. Coimbra: Almedina, 1994, p. 122 y ss.; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. *Contrato e deveres de protecção... óp. cit.*; p. 36 y ss.; ID. *Os deveres (ditos) “acessorios” e o arrendamento*. En: ROA, núm. 1, 2013, p. 267 y ss.; **WIEGAND, Wolfgang**. *Von der Obligation zum Schuldverhältnis. Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts*. Teil I. En: *Recht*, núm. 3, 1997, p. 86 y ss.; **GERNHUBER, Joachim**. *Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1989, p. 6 y ss.; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual... óp. cit.*; p. 323; **OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto**. *Deveres de protecção em relações obrigacionais... óp. cit.*; p. 495 y ss.; **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 32 y ss.

(63) **GERNHUBER, Joachim**. *Das Schuldverhältnis... óp. cit.*; pp. 7-9 (con énfasis en el debate en torno a la caracterización de la figura); atribuyéndole la denominación a este autor, v. **KUHLMANN, Kai**. *óp. cit.*; p. 46.

(64) v. **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual... óp. cit.*; p. 323.

en sentido estricto) sino como una “estructura compleja” (*komplexes Gebilde*⁶⁵), caracterizada por la presencia de una serie de deberes accesorios coordinados en un nexo funcional unitario⁶⁶ respecto al deber principal de prestación⁶⁷.

No obstante, es preciso indicar que ello no fue siempre así. De hecho, la *Komplexität*⁶⁸ de la relación de obligación es un constructo dogmático alemán que como parte del desarrollo metodológico expuesto, buscó la abstracción y sistematización de la tradicional “obligatio” (adoptada por el *Code*).

De hecho, si la abstracción que evoca la noción de relación de obligación compleja es contrastada con la perspectiva -de mediados de siglo XIX- de Savigny, quien concebía a la obligación como un señorío sobre una persona, mas no sobre su totalidad -porque en dicho caso se suprimiría la personalidad-, sino respecto a cada acto concreto que se conciben sustraídos de la libertad de quién es considerado deudor y por tanto sometido a la voluntad de quien se constituye como acreedor⁶⁹, se caería en la tentación de sentenciar una inexistente solución de continuidad entre la doctrina alemana de mediados del siglo XIX -representado por Savigny- y la “moderna” doctrina alemana de las primeras décadas del siglo XX, o -en el peor de los casos- que todo fue simple fruto del acaso.

Una conclusión como aquella dista considerablemente de la realidad.

Así pues, propósito mayúsculo será advertir que en el paso de la concepción de Savigny a la moderna perspectiva que concibe a la relación de obligación a partir de su carácter “complejo” subyace un particular proceso “evolutivo” que la dogmática alemana atravesó en su intento por lograr una abstracción totalizante del sintagma “obligación” y la consecuente emersión de la *Schuldverhältnis*.

(65) **MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ.** Schuldrecht I... *óp. cit.*; p. 4.

(66) **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 323.

(67) *v. MENGONI, Luigi.* *La parte generale delle obbligazioni...* *óp. cit.*; pp. 284-285; **SALVI, Cesare.** La responsabilità civile. Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. 2da ed. Milano: Giuffrè, 2005, p. 12.

(68) **MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ.** Schuldrecht I... *óp. cit.*; p. 4.

(69) *Cfr. SAVIGNY, Friedrich Karl von.* Le obbligazioni. Traduzione dall'originale tedesco con Appendici di Giovanni Pacchioni. vol. I. Torino: UTET, 1912, p. 4; **PACCHIONI, Giovanni.** “Concetto e origini dell’ “obligatio romana,,. Capo I. Le ricerche dei pandettisti e dei germanisti”. En: SAVIGNY, Friedrich Karl von. Le obbligazioni. vol. I. Appendici. Torino: UTET, 1912, p. 490.

En ese sentido, para comprender de forma cabal el surgimiento de la perspectiva que concibe a la obligación desde su carácter complejo -esto es, desde su aspecto dinámico- es preciso tomar conciencia que no basta con estudiar el debate que surgió en Alemania en torno al concepto mismo del término “obligación”, sino que igual de relevante -si no más- es profundizar en aquello que conforma el contenido de la relación de obligación y que expresa -en suma cuenta- la “complejidad” misma⁷⁰.

Para tal propósito, fijaremos nuestra atención no solo en el derecho de crédito y el consecuente deber de prestación (*Leistungspflichten*), sino que, además de estos, es impostergable hacer una referencia -aun cuando- sucinta al surgimiento de aquellos deberes denominados “accesorios” (*Nebenpflichten*) y “secundarios” -para lo cual fijaremos en el año 1902, con la obra de Staub, el momento de su “impulso”-; a la “revelación” que significó los denominados -por su descubridor, Seckel (1903)- *Gestaltungsrechte* (derechos conformativos) y a la controvertida categoría de las “excepciones” materiales⁷¹; para luego estudiar aquellos deberes que -como ya se detalló líneas atrás- Stoll en 1932 denominó *Schutzpflichten* y que se proponen también como parte del contenido de la *Schuldverhältnis*.

Ahora bien, para lograr el propósito anterior, conviene en principio abocarnos en el estudio de aquellos “deberes” denominados “accesorios”, siendo para tal efecto trascendental la referencia a la doctrina de la violación positiva del contrato -previa contextualización del momento normativo y doctrinario que se presentaba en Alemania-, a partir del cual se proyectó al escenario jurídico un universo paralelo y desconocido hasta ese momento para la ciencia jurídica del *Civil Law*.

I. La *positive Vertragsverletzungen* representa con seguridad uno de los momentos más importantes en la historia moderna de la dogmática de la obligación. La razón de ello no radica en la prolijidad que subyace a los argumentos que su autor expuso en ocasión de la presentación de su

(70) CORDEIRO, António Menezes. “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; pp. 123-125.

(71) Dedicaremos unas palabras a esta categoría (así como a los derechos potestativos) sobre todo por no haber merecido mayor atención de nuestra doctrina.

teoría, sino en la relevancia otorgada a un elemento que hasta ese entonces no ocupaba un lugar primordial dentro del esquema de la relación de obligación: el “deber accesorio”.

A fin de captar las implicancias y consecuencias derivadas del descubrimiento referido, es oportuno exponer el proceso que tuvo como síntesis el reconocimiento de tal deber ajeno al tradicional “deber de prestación”. Para tal propósito, resulta fundamental dar a conocer las condiciones del ordenamiento jurídico alemán que permitieron que una teoría como la de Staub surja.

1.1. La exigencia de «posibilidad»⁷² como requisito de la prestación debida generó, a lo largo de la historia, bastante incertidumbre cuando no controversia⁷³.

En efecto, pese a que el requisito de «posibilidad» -merced al carácter exegético propio de la tradición francesa- aparecía en el *Code* francés de forma fragmentaria⁷⁴, algunas veces en relación al objeto del contrato (*ex art. 1126 Code*), otras respecto a los bienes que se encontraban fuera del comercio antes del nacimiento de la “obligación” (*ex art. 1128 Code*), y otras a propósito de la pérdida del bien debido por alguna de las partes (*ex art. 1302 Code*), la expresión «imposibilidad de la prestación» -fuertemente arraigada hoy en el Derecho Continental, así como en nuestro *medio*⁷⁵- no

(72) De “exigencia de carácter lógico” habla **COTTINO, Gastone**. *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*. Milano: Giuffrè, 1955, p. 4 (nt. 3).

(73) **CORDEIRO, António Menezes**. “A «impossibilidade morab»: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”. En: ID. *Estudos de direito civil*. vol. I. 2a reimpressão. Coimbra: Almedina, 1994, p. 102 (nt. 12); ID. *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. vol. I. 2a. ed. Coimbra: Almedina, 2000, p. 169.

(74) *Cfr.* **RABEL, Ernst**. “Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“”. En: AA.VV. *Mélanges Gérardin*. Paris: Sirey, 1907, p. 473.

En adelante, la referencia a las normas del *Code* y el BGB podrán referir tanto a aquellas que se encontraban vigentes hasta antes de la reciente reforma normativa que ambos modelos experimentaron durante el presente siglo XXI, así como a aquellas que como consecuencia de esto último quedaron positivizadas en dichos cuerpos normativos. Por regla general, y en defecto de indicación expresa, regirá la primera alternativa, salvo que del contexto se infiera lo contrario.

(75) Al respecto los arts. 140.2 (objeto física y jurídicamente posible), 1316. (imposibilidad de la prestación no imputable al deudor), y 1431 (resolución por imposibilidad) del Código Civil de 1984. Con relación a la imposibilidad y su papel en el esquema de la responsabilidad *ex contractu*, *v.* **PALACIOS MARTINEZ, Eric**. “El incumplimiento de las obligaciones”. En: *Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento*. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 141 y ss.; **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias*. En: *Advocatus*, núm. 13, 2005, p. 143 y ss.; y durante la vigencia del Código Civil de 1936, *v. tb.* **CORNEJO, Ángel Gustavo**. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo II. Derecho de las obligaciones. vol. I. De las obligaciones en sí mismas. Transmisión de las obligaciones. Extinción de las obligaciones. Segunda edición cuidadosamente corregida. Lima: Impr. Gil., 1939, p. 299 y ss. (la primera edición data de 1938 y fue publicado por el Taller de Linotopía en Lima); **LEÓN BARANDIARÁN, José**. *Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de obligaciones*. Tomo II. De las obligaciones y sus modalidades. De los efectos de las obligaciones. Lima: Impr. Gil, 1939, p. 417 y ss.; entre otros. Para mayor profundidad, *v.* Cap. II y III.

formaba parte central del repertorio de la jurisprudencia francesa de fines de siglo XIX. En esa línea, no sorprende advertir una manifiesta ausencia de una construcción dogmática en torno a la “regla” de la imposibilidad.

Una situación opuesta aconteció en Alemania, en donde, también merced a su propia tradición “científica”, la teoría de la imposibilidad se constituyó como pilar fundamental dentro de la Parte General del derecho de las relaciones de obligación⁷⁶.

Atendiendo a lo expuesto por Rabel⁷⁷, la teoría de la imposibilidad (o, si se quiere, la “exigencia de posibilidad” como requisito para el cumplimiento de la prestación) en el derecho alemán, cuyos orígenes se remontaban a Savigny⁷⁸, se fundó esencialmente sobre la base de los trabajos de Mommsen⁷⁹, resultando atribuible a Windscheid el “mérito de haber popularizado sus resultados” entre la doctrina alemana de fines de siglo XIX. De hecho, a pesar de que la teoría logró captar entre sus adeptos a notables autores de la época como Brinz y Hartmann, fue gracias a la figura y autoridad de Windscheid⁸⁰ que esta terminó siendo recogida en el BGB⁸¹.

(76) **RABEL, Ernst.** “Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“... *óp. cit.*; p. 473.

(77) *v.* **RABEL, Ernst.** Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine Kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sonderdruck aus der E.I. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten FS: „Aus Römischen und Bürgerlichem Recht“. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger, 1907, *passim*; ID. Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“... *óp. cit.*; p. 473 y ss.

(78) **SAVIGNY, Friedrich Karl von.** Le obbligazioni... *óp. cit.*; *passim*; ID. Sistema di diritto romano attuale. vol. III. Trad. di Vittorio Scialoja. Torino: UTET, 1891, p. 263 y ss.

(79) Principalmente en *Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse* (1853) *Zur Lehre von dem Interesse* (1855), y *Die Lehre von der Mora, nebst Beiträgen zur Lehre von der Culpa* (1855) -*Beiträge zum Obligationenrecht I, II, III Braunschweig, Schwetschke.*

(80) **WINDSCHEID, Bernard.** Diritto delle pandette. vol. II - parte prima. Trad. de Fadda e Bensa. Torino: UTET, 1904, p. 398 y ss.; y en relación con ello, *v.* **CORDEIRO, António Menezes.** Tratado de Direito Civil Português. vol. II, Tomo IV - Direito das Obrigações. Coimbra: Almedina, 2010, p. 169. En esa línea, otro sector de la doctrina ha señalado que los estudios de *Mommsen* -caracterizado por la abstracción y el “excesivo” conceptualismo (*Cfr.* **RABEL, Ernst.** “Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“... *óp. cit.*; 474)- habrían quedado en el olvido si es que estos no hubieran impresionado a Windscheid, y a partir de este, a los “padres” del BGB (*v.* **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition. Cape Town, Wetton and Johannesburg: Juta & Co. Ltd, 1992, p. 810; **PINTO, Paulo Mota.** Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 2008, p. 164; **FEOLA, Maria.** “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 85).

(81) **RABEL, Ernst.** “Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“... *óp. cit.*; p. 473.

Más tarde, merced a las investigaciones efectuadas por Wollschläger⁸², se determinó que la “posibilidad” se fue implementando como requisito de forma paulatina, a partir del derecho romano⁸³, y hasta el iusracionalismo⁸⁴.

Lo cierto es que hasta antes de la reciente reforma del BGB, el derecho alemán presentaba una falta de sistematización respecto al régimen de imposibilidades⁸⁵, la misma que, como se sabe, fue fruto de una evolución histórica turbulenta y consecuente con la ausencia de una doctrina general de las perturbaciones de la prestación⁸⁶.

Ahora bien, la importancia⁸⁷ de la imposibilidad⁸⁸ de la prestación, antes de la reforma, era indiscutible en el estudio de la sistemática del no cumplimiento contractual. De hecho, al no ser la

(⁸²) Este autor plasmó el resultado de sus investigaciones en su obra *Die Entsebung der Unmöglichkeitstheorie* (1970).

(⁸³) Existe cierto hermetismo en torno al origen del enunciado “imposibilidad”, dado que, en principio, en las fuentes romanas (fragmento de Celsus), solo se hacía referencia a la denominada “imposibilidad originaria”, la cual traducía el principio lógico de no contradicción (D.50.17.185: *impossibitium nulla est obligatio*). Por el contrario, para la imposibilidad sobrevenida no existía una máxima simétrica. A pesar de ello, y sobre la base de la casuística de la época romana, le correspondió a la doctrina pandectística la identificación de la imposibilidad de la prestación en el siguiente fragmento: “casus a nullo praestantur” (D. 50, 17, 23). Al respecto, v. **MENGONI, Luigi**. *Responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 89 (nt. 7).

(⁸⁴) v. **CORDEIRO, António Menezes**. *Tratado de Direito Civil Português II/IV...* *óp. cit.*; p. 170.

(⁸⁵) De ahí que Mommsen haya afirmado que la “imposibilidad” no fue objeto de un tratamiento unitario, quedando reducida la doctrina en torno a ella a la exposición fragmentada de sus aristas problemáticas, al punto que la misma no siempre formaba parte de los manuales. *Cfr.* **PINTO, Paulo Mota**. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I...* *óp. cit.*; p. 161 (nt. 542).

(⁸⁶) **CORDEIRO, António Menezes**. *Da modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina, 2004, p. 105. Notar que la expresión “régimen de perturbación de las prestaciones” -entendiendo por ella todas las circunstancias que no permiten la ejecución o ejecución correcta de la prestación- será acuñada en lo sucesivo por Heinrich Stoll.

(⁸⁷) De “zona alpina” del derecho de las obligaciones habla Mengoni, en línea con el pensamiento de Henle. v. **MENGONI, Luigi**. “Note sull’impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro”. En: AA.VV. *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja*. vol. IV. Bologna: Zanichelli, 1953, pp. 261-289 (ahora en ID. *Scritti II. Obbligazioni e negozio a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi*. Milano: Giuffrè, 2011 p. 105; en adelante, el citado corresponderá a esta versión).

(⁸⁸) Cabe indicar que la importancia y particularidad de la *Unmöglichkeit* en Alemania no encuentra correlato en otros ordenamientos como el Francés ni en los países anglosajones. *Cfr.* **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *O novo direito das obrigações na Alemanha*. En: *Revista da EMERJ*, vol. 7, *núm.* 27, 2004, p. 13; *tb.* **STEINER, Renata Carlos**. *Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação: da violação positiva do contrato*. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Universidade Federal do Paraná, 2009, p. 152 (de la versión mecanografiada).

“imposibilidad” un concepto comprendido dentro de la idea del “incumplimiento” (como en el *Code*)⁸⁹, esta representaba un tipo de “no ejecución de la prestación debida” al lado de la mora.

En efecto, las dos hipótesis de perturbación de la prestación típicas -ancladas en el esquema de la imposibilidad- fueron consecuentemente (i) la imposibilidad “culposa” del cumplimiento de la prestación, la cual se presentaba a través de la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor (*Nacht rägliche zu vertretende Unmöglichkeit*) (§ 280 BGB), y (ii) la mora de la prestación imputable al deudor (*Verzug*) (§ 286 BGB)⁹⁰.

Lo cierto es que la imposibilidad, en tanta consecuencia natural de la hipótesis de hecho que la provocaba, no era susceptible de ser valorada por el ordenamiento. Lo realmente importante y trascendente yacía en el evento que provocaba la imposibilidad del cumplimiento de la prestación debida. Si dicho evento era imputable al deudor, entonces este asumía las consecuencias jurídicas derivadas del no cumplimiento de su prestación (ergo, su imposibilidad) en favor del acreedor. Al contrario, cuando la causa de la imposibilidad no le era atribuible, entonces este no asumía responsabilidad producto de su “no cumplimiento”⁹¹.

(⁸⁹) Dado que el BGB carecía de un régimen general de incumplimiento, la “imposibilidad” no podía ser una “manera de incumplir”, sino la forma de “inejecutar” -con culpa o sin ella- la prestación debida. La responsabilidad derivada del mismo ponía el acento en el comportamiento que ocasionaba la imposibilidad, antes que en el hecho mismo de la no satisfacción del acreedor.

(⁹⁰) *v.* **STOLL, Heinrich**. *Vertrag und Unrecht II...* *óp. cit.*; p. 166; **ZIMMERMANN, Reinhard**. *The law of obligations...* *óp. cit.*; p. 812; **KUHLMANN, Kai**. *óp. cit.*; p. 51; y *tb.* **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 373; **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 129; ID. *Voce: Obblighi di protezione...* *óp. cit.*; p. 2 (de la separata); **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 119; **SESSLER, Anker**. *óp. cit.*; p. 30; **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 202; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 28; **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 34; **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 63.

(⁹¹) *Cfr.* **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *O novo direito das obrigações na Alemanha...* *óp. cit.*; pp. 12-13.

En esa línea, lo que determinaba que el evento que causaba la imposibilidad sea imputable al deudor era la culpa⁹². Así pues, si el evento que originaba la imposibilidad era consecuencia del accionar culposo de parte del deudor, este asumía una específica “obligación” de resarcir los daños generados al acreedor lesionado en su interés como consecuencia del no cumplimiento. Al contrario, si el evento que originaba la imposibilidad no era consecuencia del accionar culposo del deudor, este quedaba liberado de su condición de deudor, resultando extinta la relación de obligación.

Por tales consideraciones, Canaris aduce que la categoría de la imposibilidad poseía en el BGB -antes de la reforma- una doble función: (i) de un lado, era el fundamento de la liberación del deudor de (lo que ahora se conoce como) su deber primario de prestación; (ii) por el otro, figuraba, conjuntamente con la mora, como fundamento del derecho del acreedor a lograr el resarcimiento de los daños sufridos como consecuencia de la quiebra por parte del deudor de sus deberes derivados de la relación de obligación⁹³.

Nótese que esta última consecuencia se deriva de una premisa: imputar al deudor la imposibilidad de la prestación no traía consigo la posibilidad para el acreedor de forzar el

(92) **CASTRONOVO, Carlo.** *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso...* *óp. cit.*; p. 321. La “culpa” ocupaba un lugar privilegiado en el sistema alemán de responsabilidad civil de inicios de siglo XX, bien sea para aquella derivada de la inexecución de obligaciones como para la proveniente del ilícito. De ahí la frase de Rudolf von Jhering (1867): “no es el daño el que obliga al resarcimiento, sino la culpa”. En consecuencia, “no hay responsabilidad si no existe culpa”. En general, sobre el papel actual y la evolución de la *culpa* (Culpa-Doktrin) en el *Civil Law*, en clave comparatista, *v.*, entre otros, **BRÜGGEMEIER, Gert.** *Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht.* En: AcP, *núm.* 182, 1982, pp. 385-452; **RODOTÀ, Stefano.** Il problema della responsabilità civile. Studi di diritto civile diretti di Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Pasarelli. Ristampa inalterata. Milano: Giuffrè, 1967, p. 64 y ss. ID. *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile.* En: *Resp. prev.*, vol. XLIII, 1978, p. 3 y ss.; **SALVI, Cesare.** *óp. cit.*; pp. 16-17; y, en sede nacional, durante la vigencia del Código Civil de 1852, *v.* una aproximación en **BOZA, Edilberto.** *La responsabilidad civil.* En: *Rev. Foro*, año XVII, 1930, p. 8 y ss.; y en la doctrina reciente (del Código Civil de 1984), entre otros, **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual. Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil vol. IV. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1988, p. 89; ID. *La responsabilidad extracontractual en la historia del Derecho Peruano.* En: *Themis*, *núm.* 50, 2005, p. 209; y **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** *De la culpa ética a la Responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano).* En: *Themis*, *núm.* 50, 2005, p. 238 y ss.

(93) **CANARIS, Claus Wilhelm.** “Zur Bedeutung der Kategorie der “Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen”. En: SCHULZE, Reiner - Hans SCHULTE-NÖLKE. Tübingen: Mohr Siebeck, 2001, p. 44 y ss. En la misma línea, **STEINER, Renata Carlos.** “Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no Direito das Obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão”. En: TEPEDINO, Gustavo e Luiz Edson FACHIN. Diálogos sobre Direito Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar, 2012, p. 715; **CASTRONOVO, Carlo.** *Obblighi di protezione e tutela del terzo...*, *óp. cit.*; p. 128.

cumplimiento de la prestación (ejecución forzada); al contrario, hacia surgir -en la esfera jurídica del deudor- una específica “obligación” de resarcimiento⁹⁴.

Lo expuesto conllevó a afrontar una realidad en donde solo a través de la configuración de la imposibilidad⁹⁵ -ya sea imposibilidad sobrevenida de la prestación por culpa del deudor o imposibilidad *pro tempore* (mora)⁹⁶- podía ocurrir la perturbación del programa obligatorio, y consecuentemente del contrato, quedando el acreedor legitimado para solicitar el resarcimiento de los daños o -alternativamente⁹⁷- el receso (*Rücktritt*) del mismo.

De esta manera, en el BGB, el no cumplimiento del deber de prestación quedaba circunscrito en la denominada “violación del contrato” (*Vertragsverletzungen*), el cual -en palabras de Esser- debía ser entendido como cualquier perturbación a la normal ejecución del contrato imputable -de manera culposa- al deudor⁹⁸.

Por otra parte, respecto a la imputación de la violación del deber de prestar, se debe precisar que el sistema alemán de responsabilidad contractual -inejecución de obligaciones- se concentraba en juzgar el comportamiento del deudor, de modo que para el resarcimiento de los daños en favor de este último precisaba -necesariamente- la “culpa” del primero.

(⁹⁴) *v.* **CORDEIRO, António Menezes**. Tratado de Direito Civil Português II/IV... *óp. cit.*; p. 169.

(⁹⁵) **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...*, *óp. cit.*; pp. 128 - 129.

(⁹⁶) **VENOSTA, Francesco**. *óp. cit.*; p. 850.

(⁹⁷) Conforme regulaba el § 325 del BGB -antes de la reforma-, una vez que el cumplimiento de la prestación devenía imposible por causa imputable al deudor, el acreedor podía exigir el resarcimiento por no cumplimiento “o” el receso (*Rücktritt*) del contrato. Dicha disposición, considerada por cierto sector de la doctrina como un “error legislativo”, impedía el “cúmulo” de ambas figuras, lo cual ocasionaba una serie de problemas. Uno de estos se presentaba en la hipótesis en donde ya hubiera existido, por parte del acreedor, el cumplimiento de la contraprestación, viendo limitado la posibilidad de solicitar la restitución de lo cumplido (efecto de la terminación) y -adicionalmente- el resarcimiento de los daños. Aunado a una serie de circunstancias que particularizaron el sistema alemán de terminación del contrato y el resarcimiento de los daños, surgieron una serie de teorías cuya finalidad radicaba en superar los efectos nocivos derivados de la imposibilidad del “cúmulo”, entre estas las denominadas “*Surrogationstheorie*” (teoría de la subrogación) o “*Austauschtheorie*” (teoría de la permuta), por un lado, y la “*Differenztheorie*” (teoría de la diferencia), por otro. Para un análisis profundo del tema en cuestión, y con amplias referencias doctrinarias, aunque identificando el *Rücktritt* alemán con la “resolución”, *v.* **PINTO, Paulo Mota**. “Resolução e indenização por inadimplemento do contrato”. En: AAVV. VI Jornada de Direito Civil. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários, 2013, p. 26 y ss.; y antes en ID. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I... *óp. cit.*; p. 161 (nt. 543).

(⁹⁸) Así lo refiere **STEINER, Renata Carlos**. “Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no Direito das Obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão”... *óp. cit.*; p. 15.

En otras palabras, este régimen específico de imposibilidad del BGB no solo debía ser comprendido a partir de sus dos manifestaciones, sino que una cabal comprensión advertirá que el mismo se particulariza toda vez que el sistema pretende juzgar -sobre todo- el comportamiento -necesariamente culposo- de quien “hace” imposible el cumplimiento de la prestación, exponiéndolo a la terminación del contrato y conminándolo a asumir su responsabilidad mediante el cumplimiento de una obligación resarcitoria.

En este contexto se asentará la teoría de la violación positiva del contrato.

II. La denominada violación positiva del contrato⁹⁹ representó -de manera sintética- las peculiaridades propias del otrora recién vigente BGB¹⁰⁰, de ahí que la dimensión de esta haya sido resaltado por la doctrina¹⁰¹, la cual llegó a calificar a la *pVV* como uno de los “descubrimientos jurídicos¹⁰²” de mayor relevancia a lado de la develación que significó la *c.i.c.*¹⁰³, siendo que ambas

-
- (⁹⁹) Al respecto, entre otros, **FREITAG, Oscar**. *Schlechterfüllung und Schlechterbringung: Zur Systematik der "positiven Vertragsverletzung"*. Breslau: Marcus Verlag, 1932, *passim*; **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 1 y ss.; ID. *Vertrag und Unrecht II...* *óp. cit.*; p. 175 y ss.; **KÖPCKE, Günther**. *Typen der positiven Vertragsverletzung*. Stuttgart: Kohlhammer, 1965, *passim*; **FROST, Marina**. *óp. cit.*; p. 139 y ss.
- (¹⁰⁰) *v.* **CORDEIRO, António Menezes**. “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; pp. 131-132.
- (¹⁰¹) En efecto, la valoración de la teoría de Staub al nivel de la clásica propuesta de Rudolf von Jhering ha sido expresada por Eike Schmidt en el *nachwort* a la reimpresión de la obras de estos últimos autores, en donde afirma que tanto la *culpa in contrahendo* como la *positiven Vertragsverletzungen* representan dos de los más importantes descubrimientos en el campo del derecho de las obligaciones. *v.* **SCHMIDT, Eike**. “Nachwort” En: ID (edit). *Jhering, Culpa in contrahendo und Staub, Die positiven Vertragsverletzungen*. Bad Homburg: Gehlen, 1969, p. 131.
- (¹⁰²) El calificativo es atribuible a **DÖLLE, Hans**. “Juristische Entdeckungen”. En: AA.VV. *Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages*. vol. II. Tübingen: Mohr Siebeck, 1959, p. 1 y ss.; en igual sentido, **POULIADIS, Athanassios**. *óp. cit.*; p. 49; **MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ**. *Schuldrecht I...* *óp. cit.*; p. 55; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”. En: HAUPT, Günter. *Sui rapporti contrattuali di fatto*. Trad. de Giovanni Varanese. Studi di diritto comparato. Collana diretta da Aldo Berlinguer - Rocco Favale - Maurizio Oliviero - Massimo Papa - Lucio Pegoraro - Gian Maria Piccinelli - Antonino Procida Mirabelli Di Lauro - Mario Serio. Torino: Giappichelli, 2012, p. 11; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 87.
- (¹⁰³) *v.* **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 30; **FRADERA, Vera Maria Jacob de**. *A quebra positiva do contrato*. En: Revista da AJURIS, *núm.* 44, 1988, p. 146; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 11; **PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino**. “Obbligazione-Prestazione-Protezione”... *óp. cit.*; p. 126. Desde otra perspectiva, pero sin restarle importancia, se ha señalado que incluso si no se considera al trabajo de Jhering como un verdadero “descubrimiento jurídico”, no puede dudarse que el mismo si representó “algo que era totalmente desconocido”, lo que hizo de este “uno de los escritos de doctrina jurídica más celebres”; así, *Cfr.* **PINTO, Paulo Mota**. *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I...* *óp. cit.*, p. 180.

“instituciones” presentaron una progresiva e inexorable aceptación general tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial¹⁰⁴.

Como ha sido ampliamente difundido, la historia de la violación positiva del contrato tuvo como punto de partida el trabajo del abogado berlinés Staub, quien como parte de su participación en el *Festschrift für den XXVI - deutschen Juristentag*¹⁰⁵ de septiembre de 1902, ofreció una ponencia titulada *Die positiven Vertragsverletzungen und ihre Rechtsfolgen*¹⁰⁶ (Las violaciones positivas del contrato y sus consecuencias jurídicas), cuya trascendencia resultó sumamente significativa.

Un año y medio después -en abril de 1904- Staub publicó su famosa obra bajo el título “*Die positiven Vertragsverletzungen*”; escrito¹⁰⁷ pionero¹⁰⁸, cuya motivación recayó en las exigencias prácticas¹⁰⁹ de la época, precisando que los dos primeros capítulos reproducían cuanto había expuesto en la *deutschen Juristentag*¹¹⁰.

(104) v. **LARENZ, Karl**. Metodologia da Ciência do Direito. Trad. de José Lamego. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 328; **PINTO, Paulo Mota**. Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I... *óp. cit.*, p. 180.

(105) De esto da cuenta **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 2.

(106) Cfr. **VARANESE, Giovanni**. Il contratto con effetti protettivi per i terzi. *óp. cit.*, p. 14 (nt. 8); **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. Responsabilidad civil de propietario o administrador de estacionamientos públicos: un caso de aplicación de la teoría de los deberes de protección. Tesis (Lic.). Lima: PUCP, 2010, f. 148.

(107) En adelante, la edición consultada es **STAUB, Hermann**. Le violazioni positive del contratto (*Die positiven Vertragsverletzungen*). Trad. de Giovanni Varanese. Collana diretta dal Dipartimento di Scienza giuridico-sociale e dell'Amministrazione dell'Università degli Studi di Molise. Napoli: ESI, 2001, *passim*.

(108) Como ya se señaló, la distancia que durante el siglo XIX e inicios del siglo XX separaba al desarrollo dogmático alemán respecto al italiano era perceptible desde cualquier ángulo. En efecto, concentrándonos en los temas de Derecho Civil, cabe indicar que “cuando la joven “civilística” italiana se ocupa de los problemas del negocio jurídico, de la declaración de voluntad, del poder y de otros temas de la “parte general”, y valoraba la obra de la *pandectística*, en Alemania ya había comenzado una nueva era metodológica”. En efecto, (...) “después de la entrada en vigor del BGB, la “civilística” alemana de inicio de siglo -XX- comenzaba, en un primer momento, a ocuparse del nuevo código desde una perspectiva casi exegética y, al mismo tiempo, a criticar la inspiración dogmática conceptual. La literatura anterior comenzó a ser objeto de duras críticas”. Así, v. **RANIERI, Filippo**. *Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico...* *óp. cit.*; p. 826. Frente a dicha situación, el estudio de Staub adquirió relevancia a partir de un esfuerzo del autor por apartarse del carácter meramente exegético que, como se señaló, generó adeptos una vez que entró en vigor el BGB. En ese sentido, v. **GUELLA, Elena** *óp. cit.*, p. 11.

(109) v. **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 29; *ib.* **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 128; y **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 3.

(110) Cfr. **GUELLA, Elena**. *óp. cit.*; p. 11; igualmente, **FAVALE, Rocco**. “Presentazione”. En: STAUB, Hermann. Le violazioni positive del contratto (*Die positiven Vertragsverletzungen*). Trad. de Giovanni Varanese. Collana diretta dal Dipartimento di Scienza giuridico-sociale e dell'Amministrazione dell'Università degli Studi di Molise. Napoli: ESI, 2001, p. 11.

La *grundlagen* de la obra de Staub debe entenderse a partir del contexto en el cual fue concebido. En efecto, en principio, Staub buscó exponer una realidad no advertida¹¹¹: la existencia de una serie de casos que pese a representar una efectiva violación de la obligación -o al menos así debían ser concebidos- no encontraban correlato en los típicos supuestos de la “imposibilidad” o de la mora¹¹², lo que impedía a los acreedores recurrir a la tutela resarcitoria *ex contractu*.

De esta forma, a la ausencia de regulación específica para los casos no subsumibles en el sistema típico de perturbaciones¹¹³, o denominada también “laguna gigantesca del BGB¹¹⁴”, Staub dedicó su novedoso estudio.

Para sustentar su posición, Staub partió por evidenciar su “descubrimiento”: la existencia de la laguna normativa referida, la cual demostró al advertir que en el BGB el deudor solo respondía por la no realización de la prestación (o generación de la imposibilidad)¹¹⁵. La prueba que empleó para ello fue simple pero novedosa: bastaba contemplar las disposiciones contenidas en el BGB, básicamente el § 280 BGB, en el cual se establecía la obligación del deudor de resarcir al acreedor cuya prestación en su favor imposibilite, y el § 286 BGB, cuya redacción hacía referencia únicamente

-
- (¹¹¹) Cabe señalar que antes de la obra de Staub, otro autor alemán, Friedrich Mommsen, había advertido que en la hipótesis de violación (producto de la “buena fe”) de una obligación de revelar los vicios (información) de la cosa al comprador, no se puede hablar de imposibilidad de la prestación. Al respecto, **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 373 (nt. 34).
- (¹¹²) *v.* **CASTRONOVO, Carlo**. Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 461. De “incumplimiento” hablaba **MAJELLO, UGO**. *óp. cit.*; p. 65.
- (¹¹³) **HIMMELSCHNEIN, Jury**. *Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung*. En: AcP, núm. 158, 1959-1960, p. 273; **CASTRONOVO, Carlo**. Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 461.
- (¹¹⁴) En ese sentido, entre otros, *v.* **HIMMELSCHNEIN, Jury**. *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*. En: AcP, núm 135, 1932, p. 268; **KOTULLA, Michael**. *Die historischen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtsinstituts der "positiven Forderungsverletzung"*. En: ZRG, vol. 108, 1991, p. 358; **ZIMMERMANN, Reinhard**. The law of obligations... *óp. cit.*; p. 812; **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 373; **CORDEIRO, António Menezes**. “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; p. 132; **CASTRONOVO, Carlo**. Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 461; ID. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 2 (de la separata); **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 202; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 29; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta” En: AA.VV. Estudos Comemorativos dos Vinte Anos da Faculdade de Direito de Bissau. vol. I. Lisboa: S/E, 2010, p. 1 (de la versión mecanografiada); **STEINER, Renata Carlos**. *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX*. En: RTDC, vol. 47, 2011, p. 255; **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 62.
- (¹¹⁵) **CORDEIRO, António Menezes**. Tratado de Direito Civil Português II/IV... *óp. cit.*; p. 189; **FRADERA, Vera Maria Jacob de**. *óp. cit.*; p. 147.

al resarcimiento debido por el deudor que en ocasión del retardo en el cumplimiento de la prestación ocasionaba daños al acreedor¹¹⁶.

De esta forma, a partir de la normativa del BGB, Staub advirtió la presencia de una laguna que se manifestaba al considerar numerosas hipótesis casuísticas no subsumibles a la normativa del BGB¹¹⁷, en donde la “violación” de la obligación se generaba a partir del desenvolvimiento de una conducta positiva; esto es, (i) realizando el deudor una acción que debía omitir (*jemand tut was er unterlassen soll*), o (ii) cumpliendo esta la prestación debida, pero en un modo inexacto¹¹⁸.

Frente a tal contexto, la laguna advertida no podía soslayarse ni calificarse como exigua, sino que, al contrario, la misma debía ser atendida prioritariamente por la doctrina.

Desde la perspectiva de Staub, los supuestos de perturbación del programa obligatorio (*Leistungsstörung*), en su fisonomía, respondían a un comportamiento caracterizado por la omisión¹¹⁹. En efecto, tanto la imposibilidad de la prestación por culpa del deudor como el retardo culposo en el cumplimiento de la prestación del deudor -mora- (*Verzug*) representaban un “no hacer” por parte del deudor. Dicho no hacer culposo conllevaba a que la prestación devenga (naturalmente) imposible - de forma irreversible- o temporalmente imposible (imposibilidad pro-tempore¹²⁰), desde la interpelación en mora.

Por el contrario, los casos advertidos por Staub, no representaban una omisión (un no hacer aquello que se debe¹²¹) de parte del deudor, sino una comisión; esto es, un *facere*¹²². Esto puede corroborarse al analizar los dos supuestos que describen la *pVV*. Así, respecto al supuesto en donde “el deudor realiza una acción que debía omitir”, se puede advertir que el deudor de la “obligación”

⁽¹¹⁶⁾ v. **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 39.

⁽¹¹⁷⁾ **ZIMMERMANN, Reinhard**. *Remedies for non-performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law*. En: *EdinLR*, vol. 6, 2002, p. 277.

⁽¹¹⁸⁾ *Cfr.* **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 39; **STOLL, Heinrich**. *Vertrag und Unrecht II...* *óp. cit.*; p. 175; **FROST, Marina**. *óp. cit.*; pp. 139-140; **GUILLA, Elena**. *óp. cit.*; p. 13; **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 203 (nt. 340).

⁽¹¹⁹⁾ **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 42.

⁽¹²⁰⁾ v. **VENOSTA, Francesco**. *óp. cit.*; p. 850.

⁽¹²¹⁾ **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 61.

⁽¹²²⁾ v. **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 39; **CASTRONOVO, Carlo**. *Problema e sistema nel danno da prodotti...* *óp. cit.*; p. 461.

actúa un comportamiento comisivo que -a criterio de Staub- debía de evitarse¹²³. De igual forma, en la hipótesis en donde la prestación debida es cumplida de modo inexacto, se advierte que la ocurrencia del mismo se da cuando el deudor, al cumplir de modo inexacto, actúa un específico comportamiento que debía evitar si es que no pretendía distorsionar la prestación a la cual este se encontraba obligado.

En otras palabras, el deudor, de acuerdo a las hipótesis de imposibilidad regulados en el BGB, cumplía su obligación si es que no omitía de forma culposa la realización de aquello que evitaba la producción de la imposibilidad o la mora (violación negativa); en la *pVV*, Staub pensó que el deudor no cumplía su obligación si es que este actuaba de forma culposa un determinado comportamiento que debía omitir o realizar en modo diverso (violación positiva)¹²⁴.

De esta forma, es posible señalar que el BGB contemplaba el “no cumplimiento” a partir de la “no actuación” de un comportamiento¹²⁵, mas no desde la “actuación” de un comportamiento¹²⁶. Nótese que acá, el término comportamiento debe connotar este otro denominado “deber”, y que se vincula a la prestación; de ahí que para un sector de la doctrina la *pVV* representa un “deber secundario de omisión” que conforma el revés del legislado “deber positivo de prestación”¹²⁷.

2.1. Dado que el trabajo de Staub respondía a una motivación pragmática, no sorprende la casuística detrás del mismo. Así, los ejemplos con los que comienza la obra de Staub no son otra cosa que experiencias cotidianas. En ese sentido, dentro de la gama de casos expuestos por Staub, violaría positivamente el contrato aquel que obligándose a no re-vender en Francia unas lámparas compradas, lo hacía de todos modos; el comerciante que vendía una sustancia luminiscente de su producción, sin haber advertido al comprador que dicha sustancia contenía elementos explosivos; acto seguido, la sustancia luminiscente causaba daños severos en el negocio del adquirente; el agente que,

(123) Para Staub, dichos comportamientos debían evitarse; caso contrario, correspondería el resarcimiento de los daños generados, *v. STAUB, Hermann. óp. cit.*; p. 40.

(124) *Ibíd.*; **TURCO, Claudio. óp. cit.; p. 203; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.**

(125) Entiéndase, “(...) el deudor deja de prestar y, con eso, incumple lo acordado”. En estos términos, **STEINER, Renata Carlos.** *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX...* *óp. cit.*; p. 255.

(126) Refiriendo a un “comportamiento contrario a la actuación de la obligación”, *v. CASTRONOVO, Carlo.* *Voce: Obblighi di protezione...* *óp. cit.*; p. 2 (de la separata).

(127) *v. MENGONI, Luigi.* *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 373.

negligentemente, elaboraba un informe inexacto acerca de la solvencia de uno de sus clientes; el empleado que vendía, de manera culposa, un determinado producto por debajo del precio debido; entre otros¹²⁸.

Ahora bien, respecto a los casos expuestos, Staub partía por considerar que “nadie podría dudar que, en todos estos, la parte que viola sus “deberes” debiera estar obligada a resarcir a la otra el daño derivado de la referida violación”¹²⁹. Sin embargo, como podrá advertirse, esta “consideración”, sin un fundamento jurídico, representaba más una convicción personal antes que la consecuencia jurídica de una determinada disposición normativa, en tanto que el propio Staub consideraba que los casos expuestos no eran subsumibles en el *Tatbestand* previsto en el § 286 BGB¹³⁰.

Partiendo de la premisa de la ausencia de una disposición normativa aplicable para los casos de violación positiva del contrato, Staub emprende un proyecto más ambicioso que el simple reconocimiento de un problema: el planteamiento de una solución a partir de la “consideración” referida. De esta forma, el abogado berlinés comienza por preguntarse, ¿cómo se puede justificar este principio?, ¿en qué disposición legislativa se basa?¹³¹.

A efectos de responder estas interrogantes, Staub refiere que anteriormente, al comentar el *Allgemeinen Deutschen Handelsgesetzbuch*, y para la tipología de los casos expuestos, determinó que el fundamento jurídico de la obligación resarcitoria recae en un *principio jurídico* existente en el BGB, no de modo explícito, sino implícito, según el cual la consecuencia jurídica de la violación culpable de una “obligación” consistía en la “obligación” de resarcir los daños generados, a menos que esta consecuencia jurídica sea excluida por la ley¹³².

(128) v. **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; p. 39; con relación a estos casos, **MAJELLO, UGO.** *óp. cit.*; p. 65; **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.** *óp. cit.*; f. 148.

(129) *Ibíd.*; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.

(130) **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; p. 40.

(131) *Ibíd.*; **GUELLA, Elena.** *óp. cit.*; p. 13; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.

(132) **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; p. 40.; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 30 (nt. 41); **FAVALE, Rocco.** “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 63; **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.** *óp. cit.*; f. 149.

Ahora bien, dado que desde dicha ocasión un sector de la doctrina alemana contemporánea - al tiempo de Staub- intentó rebatir el carácter implícito del principio enunciado, demostrando -para tal efecto- que el fundamento jurídico de la “obligación” de resarcimiento, aún para los casos de *pVV*, yacía -al contrario- en alguna de las disposiciones contenidas (expresamente) en el BGB, Staub se propuso, a efectos de validar y confirmar la hipótesis de la existencia del referido principio, desacreditar las objeciones formuladas, así como las alternativas propuestas.

a) En el año 1900, Crome¹³³ había sostenido que, en atención al § 276 del BGB (redacción original), el deudor era responsable por dolo o culpa; esto es, quien violaba su propia obligación por “dolo” o “culpa” debía resarcir los daños generados al otro¹³⁴. Así, para este autor, dado que “en la mayor parte de los casos el “contenido” de la obligación se limitaba al hecho de que un cierto grado de diligencia sea adoptado -por el deudor- en el cumplimiento -de la prestación debida-, la omisión de esta -diligencia-, de forma dolosa o culposa, determinaba, por tanto, la imposición de una obligación resarcitoria¹³⁵.

Para Staub, esta tesis debía ser calificada como una errónea intuición, y por tanto, rechazada¹³⁶.

En realidad, el § 276 del BGB contenía -tan solo y únicamente, para Staub- el fundamento de la responsabilidad del deudor. De hecho, el legislador alemán simplemente buscó positivizar la definición de responsabilidad por culpa, mas no así regular el resarcimiento de los daños (*Schadenersatzpflicht*), cuya regulación se encontraba contenida a largo de los parágrafos del BGB¹³⁷.

La insuficiencia de la propuesta de Crome se hacía más evidente al advertir que en la *pVV* no solo se discutía la existencia de un “deber” de resarcir los daños -para Staub, en realidad, no había duda de ello (o nadie podía dudar del mismo)-, sino también -como se verá más adelante- la extensión

⁽¹³³⁾ La posición de Crome consta en *System des deutschen bürgerlichen Rechts* (1900).

⁽¹³⁴⁾ v. **CORDEIRO, António Menezes**. Tratado de Direito Civil Português II/IV... *óp. cit.*; p. 194.

⁽¹³⁵⁾ **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 41.

⁽¹³⁶⁾ *Ibíd.*

⁽¹³⁷⁾ v. **STEINER, Renata Carlos**. *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX...* *óp. cit.*; p. 257; **GUELLA, Elena**. *óp. cit.*; p. 16. Cabe señalar que este último autor, al desarrollar esta hipótesis, no señala expresamente que la misma corresponde a Crome.

a esta de una tutela del crédito, el *Rücktritt* (receso); supuesto último no susceptible de ser argumentado a partir del § 276 del BGB¹³⁸.

b) A diferencia de Crome, Goldmann y Lilienthal¹³⁹ a partir de formular una interpretación singularmente “extensiva” o “amplia” de la imposibilidad del cumplimiento de la prestación, sostuvieron -apoyándose en Titzze¹⁴⁰- que los casos de *pVV* debían subsumirse al esquema normativo del § 280 BGB¹⁴¹, el cual establecía que si la prestación deviene imposible por una circunstancia imputable al deudor, este debía resarcir al acreedor el daño ocasionado por la ausencia de cumplimiento de la prestación debida.

Para Goldmann y Lilienthal, “la imposibilidad de la prestación puede afectar cada elemento de la obligación del deudor: objeto, tiempo y lugar de la prestación. Si la cosa debida no cuenta con la cualidad que debió presentar en base al contenido de la relación obligatoria o si una prestación no es cumplida en la manera en que debió ser cumplida, la prestación deviene imposible en la medida en que la cosa o la prestación no se corresponde al contenido de la relación obligatoria. Por ejemplo, si la cosa entregada por un vendedor presenta un defecto, entonces la prestación contractual -entrega de la cosa sin defecto- deviene en imposible; si un socio presenta un balance de manera alterada, deviene en imposible la redacción de un balance exacto”¹⁴². Ahora bien, había supuestos en donde la entrega de un balance exacto aún era posible (posterior al balance inexacto), pero, incluso lográndose esto, seguiría siendo “imposible” en el periodo anterior en que debió haber sido efectuado. En estas hipótesis, se estaría -al menos- ante una imposibilidad temporal¹⁴³.

En buena cuenta, la propuesta de Goldmann y Lilienthal buscaba calificar a las hipótesis de *pVV* como supuestos de imposibilidad, en donde estas se configurarían a partir de su “divergencia” con la efectiva prestación debida. Si lo que el deudor debía cumplir era la materialización en el plano

(138) **STEINER, Renata Carlos.** *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX...* *óp. cit.*; p. 257.

(139) La postura de los referidos autores consta en *Das BGB, systematisch dargestellt* (1903).

(140) **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; p. 42. La obra de Titzze lleva por título *Die Unmöglichkeit der Leistung nach deutschem bürgerlichen Recht* (1900).

(141) *Ibíd*; **GUÉLLA, Elena.** *óp. cit.*; p. 15; **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.** *óp. cit.*; f. 151.

(142) *v. STAUB, Hermann.* *óp. cit.*; p. 42

(143) *Ibíd.*

de la realidad de aquella representación mental fijada por los contratantes en el contrato (objeto), queda claro que las prestaciones a las cuales se obligó a efectos de concretizar el objeto del contrato devendrían imposibles siempre que no exista concordancia entre lo “ideado” y lo “realizado” (la prestación). Ahora, si dicha prestación no cumplida de modo exacto podía aun ejecutarse posteriormente, ello no quitaba que esta haya sido cumplida con retardo, por lo que entre el periodo en que debió cumplirse (balance inexacto) y el del cumplimiento efectivo y exacto (balance correcto), siempre se presentó -al menos- una imposibilidad temporal, siendo aplicable el § 280 BGB.

Esta tesis, en palabras de Staub, aparecía como forzada y artificiosa¹⁴⁴.

A efectos de rebatir la misma, propuso, en primer término, el siguiente ejemplo: un contador encargado de la contabilidad de la sociedad debe entregar el balance dentro de los primeros tres meses del ejercicio en curso. Las decisiones sobre la gestión de la actividad de la empresa se determinan en función al resultado del balance. En las primeras dos semanas, el contador elabora un balance muy favorable a partir del cual la sociedad toma las decisiones de gestión empresarial necesarias. Catorce días después, se descubre que el contador encargado de la contabilidad ha entregado un balance falso por culpa grave; acto seguido, presenta el balance correcto: el verdadero estado patrimonial no es en absoluto tan favorable como el detallado en el primer balance por lo que las decisiones sobre la gestión de la compañía adoptadas en un primer momento son malas y dañosas¹⁴⁵.

Para Staub, era indudable que el contador debía responder¹⁴⁶, pero nuevamente la interrogante residía en determinar en base a qué “principio” era responsable.

Atendiendo a la tesis de Goldmann y Lilienthal, estaríamos en presencia de una imposibilidad en el cumplimiento. El contador, al presentar un balance falso, no podría presentar (ahora) un balance exacto. Pero esto no era cierto. Según el razonamiento de Goldmann y Lilienthal, después de haber elaborado el balance falso, le hubiera resultado imposible al contador la elaboración de un balance

⁽¹⁴⁴⁾ Ibid.; **GUELLA, Elena.** *óp. cit.*; p. 15.

⁽¹⁴⁵⁾ **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; pp. 43-44; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 3.

⁽¹⁴⁶⁾ **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; p. 44.

verdadero; sin embargo, la elaboración del balance correcto siempre ha sido posible, de hecho, en un segundo momento, el contador elabora un balance exacto¹⁴⁷.

Frente a tal situación, los autores mencionados señalaban que como mínimo, en estos supuestos, nos encontramos frente a una imposibilidad temporal del cumplimiento, ya que -en teoría- el mismo no fue entregado en la fecha oportuna. No obstante, nuevamente, tal conclusión no era exacta en este caso¹⁴⁸.

La razón de ello estribaba en que el plazo para que el contador cumpla su obligación de entregar el balance no fenecía a los catorce días, sino dentro de los primeros tres meses del ejercicio en curso, de modo tal que el contador podía presentar un nuevo balance correcto dentro de dicho plazo y así cumplir su obligación. Para Staub, el error consistía únicamente en el hecho que el balance presentado inicialmente había sido elaborado de manera “inexacta”. Estábamos en presencia de una violación de la obligación mediante un comportamiento positivo. No existía -en sentido técnico- una imposibilidad ni en el objeto ni en el tiempo (temporal); prueba de esto último era que la exacta elaboración del balance habría sido posible de ser realizada dentro del periodo previsto en el contrato¹⁴⁹.

A igual conclusión se llegaba si se analiza otros casos. Staub propuso el caso en donde un vendedor de frutas enviaba a su comprador una serie de manzanas con gusanos. El comprador observaba que, como consecuencia de ello, sus manzanas “sanas” terminaban por ser contagiadas por los gusanos de las manzanas entregadas por el vendedor, sufriendo así un grave daño¹⁵⁰. Para el vendedor, titular de manzanas sanas y con gusanos, no era imposible entregar solo manzanas sanas: el problema fue que solo entregó manzanas con gusanos. Pese a ello, lo cierto es que para el vendedor, incluso después de haber enviado las manzanas con gusanos, no habría sido imposible enviar manzanas sanas en sustitución de las otras. Y tampoco aplicaría en este supuesto la denominada

(147) *Ibid.*

(148) *Ídem*, p. 45.

(149) **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; pp. 44-45.

(150) *v. STOLL, Heinrich.* “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.

“imposibilidad temporal” de Goldmann y Lilienthal, ya que el vendedor había enviado las manzanas con gran antelación al plazo convenido para el cumplimiento¹⁵¹.

A partir de estos ejemplos, Staub concluyó que la construcción teórica de Goldmann y Lilienthal se develaba inexacta. Para este, si la misma fuera cierta, toda la teoría de la mora devendría superflua. La mora (en tanto hipótesis de la imposibilidad temporal) se presentaba cuando el término fijado para el cumplimiento había fenecido y la prestación no había sido -todavía- cumplida¹⁵². De esta forma, los casos expuestos no se subsumían en el *Tatbestand* de la imposibilidad.

En conclusión, para Staub, la propuesta de Goldmann y Lilienthal debía considerarse fallida¹⁵³.

c) Por último, la tercera posición criticada por Staub era la sostenida por Schöller¹⁵⁴. Este autor visualizaba en la violación positiva del contrato un supuesto de imposibilidad de cumplimiento, en tanto que la “omisión” devendría imposible después de cada trasgresión de un deber de “no hacer”¹⁵⁵. Es decir, toda contravención a un deber de abstención resultaría en una imposibilidad: practicado el acto, la omisión se tornaría imposible. Esto también sería aplicable a los casos de cumplimiento defectuoso de la prestación, pues en estos, una vez realizado el acto, la abstención de no prestar algo defectuoso devendría en imposible.

La posición de Schöller, en palabras de Staub, terminaba por resultar también forzosa e artificiosa¹⁵⁶. Como se advirtió, Staub partía siempre por reconocer que en el BGB no se contemplaba el surgimiento de la imposibilidad como consecuencia de una actuación positiva; todo lo contrario, el BGB construía el sistema de la imposibilidad a partir de las conductas negativas, omisivas. Cuando Schöller señalaba que la imposibilidad se generaba a partir de la actuación de un comportamiento positivo que tornaba -naturalmente- imposible la abstención, debía concluir -lógicamente- que la imposibilidad surgía no solo por un no hacer -supuesto típico reconocido por Staub- sino también

(151) STAUB, Hermann. *óp. cit.*; p. 45.

(152) *Ibid.*

(153) *Ídem*, p. 46.

(154) La obra a consultar es *Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadensersatz wegen Nichterfüllung, bei Kauf, Werkvertrag, Miethe und Dienstvertrag nach dem BGB* (1902).

(155) STAUB, Hermann. *óp. cit.*; p. 46. GUELLA, Elena. *óp. cit.*; p. 15.

(156) STAUB, Hermann. *óp. cit.*; p. 47.

por un “hacer”. Esto último no era compartido en modo alguno por Staub, ya que forzaba el esquema legal de la imposibilidad¹⁵⁷.

Dado que todas estas teorías fueron desestimadas por Staub, este reafirma su convicción por la existencia de un principio según el cual quien violaba culpablemente una obligación mediante una acción positiva debía resarcir a la otra el daño ocasionado¹⁵⁸.

2.2. La determinación de las consecuencias jurídicas propias a la *pVV* resultó fundamental en la obra de Staub¹⁵⁹.

Queda claro que para Staub la consecuencia natural en los casos representativos de la *pVV* era el resarcimiento de los daños. A partir de un criterio hermenéutico, o -si se quiere- anclado en el ideal de justicia-, Staub expuso las razones que justificarían -o fundamentarían- el traslado del costo económico de la víctima hacia quien provocó el daño; esto es, advirtió la necesidad de dotar al primero de la tutela resarcitoria. No obstante, muchas veces, ello no era suficiente, o -en términos de Staub- no era siempre útil al comercio (dinámica social)¹⁶⁰.

El dueño de un restaurante se obligaba a adquirir cerveza -por el plazo de un año- de un determinado productor; quien a su vez se comprometía a suministrar la misma de forma continuada. No obstante haber reclamado en reiteradas ocasiones, el dueño del restaurante recibe (posteriormente y) durante el transcurso de un mes cerveza de mala calidad¹⁶¹. No cabía duda que en este caso el afectado podía reclamar por la calidad de la cerveza, logrando incluso -en función al principio enunciado- el resarcimiento de los daños sufridos; sin embargo, independientemente de obtener ello, lo cierto es que su negocio, a consecuencia de la cerveza suministrada, seguía registrando pérdidas. Ante tal escenario, la pregunta era si debía de privilegiarse el binomio preservación del contrato y

(157) *Ibíd.*

(158) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.

(159) *v. STEINER, Renata Carlos.* *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX...* *óp. cit.*; p. 258.

(160) **STAUB, Hermann.** *óp. cit.*; p. 51.

(161) *Ibíd.*; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.

resarcimiento de los daños frente a la posibilidad de otorgar el derecho de terminar el contrato por efecto del receso (*Rücktritt*) al dueño del restaurante¹⁶².

En otro caso, una municipalidad celebró un contrato con una empresa productora de gas, en base al cual este último asumió el monopolio de suministro de gas en la ciudad. La empresa, sin embargo, desde hace varios años, había venido suministrando gas defectuoso a la ciudad, ocasionando perjuicios a los habitantes. ¿El municipio afectado debía soportar que la empresa continúe suministrando el gas, sin poder emplear otro recurso adicional al resarcimiento de los daños derivados del suministro defectuoso, atendiendo al principio enunciado? O ¿siempre que se niegue a aceptar los ulteriores cumplimientos (defectuosos) de la empresa, debe concedérsele el receso (*Rücktritt*) del contrato?¹⁶³

Los casos expuestos por Staub merecieron especial consideración para quienes tenían el deber de resolver los mismos. De hecho, advirtieron lo evidente: no bastaba con otorgar una tutela resarcitoria a estos casos de *pVV*. La razón de ello yacía en que a veces resultaba mucho más perjudicial para la parte afectada con el comportamiento positivo el conminarla a seguir “atada” a un contrato que no le reportaba utilidad alguna.

El resarcimiento no cubría cuantitativamente el costo del contrato: no era, en términos de Staub, justo¹⁶⁴.

Sin embargo, desde un aspecto estrictamente jurídico, la consideración expuesta, la cual propugnaba por reconocer la insuficiencia del resarcimiento y, por ende, admitir el receso (*Rücktritt*), carecía de fundamento jurídico; solo era justa, desde un punto de vista humano¹⁶⁵.

Ahora bien, pese a la evidente inexistencia de una regla legal positiva que otorgue la posibilidad de terminar el contrato como efecto del receso (*Rücktritt*); Staub consideraba que el intérprete -y

⁽¹⁶²⁾ v. STAUB, Hermann. *óp. cit.*; p. 51.

⁽¹⁶³⁾ Ídem; p. 53.

⁽¹⁶⁴⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁶⁵⁾ *Ibíd.*

mejor aún el juez- podía justificar -indirectamente- con ayuda de la ley la atribución justa de dicho derecho en función al recurso de la analogía¹⁶⁶.

Para Staub, si por medio de la analogía se llegaba a un resultado satisfactorio para la exigencia del “tráfico”, el mismo debía ser considerado como consecuencia “inmanente” de la ley. En este caso, la norma sujeta a analogía será la contenida en el parágrafo 326 BGB (mora)¹⁶⁷.

Dado que por medio de este dispositivo se otorgaba la posibilidad de escoger entre el receso (*Rücktritt*) o el resarcimiento de los daños por incumplimiento del contrato (§ 286 BGB) cuando el obligado omitía culpablemente aquello que debía realizar, de igual forma era legítimo conceder -en vía analógica-, dicha posibilidad de elección cuando una obligación del contrato era violada mediante un comportamiento positivo¹⁶⁸.

No obstante lo anterior, Staub afirmaba que el referido “derecho” de elección -y por tanto, la aplicación analógica de la regla expresa del BGB- no sería concedido para cualquier caso de violación positiva, sino solamente en aquellos casos en donde la violación positiva afectaba necesariamente el fin contractual¹⁶⁹. De esta forma, aquellos que llevan a cabo actos positivos, poniendo en peligro la consecución de la finalidad del contrato, debían soportar que las consecuencias jurídicas de esta violación sean idénticas a aquellas que surjían cuando alguien impedía la consecución del fin del contrato como consecuencia de un retardo culpable de la prestación debida¹⁷⁰.

De esta forma, las reglas que regulaban la mora (§ 326 BGB -redacción original-) contenían lo que Staub consideraba una “aplicación conforme” (*entsprechende Anwendung*) para la *pVV*¹⁷¹, la cual

(166) Ídem, p. 55; **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 203; **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 34; **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4; **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; f. 150.

(167) *v.* **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 55; **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo**. *L'esecuzione del contratto...* *óp. cit.*; p. 401 (nt. 85); **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 203.

(168) *Cfr.* **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 55; **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 129.

(169) **STAUB, Hermann**. *óp. cit.*; p. 55

(170) Ídem, pp. 55-56; **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4.

(171) *v.* **STEINER, Renata Carlos**. *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX...* *óp. cit.*; p. 260.

encontraba su explicación en que para Staub el ejercicio de los derechos “otorgados” a la parte lesionada con la *pVV*, aun cuando fundados en dicho parágrafo, no podrían ser ejercidos de la manera -exacta- que este disponía¹⁷².

En efecto, el parágrafo 326 del BGB señalaba que el acreedor podía otorgarle un plazo prudencial al deudor para que este cumpla la prestación debida, con la declaración adicional de que rechazará la aceptación de la prestación después de transcurrido el plazo brindado. Luego, recién podría el acreedor demandar el resarcimiento o el receso del contrato. Sin embargo, dicha intimación cobraba sentido a partir de concebir el no cumplimiento a partir de una conducta de omisión, mas no cuando se presentaba un comportamiento positivo. Así pues, dada la naturaleza de la *pVV*, la intimación regulada no resultaba idónea¹⁷³.

En ese sentido, Staub señalaba que en presencia de una *pVV* relevante y que comprometía la obtención del fin contractual, los derechos conferidos vía aplicación analógica del parágrafo 326 BGB solo podían ser ejercidos si era precedidos de una intimación; no al cumplimiento, sino a la omisión futura del comportamiento positivo¹⁷⁴.

Así pues, se concluía que la parte lesionada producto de la *pVV* tendría a su disposición dos tutelas: (i) el resarcimiento de los daños; y (ii) el receso del contrato (*Rücktritt*)¹⁷⁵.

Por último, en la hipótesis en que se presentaba una *pVV* parcial -cuya configuración presuponía que inicialmente un contratante cumplía de conformidad con el contrato, pero luego lo violaba mediante una acción “ilícita¹⁷⁶” positiva- la parte lesionada podía optar por ejercer alguno de los siguientes derechos, como en el caso de la mora: (i) continuar con el contrato y exigir el resarcimiento de los daños por cada singular violación contractual positiva; (ii) solicitar el

⁽¹⁷²⁾ STAUB, Hermann. *óp. cit.*; p. 56.

⁽¹⁷³⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁷⁴⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁷⁵⁾ *v. TURCO, Claudio. óp. cit.*; p. 203.

⁽¹⁷⁶⁾ STAUB, Hermann. *óp. cit.*; p. 59.

resarcimiento por incumplimiento del contrato, negándose a aceptar ulteriores prestaciones contractuales; y (iii) terminar con el contrato como efecto del ejercicio del *Rücktritt*¹⁷⁷.

2.3. El trabajo de Staub tuvo gran impacto en Alemania. La técnica reconstructiva empleada por Staub buscó remediar una -aparente- insuficiencia legislativa, y por tanto debilidad¹⁷⁸- en el régimen de las *Leistungsstörungen*¹⁷⁹, la cual encontraba históricamente plena explicación y justificación en la existencia de un régimen de responsabilidad contractual concentrado en el *Tatbestand* de la imposibilidad¹⁸⁰, y en cuyo seno no se albergaba una “cláusula general de exacto cumplimiento¹⁸¹”.

En ese sentido, la teoría de Staub, al encontrar justificación en las condiciones normativas presentes en el BGB, terminaría por representar una *Spezialität* del derecho alemán¹⁸², ajena a otras experiencias del Derecho Continental, como es el caso francés e italiano, en los cuales el régimen de incumplimiento no se encuentra concentrado a partir del concepto de “imposibilidad”, y en donde, por otra parte, se presentan sendas cláusulas generales de exacto cumplimiento¹⁸³, en virtud a las cuales se proscribe el comportamiento del deudor que cumple en modo inexacto la prestación debida (*Schlechterfüllung*)¹⁸⁴.

A continuación, una síntesis de la tesis de Staub:

(i) La obra de Staub permitió constatar la existencia de un rígido sistema de responsabilidad contractual, en el cual la *Vertragsverletzungen* solo podía presentarse en ocasión de un estado de imposibilidad culposa imputable al deudor, y en donde fisonómicamente el comportamiento

(177) *Ibid.* Cabe indicar que un sector de la doctrina no restringe este “triple” remedio a las hipótesis de *pVV* parcial, sino que -así parece- las extiende también a las hipótesis de *pVV* -llamémosle, para fines didácticos, total o general-. *Cfr.* FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de proteção... *óp. cit.*; p. 30.

(178) *v.* BENATTI, Francesco. Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222.

(179) LAMBO, Luigi. *óp. cit.*; p. 33; FAVALE, Rocco. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 62.

(180) *Cfr.* TURCO, Claudio. *óp. cit.*; p. 202.

(181) LAMBO, Luigi. *óp. cit.*; p. 34; TURCO, Claudio. *óp. cit.*; p. 202.

(182) *v.* FAVALE, Rocco. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 62 (nt. 20).

(183) DI MAJO, Adolfo. Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 117; ID. Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione. Bologna: Zanichelli, 1993, p. 40.

(184) En ese sentido, TURCO, Claudio. *óp. cit.*; p. 202; LAMBO, Luigi. *óp. cit.*; p. 34.

desplegado que conllevó a tal circunstancia se presentaba de forma negativa o a manera de abstención en el cumplimiento de la prestación debida;

(ii) De igual modo, se hizo explícita la ausencia de una disposición normativa que tutele a la parte lesionada como consecuencia de un comportamiento “positivo”, y por tanto no subsumible dentro del esquema de la imposibilidad;

(iii) En función a lo anterior, Staub, a fin de mitigar los efectos negativos de lo anterior, afirmó la presencia de un “principio jurídico” en el BGB, no de modo explícito, sino implícito, según el cual la consecuencia jurídica de la violación culpable de una obligación consistiría en la “obligación de resarcir los daños generados”, a menos que esta consecuencia jurídica quede excluida por la ley.

(iv) Así pues, una vez descartadas las posiciones alternativas -entre estas, las tesis de Crome, Goldmann y Lilienthal, y Schöller- que buscaban fundamentar el resarcimiento de los daños en ocasión de una hipótesis de *pVV* a partir de un criterio distinto al del principio enunciado por Staub, se concluyó que la única forma de lograr que quien sufre un daño derivado de un comportamiento positivo sea resarcido es aceptando el principio enunciado, pero siempre que dicho comportamiento positivo revista tal magnitud que su comisión conlleve a frustrar el fin del contrato.

(v) No obstante, no siempre el resarcimiento del daño sería la tutela idónea en ocasión de una hipótesis de *pVV*. Por tal razón, se propone que, de forma alternativa, y en aplicación de una analogía respecto del § 326 BGB -en donde se regulaba la mora-, la parte que sufra las consecuencias negativas derivadas del comportamiento positivo tenga la posibilidad de solicitar el receso del contrato (*Rücktritt*).

(vi) Finalmente, en caso se presente una hipótesis de *pVV* parcial, la parte lesionada podía disponer de las siguientes alternativas: a) continuar con el contrato y exigir el resarcimiento del daño para cada singular violación contractual; b) pedir el resarcimiento por incumplimiento del contrato, negándose a aceptar ulteriores prestaciones contractuales; y c) terminar el contrato en virtud del *Rücktritt*.

Ahora bien, desde nuestra perspectiva, la obra de Staub debe ser apreciada de forma íntegra y no relegar su valía a la sola identificación de una “laguna gigantesca” en el BGB. En ese sentido, una aguda consideración de la teoría de Staub debe focalizarse principalmente en lo siguiente: (i) la fisonomía de los comportamientos -de carácter positivo- que conformarían el *Tatbestand* de la *pVV*; (ii) la tutela resarcitoria en favor de quién sufre las consecuencias de dichos comportamientos positivos a partir de un “criterio de justicia”, independientemente de si el mismo se fundamenta jurídicamente en el “principio” expuesto por Staub; y (iii) la posibilidad de terminar el contrato (*Rücktritt*) por quien sufre los estragos de los comportamientos positivos, de igual forma, independientemente de si esta se funda en la aplicación conforme -analogía de la regla de la mora- propuesta por Staub.

Los motivos que nos conminan a extraer los puntos arriba indicados yacen en lo siguiente:

(a) La obra de Staub significará un hito en la dogmática alemana al advertir la presencia de comportamientos positivos susceptibles de producir una lesión en el interés de una de las partes.

(b) Dada su particular fisonomía, los comportamientos positivos que conformaban la hipótesis de la *pVV* en la obra de Staub podían clasificarse de la siguiente manera: (i) aquellos comportamientos que representaban un inexacto -o defectuoso- cumplimiento de la prestación debida¹⁸⁵; (ii) aquellos comportamientos que originaban la violación de un deber accesorio a aquél de prestación; y (iii) aquellos comportamientos que lesionaban la esfera personal y -o- patrimonial de la otra parte¹⁸⁶.

⁽¹⁸⁵⁾ v. **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 202 (nt. 336).

⁽¹⁸⁶⁾ Dando cuenta del denominado *Fallgruppe*, **DI MAJO, Adolfo**. Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 119. Otro sector de la doctrina ha ofrecido la siguiente clasificación de hipótesis de *pVV*: (i) mal cumplimiento de los deberes de prestación, generando con ello daños distintos a los causados por la mora o la imposibilidad; (ii) negativa anticipada del deudor en cumplir su obligación, (iii) no cumplimiento de una obligación negativa, (iv) no cumplimiento de prestaciones singulares en contratos de suministro continuado, y (v) incumplimiento de otros deberes laterales. En estos términos: **SILVA, Jorge Cesar Ferreira Da**. *A boa fé e a Violação Positiva do Contrato*. São Paulo: Renovar, 2002, pp. 224-225. No obstante, si se analiza el contenido de cada uno de estos supuestos, no cabe duda que estos podrían subsumirse dentro de las tres hipótesis de *pVV* planteadas en el presente trabajo.

Ahora bien, los comportamientos indicados en el punto (i) eran consecuencia de la ausencia en el BGB de una “cláusula general de exacto cumplimiento”¹⁸⁷, de modo que los supuestos de cumplimiento inexacto o defectuoso -de acuerdo a Staub- no conformaban una hipótesis de no cumplimiento -en base al criterio de la imposibilidad- de la prestación debida. En el fondo, al configurarse el sistema de patologías del contrato en función al criterio de la imposibilidad, no era pues concebible el incumplimiento a partir de un comportamiento positivo, como era aquél en donde el deudor, si bien desplegaba el comportamiento debido, no entregaba al acreedor un bien o una ventaja -en sentido genérico- capaz de satisfacer su interés. Así pues, paradójicamente, el deudor solo era “garante” de la -sola- “posibilidad” de la prestación -o de la ejecución “tempestiva” de esta-¹⁸⁸.

Por otra parte, los comportamientos indicados en el punto (ii) resultarán trascendentes a efectos de construir el contenido de la relación de obligación “compleja”. En efecto, a partir de la obra de Staub se advierte que el deudor de una relación de obligación no solo debe desplegar aquél comportamiento debido como consecuencia del contrato -esto es, la prestación- sino que debe actuar una serie de comportamientos adicionales y necesarios -los cuales se concretizan en función a cada singular relación- si es que pretende cumplir con su “obligación”. En otras palabras, dichos comportamientos adicionales y necesarios resultan funcionales a aquél que conforma la prestación debida, por lo que sin su cumplimiento es imposible que se logre cumplir la prestación. De esta forma, emergen en el espectro jurídico alemán (ahora de forma nítida) los deberes denominados “accesorios”.

Desde nuestra perspectiva, esta fue la mayor “develación” de Staub¹⁸⁹.

⁽¹⁸⁷⁾ Cfr. **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 202.

⁽¹⁸⁸⁾ v. **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale... óp. cit.*; p. 119.

⁽¹⁸⁹⁾ En ese sentido, discrepamos de la posición de **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; f. 153, quien atribuye a Staub el mérito de: (i) haber encontrado la referida laguna; (ii) proponer una solución al problema práctico detrás del mismo; y (iii) “esta teoría fue analizada por Stoll para elaborar a su vez la teoría de los deberes de protección” (no logramos entender este último punto).

Respecto a los comportamientos indicados en el punto (iii), estos serán aquellos que Stoll denominará «deberes de protección», y su construcción dogmática será estudiada a profundidad más adelante.

(c) Por su parte, la relevancia de la “intuición” de Staub de otorgar la tutela resarcitoria en favor de quien se sufre daños como consecuencia de los comportamientos comisivos es trascendental si es que se observa el problema del sistema alemán de responsabilidad contractual en perspectiva. Dado que la tutela resarcitoria, en lo concerniente a la responsabilidad contractual, quedaba subsumido a la producción de la imposibilidad del cumplimiento de la prestación imputable al deudor, la parte afectada con las consecuencias negativas derivadas de las diversas hipótesis de *pVV*-en tanto no conformaban hipótesis de imposibilidad, de acuerdo a Staub- no podía demandar el resarcimiento de los daños por dicha vía. Entonces, en tal escenario, el principio enunciado por Staub debía suplir la ausencia de una disposición legal que habilite el resarcimiento, constituyéndose por sí mismo como el fundamento de la responsabilidad civil contractual derivada de la violación positiva del contrato.

En otras palabras, Staub, motivado por los problemas del rígido esquema del régimen de responsabilidad por imposibilidad, hizo de una -pretendida- “máxima” una regla de responsabilidad.

Ahora bien, cuando esta regla se contrasta con un sistema distinto al alemán en el que sí se contempla una cláusula general de exacto cumplimiento, su valor teórico pareciera perder relevancia; no obstante, tal apreciación solo podría encontrar sustento si es que se circunscribe la obra de Staub a aquél extremo referido al cumplimiento inexacto (o defectuoso). Al contrario, la regla enunciada resulta trascendental si es que se advierten los otros dos tipos de comportamientos susceptibles de configurar la *pVV*. El hecho de imputar responsabilidad a partir de la violación de estos deberes será la piedra de toque en la evolución de la dogmática en torno a la relación de obligación y a la responsabilidad civil derivada de esta.

(d) Pero no solo ello. La obra de Staub también resulta relevante porque no solo se limita a la asignación de la tutela resarcitoria a favor de quien sufre los daños derivados de las hipótesis de *pVV*, sino que también -de forma perspicaz- advierte que en ciertos casos, y de acuerdo al interés de

quién se ve expuesto a las consecuencias negativas de aquellos comportamientos positivos, la tutela idónea no es la resarcitoria, sino la posibilidad de terminar el contrato (*Rücktritt*). En efecto, el ejercicio del *Rücktritt*, principalmente en aquellos supuestos de violación de otros deberes adicionales al de prestar, resultó una de las cuestiones más controvertidas que en lo sucesivo tratará la dogmática alemana.

De esta manera, y muy a pesar de que la teoría de Staub fuera luego objeto de arduas críticas¹⁹⁰ -las cuales se dividirán en aquellas de forma y de contenido, siendo expresión de las primeras la “falta de claridad conceptual”, su aparente carácter “engañoso” y su “carecía de unidad”, y respecto a las segundas la alegada inexistencia de una verdadera laguna¹⁹¹ y la no necesidad de un *tertium genus* de las patologías del contrato¹⁹²-, esta tuvo un gran impacto en la doctrina y jurisprudencia alemana.

De hecho, en lo sucesivo a la publicación de la obra de Staub surgieron un sinnúmero de autores alemanes -Fritz, Freitag, Rabel, Heck, Leonhard, entre otros- que pretendieron rebatir la misma, debiéndose resaltar la crítica de dos autores: Jury Himmelschein¹⁹³ y, posteriormente, Heinrich Stoll, siendo consecuencia de la crítica de este último autor que nacerán los «deberes de protección» y a partir de ello el desarrollo y expansión del mismo.

Pero antes de abordar las críticas de estos autores a la obra de Staub, corresponderá a continuación exponer el siguiente -en términos cronológicos¹⁹⁴- “descubrimiento” que representará uno de los principales sucesos que coadyuvó a la consolidación de la perspectiva dinámica de la

(¹⁹⁰) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 30; **CORDEIRO, António Menezes.** Tratado de Direito Civil Português II/IV... *óp. cit.*; pp. 192-193.

(¹⁹¹) *v.* **PINTO, Paulo Mota.** Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I... *óp. cit.*; p. 162 (nt. 544).

(¹⁹²) **KUHLMANN, Kai.** *óp. cit.*; p. 49; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta”... *óp. cit.*; p. 2 (de la versión mecanografiada), especialmente por su “falta de cohesión interna”. Otro autor, **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 30 y 35, da cuenta que para un sector de la doctrina alemana (Jakobs), “este” modo de perturbación del programa obligatorio (refiriéndose a la *pVV*) no se presenta como un concepto dogmático y sistemático básico, sino que surge como un *Tatbestand de acolhimento* para una serie de figuras no contempladas directamente por el legislador (Ídem, p. 35).

(¹⁹³) **HIMMELSCHN, Jury.** *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen...* *óp. cit.*; p. 259 y ss.

(¹⁹⁴) Conforme a lo antes expuesto, se ha considerado como fecha de nacimiento de la *pVV* el año de 1902 con la ponencia de Staub en el *Festschrift für den XXVI - deutschen Juristentag*, y no así el año en que se publicó su obra.

relación de obligación -o, en otras palabras, al surgimiento de la “complejidad” de la “relación de obligación”-: los derechos potestativos.

2.4. De forma contemporánea a la perspectiva que ubicó a los deberes accesorios como parte del contenido de la relación obligatoria, una categoría de derechos subjetivos fue identificada por la doctrina alemana¹⁹⁵ y tratada -en forma orgánica- a partir de un clásico escrito cuya autoría resulta atribuible al romanista y canonista Emil Seckel; estos eran los *Gestaltungsrechte*¹⁹⁶.

El trabajo de Seckel trascendió -antes que por una eventual, en estricto, invención de la figura- por la auténtica sistematización¹⁹⁷ y estructuración que en su seno presentó el fenómeno de los derechos potestativos; situándose este en un momento temporal de marcada ambivalencia y, consecuente, ausencia de una teoría sólida (*festen Theorie*¹⁹⁸) sobre estos, al punto que el mismo es a su vez fin e inicio de una álgida discusión teórica a propósito de la figura de los derechos potestativos en Alemania.

(¹⁹⁵) Entre otros, v. **RAPPAPORT, Achill**. Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des gemeinen, sowie des deutschen und österreichischen bürgerlichen Rechts. Berlin: Guttentag, 1904, *passim*; **BÖTTICHER, Eduard**. Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht. Berlin: Walter de Gruyter & Co., 1964, *passim*; **ADOMEIT, Klaus**. Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche: Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Schriften zur Rechtstheorie. Berlin: Duncker & Humblot, 1969, *passim*; **BECKER, Michael**. *Gestaltungsrechte und Gestaltungsgrund*. En: AcP, núm 188, 1988, p. 24 y ss.; y recientemente, **HATTENHAUER, Christian**. Einseitige private Rechtsgestaltung. Tübingen: Mohr Siebeck, 2011, *passim*. Para una perspectiva comparada, v. **BYDLINSKI, Peter**. Die Übertragung von Gestaltungsrechten. Wien: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung, 1986, *passim*.

(¹⁹⁶) El título de la obra de Seckel es *Die Gestaltungsrechte des bürgerlichen Rechts* (1903).

(¹⁹⁷) Cfr. **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. En: AA.VV. Studi giuridici in onore di Carlo Fadda per il XXV anno del suo insegnamento. vol. VI. Napoli: Luigi Pierrò tip. edit., 1906 (ahora en ID. Scritti Giuridici. vol. V. Milano: Giuffrè, 1948, p. 4; en adelante, el citado corresponderá a esta versión).

(¹⁹⁸) **ADOMEIT, Klaus**. *óp. cit.*; p. 8.

Entre nosotros¹⁹⁹, los *Gestaltungsrechte* son referenciados con el término con el cual fue exportado del derecho alemán al italiano: derechos potestativos (*diritti potestativi*)²⁰⁰; y aunque estos no son objeto de la presente investigación, corresponde cuando menos una sucinta referencia y una línea de secuencia.

A pesar de la usual referencia de dichos derechos como “derechos potestativos”, la traducción literal de los *Gestaltungsrechte* a nuestro idioma, e incluso al italiano²⁰¹, es “derechos de conformación” o -alternativamente- “derechos conformativos”.

La razón de la disociación entre ambas denominaciones debe ser ubicada en la evolución histórica de la figura hasta momentos previos de la emersión de la obra de Seckel, a partir del cual adoptará el *nomen* (*Gestaltungsrechte*) atribuido por este.

2.4.1. Ciertamente es que anteriormente a Seckel, varios autores identificaron la “categoría” -al menos en algunas de sus manifestaciones- e intuyeron su valor dogmático. No obstante, antes que

(¹⁹⁹) Nuestra doctrina presenta un desarrollo poco profundo de la materia en cuestión, siendo evidencia de ello la ausencia de artículos o monografías que tengan por objeto concreto el estudio de los poderes formativos; no obstante, ello no impide apreciar su clara afinidad por la denominación “derechos potestativos” (lo que se explica en gran parte por su apego a la doctrina italiana). Entre otros, *v. FORNO FLÓREZ, Hugo*. “Resolución por incumplimiento”. En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y Jorge MUÑIZ. Temas de derecho contractual. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 106; ID. *Los efectos de la oferta contractual*. En: Ius et Veritas, núm. 15, 1997, p. 189 (nt. 31); ID. *Resolución por intimación*. En: Themis, núm. 38, 1998, p. 109 (nt. 25); **ESCOBAR ROZAS, Freddy**. Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva. En: Themis, núm. 38, 1998, p. 15 y ss. (ahora en ID. Teoría general del Derecho Civil. 5 ensayos. Lima: ARA, 2002, p. 209; en adelante, el citado corresponderá a esta versión); **MORALES HERVIAS, Rómulo**. *Situaciones jurídicas subjetivas*. En: Advocatus, núm. 19, 2008, pp. 339-349. Durante la vigencia del Código Civil de 1936, ya se anticipaba la existencia de estos poderes, así **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario. Tomo I. Título preliminar. Derecho de las personas – Actos jurídicos. Lima: Impr. Gil, 1937, p. 99 y ss. (para mayor detalle *v. Cap. II*)

(²⁰⁰) Entre otros, **CHIOVENDA, Giuseppe**. L'azione nel sistema dei diritti. Bologna: Zanichelli, 1903, *passim*; **BOLAFFI, Renzo**. Le eccezioni nel diritto sostanziale. Milano: Società Editrice Libreria, 1936, *passim*; **PULEO, Salvatore**. I diritti potestativi: individuazione delle fattispecie. Milano: Giuffrè, 1959, *passim*; **AULETTA, Giuseppe**. *Poteri formativi e diritti potestativi*. En: Riv. dir. comm. I, 1939, p. 557 y ss.; **BARBERO, Domenico**. *Il diritto soggettivo*. En: Il Foro Italiano, vol. LXIV, 1939, p. 39 y ss. (nt. 90); **PUGLIESE, Giovanni**. Actio e diritto subiettivo. Pubblicazioni dell'istituto di diritto romano dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto. Milano: Giuffrè, 1939, p. 20 y ss. (nt. 1); **MIELE, Giovanni**. *Potere, diritto soggettivo e interesse*. En: Riv. dir. comm., I, 1944, p. 114 y ss.; **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 3 y ss.; ID. Voce: Diritti potestativi. En: *Nuovo Dig. It.*, vol. IV, 1938, col. 872 y ss. (ahora en ID. Scritti Giuridici. vol. V. Milano: Giuffrè, 1948, p. 41 y ss.; en adelante, el citado corresponderá a esta versión); **NICOLÒ, Rosario**. Istituzioni di diritto privato. vol. I – Dispense integrative ad uso degli studenti. Milano: Giuffrè, 1962, p. 33 y ss.; **RESCIGNO, Pietro**. Voce: Obbligazioni (diritto privato). En: *Enc. Dir.*, vol. XXIX, 1979, p. 139 y 144; **BARNINI, Claudio**. *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi: considerazioni sul negozio giuridico unilaterale*. En: Riv. trim. dir. proc. civ., 1982, p. 549 y ss.; **CARPINO, Brunetto**. Voce: Diritti potestativi. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IX, 1989, *passim*. Respecto a la expansión de la figura en el derecho continental, *v. tb. HATTENHAUER, Christian*. *óp. cit.*; p. 217 y ss.

(²⁰¹) *v. RESCIGNO, Pietro*. Voce: Obbligazioni (diritto privato)... *óp. cit.*; p. 139.

un momento de lucidez, la “identificación” de la figura solo pudo ser posible a partir del particular escenario en el cual se encontraba la dogmática alemana de fines de siglo XIX.

En efecto, tal circunstancia se encontraba compuesta, por un lado, por el análisis emprendido por el iusnaturalismo y por los canonistas de los elementos para la celebración del contrato y por la elaboración del concepto de negocio jurídico y de la declaración de voluntad, culminado durante la pandectística y, por el otro, por la disociación sugerida por Windscheid²⁰² de la *actio* romana en sus aspectos “material” y “procesal” y su descomposición en una “pretensión material” y en una “pretensión procesal”.

Asimismo, a fines del siglo XIX, la posibilidad de “conformación” jurídico-privada a través de negocios unilaterales tenía ya amplio reconocimiento legal en institutos tan importantes como la compensación o la resolución -por incumplimiento-. Pero solo después de la entrada en vigor del BGB -el cual no empleó la expresión *Gestaltungsrechte*, al contrario de lo que sucedió con los términos “pretensión” y *Anspruch*- y con la configuración de las diversas figuras jurídicas derivadas de dicho cuerpo normativo, se reunieron las condiciones para una cabal independización de la figura de los derechos potestativos -“privados”, o sea, ejercibles mediante un negocio jurídico unilateral²⁰³- y para su inserción dentro de los derechos subjetivos -cuyo desarrollo también se encontraba en etapa prístina-²⁰⁴.

Entre los precursores de Seckel -quienes a su modo conceptualizaron una categoría dogmática -afín- a los derechos potestativos- destacan las figuras de a) Bekker, b) Enneccerus, c) Zitelmann, d) Crome y e) Hellwig.

⁽²⁰²⁾ *Die Actio des römischen Civilrechts, vom Standpunkte des heutigen Rechts* (1856).

⁽²⁰³⁾ **PUGLIESE, Giovanni.** *óp. cit.*; p. 23 (nt. 1).

⁽²⁰⁴⁾ **ALVES, Raúl Guichard.** Acerca dos direitos potestativos (seguido de dois excursos sobre a performatividade e o “princípio da cooperação” e a noção de “implicaturas”. Versão provisória (en curso de publicação). O texto que agora se dá a lume reproduz, com actualizações e desenvolvimentos, duas ou três notas da nossa dissertação de doutoramento, A representação sem poderes no direito civil português. A ratificação, Porto, 2009, ff. 7-8 (de la versión mecanografiada).

a) En 1886, Bekker²⁰⁵ individualizó una categoría jurídica a la cual denominó «derechos negativos». Dichos «derechos negativos» traducían poderes cuyos efectos consistirían -apenas- en la suspensión, paralización, o eliminación de otros derechos (preexistentes) -aquellos, por “conexión antitética”, llamados «positivos»-, extinguiéndose con estos²⁰⁶.

Así pues, para Bekker, tales «derechos negativos» eran susceptibles de ser ejercitados por voluntad de su respectivo titular; esto es, aquel o aquellos ante quienes el «derecho positivo» habría sido actuado²⁰⁷. Lo cierto es que dichos derechos pueden ser subsumidos hoy en los derechos potestativos «extintivos», aunque ciertamente en la noción de «derechos negativos» parece comprenderse también hipótesis actualmente calificadas como “excepciones”²⁰⁸.

b) Posteriormente, en 1889, Enneccerus²⁰⁹ presentó y expuso una categoría jurídica a la cual denominó «facultad adquisitiva» (*Erwerbsberechtigungen*), la cual básicamente consistía en el poder de adquirir nuevos derechos²¹⁰.

A fin de demostrar la “independencia” conceptual de dicha «facultad adquisitiva», Enneccerus hizo énfasis en que las *Erwerbsberechtigungen* no podían quedar subsumidas en los derechos absolutos, en los derechos reales -pues no atribuían dominio sobre ninguna cosa-, ni en los derechos relativos -por cuanto faltaría un deudor-²¹¹.

Por otra parte, la obtención de dicha «facultad adquisitiva» podría darse *ipso iure*; esto es, sin requerir una determinada actuación previa del sujeto en causa (en lo sucesivo, esta característica no sería identificada en los “derechos potestativos”)-²¹².

(205) La obra consultada es *System des heutigen Pandektenrechts* (1886).

(206) *v. MESSINA, Giuseppe*. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V... óp. cit.*; p. 7; **AULETTA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p. 557; **ALVES, Raúl Guichard**. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 10.

(207) **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V... óp. cit.*; p. 7; **ALVES, Raúl Guichard**. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 10.

(208) *Ibid.*

(209) El trabajo de Enneccerus se titula *Rechtsgeschäft, Bedingung, und Anfangstermin* (1889).

(210) **AULETTA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p. 557; **HATTENHAUER, Christian**. *óp. cit.*; p. 189; **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V... óp. cit.*; p. 7; ID. “Diritti potestativi”... *óp. cit.*; p. 43.

(211) **AULETTA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p. 557; **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V... óp. cit.*; p. 7.

(212) **AULETTA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p. 557.

De esta forma, la «*facultad adquisitiva*» era apreciable en supuestos tales como la “ocupación” - de cosas móviles, de tesoros, de animales salvajes de caza y pesca-, la retroventa (*Wiederverkaufrecht*), la expectativa de los herederos -o, eventualmente, la aceptación de la herencia-²¹³.

En el fondo, la perspectiva de Ennecerus se caracterizó por presentar un punto de vista estático -al contrario de la perspectiva dinámica que luego se instauró a propósito de la caracterización de los derechos potestativos-, focalizándose en el estado de pendencia “medio tempore” existente y de la correspondiente posición del respectivo titular de la «*facultad adquisitiva*»²¹⁴.

c) Dentro de los precursores a la obra de Seckel se destaca también la figura de Zitelmann²¹⁵, quien hablaba de “derechos de poder (jurídico)”, los cuales concederían una fuerza a su titular sobre un determinado efecto jurídico²¹⁶. Tal categoría comprendería a los “puros derechos de poder jurídico”; esto es, aquellos cuyo contenido consistiría en la posibilidad, a través de un negocio jurídico, de provocar cierto efecto jurídico-, así como a los “derechos «a derecho»” (*Rechte «an Rechten»*), los “derechos de apropiación” y “pre-derechos” y los “derechos de expectativa” (*Anwartschaftsrechte*)²¹⁷.

Para Zitelmann, los derechos de poder jurídico (*Rechte des rechtlichen Könnens*)²¹⁸ eran derechos secundarios -o de naturaleza secundaria-, sin “pretensión”, enfocados -externamente- en los “derechos primarios”, los cuales conferían un poder -individualizado y no general- sobre cierto efecto o situación jurídica: determinándola -creándola-, modificándola o extinguiéndola²¹⁹.

(213) ALVES, Rául Guichard. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 8; AULETTA, Giuseppe. *óp. cit.*; p. 557.

(214) ALVES, Rául Guichard. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 8.

(215) Su obra es *Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs, I, Allgemeiner Teil* (1900).

(216) *Ibid.*

(217) *Ibid.*

(218) v. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 356; TELES, MIGUEL GALVÃO. “Direitos absolutos e relativos”. En: AA.VV. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, pp. 659-660 (nt. 44).

(219) *Cfr.* AULETTA, Giuseppe. *óp. cit.*; p. 557; ALVES, Rául Guichard. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 9.

d) En términos análogos, Crome²²⁰ concibió a los *Gegenrechte*, «contra derechos²²¹», por medio del cual su titular podría -mediante acto voluntario- extinguir derechos ajenos o liberarse a sí mismo de deberes a su cargo²²². Tales derechos serían divididos en: (i) aquellos que destruyen el efecto jurídico primario, como en el caso de la anulación; (ii) aquellos que “cancelan” (compensación, resolución, “recuperación” de un bien enajenado”, entre otros) los efectos jurídicos; y (iii) aquellos que apenas permiten a su titular negar el cumplimiento de los deberes correlativos al derecho frente al cual es opuesto. Lo cierto es que los «contra derechos» se diferenciaban de los derechos subjetivos en tanto que era apenas con su respectivo ejercicio -actuación- de aquellos que podían presentar un contenido efectivo o real.

e) Finalmente, Hellwig²²³, acogiendo la terminología de Zitelmann (“*Rechte des rechtlichen Könnens*”), aunque aludiendo también a los «derechos a una alteración jurídica», alargó el campo de aplicación de la categoría abarcando incluso a las excepciones materiales.

De acuerdo a Hellwig, estos derechos tendrían en común el hecho de que solo podrían ser ejercicios una vez, originándose, acto seguido, su extinción. Asimismo, los «derechos a una alteración jurídica» emergerían como componentes de una relación preexistente, a la búsqueda de su “desenvolución”, o tendrían una vida autónoma (indignidad sucesoria, compensación, entre otros). De igual manera, distinguía el autor de los derechos modificativos, aquellos extintivos (con efectos *ex tunc* o *ex nunc*, por ejemplo, resolución, revocación, entre otros) y constitutivos (con efectos *ex tunc* o *ex nunc*, por ejemplo, ratificación, aceptación de herencia o de legado, elección en obligaciones alternativas, entre otros)²²⁴.

Teniendo en cuenta el contexto expuesto líneas atrás, y advirtiendo la problemática surgida en torno a la identificación de aquella categoría conceptual que se deduciría finalmente en los

(220) La citada obra de Crome es *System des deutschen bürgerlichen Rechts, I, Einleitung und Allgemeiner Teil* (1900).

(221) Cfr. **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V...* *óp. cit.*; p. 8; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 357; **BÖTTICHER, Eduard**. *óp. cit.*; p. 2. Dichos «contra derechos» serían luego concebidos como derechos potestativos “extintivos”.

(222) **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V...* *óp. cit.*; p. 8.

(223) En *Anspruch und Klagerecht* (1900).

(224) *v.* **MESSINA, Giuseppe**. “Sui cosiddetti diritti potestativi”. *Scritti Giuridici V...* *óp. cit.*; p. 8; **ALVES, Raúl Guichard**. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 12.

“modernos” *Gestaltungsrechte*²²⁵, Seckel se abocaría a estudiar la pluralidad de las concepciones esbozadas, planteando, unos años después, su propia concepción, la cual finalmente, representaría el momento de “descubrimiento” de la ahora independiente y delimitada categoría.

(225) Ahora bien, antes de esbozar el concepto planteado por Seckel, corresponde advertir que hasta este momento, el *nomen* acuñado por Zitelmann para identificar la categoría tratada (*Rechte des rechtlichen Könnens*) fungió de referente terminológico al momento de exportar la misma a otros países del *Civil Law*, entre estos, Italia -“*diritto potestativo*”- (en virtud a la obra de **CHIOVENDA, Giuseppe**. *op. cit.; passim*) cuya data 1903 permite advertir su contemporaneidad a la obra de Seckel, permitiéndonos inferir la independencia de su obra respecto a la de este último autor. No obstante, cierto es que los autores precedentes a Seckel sirvieron de soporte al trabajo de Chiovenda, al punto que el término seleccionado para la *nuova* categoría sea aquél expuesto por Zitelmann) y Portugal -“*direito potestativo*”- (recepción dubitativa, en un inicio, como se aprecia en las obras de **TAVARES, José**. *Os princípios fundamentais de Direito Civil*. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora, 1922, pp. 256-257 -quien luego de referenciar a la categoría de los derechos potestativos con los *Rechte des rechtlichen Könnens* de Zitelmann, propugnó concebir a estos como “los derechos que tiene una persona de influir con su declaración de voluntad en la condición jurídica de otra persona, sin el concurso de voluntad de esta, o produciendo la cesación de un estado jurídico existente; o produciendo un nuevo efecto jurídico. Son los derechos de producir otros derechos. (...) Las características de tales derechos son dos: (i) la primera es que el derecho consiste siempre en poder declarar la propia voluntad con el fin de obtener un efecto jurídico, y (ii) la segunda es que falta un correspondiente deber en otra persona. (...)”). Pese a esta exposición, este autor, siguiendo la tesis de Coviello, termina por no aceptar esta nueva clase de derechos subjetivos. Las razones que sustentaron su posición fueron: (i) no se puede hablar de un derecho al que no le corresponda un deber (“positivo” o “negativo”; “genérico” o “específico”), en efecto, cualquiera que sea el concepto de derecho subjetivo implica siempre una relación de un sujeto con otra u otras personas sobre quienes recae la necesidad de su “respeto”, o sea, el “deber jurídico”; y (ii) los llamados derechos potestativos o no son derechos, o si son, no son derechos existentes por sí mismos, o, si son autónomos, en nada difieren de todos los otros- y **MONCADA, Luis Solano Cabral de**. *Lições de Direito Civil*. Parte Geral. Coimbra: Atlantida, 1932, p. 56 -quien influenciado por la obra de Coviello, sostuvo que la categoría de los derechos potestativos (a los cuales también refirió por los *Rechte des rechtlichen Könnens* de Zitelmann), además de encontrarse subsumida dentro de aquella otra categoría conocida por “facultad jurídica”, no presentaba un suficiente rigor científico que legitime su autonomía, así como tampoco presentaba alguna utilidad apreciable que la reivindique-, las cuales, al contrario de la obra de Chiovenda, se sucedieron posteriormente al ensayo de Seckel, inclinándose tales autores por el *nomen* “*direitos potestativos*” en razón a su influencia italiana).

Tal recepción caló hondo en el ideario jurídico de dichos países, al punto que incluso contemporáneamente se sigue denominando a la categoría “dogmática” de los *Gestaltungsrechte* (desarrollada por Seckel a partir de su carácter “formativo”) por el *nomen* “derechos potestativos” (un sector de la doctrina, partiendo de la premisa que la categoría en cuestión comprende poderes-derechos y no derechos, deduce que no puede acogerse como denominación restrictiva la de “derechos potestativos” (que sería exclusivamente atribuible a la primera serie de casos), siendo preferible por ende aceptar una denominación más genérica como la del “poder (*lato sensu*) modificativo”. v. **MARANI, Francesco**. *Il dolo del terzo in alcune particolari categorie di atti unilaterali*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1966, p. 59, nt. 1), el cual acaba por invocar -o hacer énfasis- en aquella faceta final presente -aunque tal vez en medida diferente- en todos los derechos (e incluso en la propia autodeterminación o autonomía del particular) y en su respectivo ejercicio: la *potestas*, o “poder de voluntad” o la “soberanía del querer”, derivada -después de todo- de una “situación de prevalencia” atribuida por el ordenamiento jurídico a su titular.

Lo cierto es que en el ejercicio (o no) del derecho subjetivo, al “hacerlos valer” (o no) contra otros -o si se quiere, en la exigencia de cumplimiento del correspondiente deber de este último- se encuentra siempre un innegable momento “conformador”, de ahí que para Pawlowski (**PAWLOWSKI, Hans-Martin**. *Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts und Parteineichtigkeit von Rechtsgeschäften): zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht*. Göttingen: Otto Schwartz & Co, 1966, *passim*), el derecho subjetivo se traduce en tal escenario en un “poder conformador”.

2.4.2. Según Seckel, los *Gestaltungsrechte* representan un “-concreto- derecho subjetivo privado, cuyo contenido consiste en el poder de *conformar*, o *provocar*, una concreta relación jurídica a través de un negocio jurídico unilateral²²⁶”.

En ese sentido, el “contenido” de los *Gestaltungsrechte* consistió en la posibilidad de configurar o conformar mediante acto unilateral -esto es, sin que sea necesario el acuerdo, colaboración o participación de otro sujeto²²⁷ (quien se encontraba por ende en un estado de “sujeción”, esto es, la posición en la cual se encuentra la “contraparte” al titular del derecho potestativo de ver producirse forzosamente²²⁸ una consecuencia sobre su esfera jurídica por mero efecto del ejercicio de un derecho potestativo²²⁹, y de la que no puede substraerse²³⁰)- una situación o relación jurídica, o un derecho²³¹.

Concretamente, el ejercicio del derecho potestativo²³² provocaba la constitución o creación, modificación (eventualmente, configuración o complementación, determinación o consolidación de su contenido) o la extinción de una relación jurídica preexistente²³³.

Surgieron entonces, y tomando como criterio delimitador los efectos producidos: (i) derechos potestativos “constitutivos” (a veces también denominados positivos), los cuales producirían la constitución de una relación jurídica por acto unilateral de su titular²³⁴; (ii) derechos potestativos modificativos, los cuales provocarían una simple modificación en una relación jurídica preexistente,

(226) *v. ALVES, Raúl Guichard*. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 3.

(227) En términos de comportamiento “irrelevante”, *v. NICOLÒ, Rosario*. *óp. cit.*; p. 33; igualmente, **CHIOVENDA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p.115 (nt. 116).

(228) Así pues, en ciertas ocasiones, se afecta, sin consentimiento, la esfera jurídica de quien soporta los efectos del ejercicio del derecho potestativo. De ahí que haya quien hable de una rotura del “principio material del contrato o de cooperación”. Dicha rotura solo se verificaría cuando, como ocurre en la mayoría de veces, el derecho potestativo tenga por fuente la ley y no así la voluntad de las partes (origen contractual). *v. BÖTTICHER, Eduard*. *óp. cit.*; p. 145 y ss.

(229) *Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota*. Teoria geral do direito civil. 4a ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2005, p. 185. Respecto al denominado “estado de sujeción”, *v. tb. NICOLÒ, Rosario*. *óp. cit.*; p. 34; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 358.

(230) *Cfr. MESSINA, Giuseppe*. Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 42.

(231) **ALVES, Raúl Guichard**. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 15.

(232) Téngase en cuenta que el ejercicio de los derechos potestativos, por regla, se realiza a través de un negocio (de conformación) unilateral. En ese sentido, a diferencia de los derechos subjetivos, los cuales nacen (surgen) frecuentemente *de un negocio*, los derechos potestativos son “ejercidos” *a través de un negocio*. De esta manera, como negocio que es, el ejercicio del derecho potestativo estará sujeto al correspondiente régimen, y concretamente, a las eventuales causas de invalidez o ineficacia. *v. Ídem*, ff. 65-66.

(233) *v. MESSINA, Giuseppe*. Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 41; **MARANI, Francesco**. *óp. cit.*; p. 58 y ss. (nt. 1).

(234) **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Teoria geral do direito civil... *óp. cit.*; p. 184.

la cual continuará existiendo, aunque modificada²³⁵; y (iii) derechos potestativos extintivos (también denominados negativos o incluso “eliminativos” o de aniquilación)²³⁶; los cuales producirían la extinción de una relación jurídica existente²³⁷.

Lo cierto es que, como indicaba Seckel, la clasificación presentada en base a la naturaleza del efecto desencadenado o al resultado obtenido, no se mostraba perfecta o exacta²³⁸. En efecto, existen derechos potestativos cuyo ejercicio produce simultáneamente diversos efectos, ya sea para el titular del derecho o para el sujeto pasivo del mismo²³⁹ (o, inclusive, para ambos²⁴⁰).

Ejemplo de ello es el rechazo del tercero beneficiado en un contrato a favor suyo (art. 1460 del Código Civil de 1984), el cual representa el ejercicio de un derecho potestativo, cuyo efecto yace no solo en la destrucción (en estricto, renuncia) con efecto retroactivo de su derecho (efecto

(235) *Ibíd. v. tb., RAPPAPORT, Achill. óp. cit.*; p. 21 y ss.

(236) *v. ALVES, Raúl Guichard. Acerca dos direitos potestativos... óp. cit.*; f. 18.

(237) *Cfr. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Teoria geral do direito civil... óp. cit.*; p. 184. Un sector de la doctrina da cuenta que los derechos potestativos podrían ser clasificados en tres grupos: (i) derechos negativos, los cuales representan poderes cuyo efecto radica en la suspensión o extinción de otros derechos subjetivos; (ii) facultades adquisitivas, las cuales atribuirían a su titular la posibilidad de adquirir un derecho de propiedad u otro derecho subjetivo; y (iii) otros derechos potestativos que confieren a su titular la posibilidad de influir -con la propia actividad- sobre las relaciones jurídicas preexistentes, ya sea modificándolas, extinguiéndolas o creando una nueva. Estos últimos serían los poderes de conformación en “sentido estricto”, de acuerdo a la terminología de Seckel. *Cfr. MESSINA, Giuseppe. Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... óp. cit.*; p. 43 y nt. 7.

Ahora bien, como el propio autor comenta, la clasificación que hemos enunciado (derechos potestativos constitutivos, modificativos y extintivos) es la que se sigue en la doctrina alemana. En efecto, como hemos visto, la evolución de la categoría de los derechos potestativos fue la síntesis de una serie de categorías prístinas que en el seno de la doctrina alemana se fueron presentando una tras otra. No obstante, la solución de continuidad que existió entre las categorías prístinas anteriores a la *Gestaltungsrechte* de Seckel no puede conllevar a sostener que la categoría de los derechos potestativos, en tanto concepto unitario, engloba también las categorías que en su momento propusieron Ennecerus (*Erwerbsberechtigungen*), o Bekker (*derechos negativos*), entendidas estas, por nosotros, como categorías prístinas, las cuales, y en el específico caso de los derechos negativos de Bekker o los *Gegenrechte* de Crome, terminarían derivando en las *Einrede*; categoría esta autónoma e independiente a los derechos potestativos, como veremos.

(238) **MESSINA, Giuseppe.** Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 54.

(239) *v. ALVES, Raúl Guichard. Acerca dos direitos potestativos... óp. cit.*; f. 22

(240) **MESSINA, Giuseppe.** Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 54.

“extintivo”)²⁴¹, sino también presenta consecuencias para la relación entre el estipulante y el promitente, a veces “constitutivas” o “modificativas” (la prestación a cargo del promitente tendrá como destinatario ahora al estipulante).

De igual manera, el ejercicio del derecho potestativo de resolución del contrato (*ex* arts. 1428, 1429 o 1430) no solo extingue (efecto “extintivo”) los efectos del contrato y consecuentemente los deberes de prestación (en relaciones sinalagmáticas), sino que, a su vez, instaura (efecto “constitutivo”) deberes recíprocos de “devolución” de las prestaciones efectuadas.

En otra clasificación emparentada con la expuesta, los derechos potestativos se reputaron: (i) puramente ventajosos para quien los ejerce, y por tanto en detrimento del sujeto pasivo; (ii) desventajosos para quien lo ejerce, y, por consiguiente, en favor del sujeto pasivo (*p.e.* el acto de renuncia, el cual constituye un derecho potestativo); (iii) simultáneamente ventajosos y desventajosos; y (iv) neutrales. Al igual que la clasificación antes expuesta, esta presenta varios matices que impide su perfección. Así pues, un efecto ventajoso o desventajoso para el titular del derecho no tenía, inmediata y necesariamente, como efecto una consecuencia perjudicial o beneficiosa para la contraparte. De igual modo, existían dudas respecto a la existencia de derechos con efectos “neutros”²⁴².

Una distinta clasificación, propuesta por Seckel, es aquella en la que los efectos de los derechos potestativos recaían: (i) sobre la propia esfera de su titular o (ii) en la esfera jurídica de alguien distinto a su titular²⁴³. A propósito de la primera, el titular, en ejercicio de su derecho potestativo (el cual,

(241) Como ya se ha señalado, el derecho del beneficiario surge como consecuencia de la celebración del contrato entre el estipulante y el promitente. En ese sentido, la no aceptación (esto es, la renuncia) tiene como objeto un derecho que necesariamente se encuentra en la esfera jurídica de quien emite la declaración (unilateral). Por lo tanto, la declaración de no aceptación -renuncia- (derecho potestativo) tiene por efecto la extinción del derecho cuyo origen yace en el contrato celebrado entre el estipulante y el promitente en su favor. Pero no solo ello, sino que, producto de la renuncia al derecho efectuada por el beneficiario, la prestación que iba a ser cumplida en favor del beneficiario, terminará por ser realizada en favor del estipulante (efecto modificativo). Respecto al contrato en favor de tercero en nuestro *medio*, la referencia es **FORNO FLÓREZ, Hugo**. *El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena*. En: *Ius et Veritas*, núm. 10, 1995, p. 179 y ss. Con relación al Código Civil de 1936, importantes *tb.* las contribuciones de **CORNEJO, Ángel Gustavo**. *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Tomo II. Derecho de las obligaciones. vol. II. De los contratos en general. Lima: Impr. Gil, 1939, p. 147 y ss.; **LEÓN BARANDIARÁN, José**. *Comentarios al Código Civil peruano. De los contratos*. Tomo III. Lima: Impr. Gil, 1945, p. 109 y ss. Sobre el asunto, *v.* en general de los autores señalados en la nt. 585 de la presente Tesis.

(242) **ALVES, Raúl Guichard**. *Acerca dos direitos potestativos... óp. cit.*; ff. 23-24

(243) *v.* **MESSINA, Giuseppe**. *Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... óp. cit.*; p. 54.

muchas veces sería difícil de diferenciar del derecho en sí), alteraría apenas su propia esfera jurídica - lo que es menos viable en los derechos potestativos modificativos y hasta en los extintivos-, por lo que no le correspondería un estado de sujeción (posición jurídica que precisa de un sujeto distinto e independiente); cuando mucho, afectaría apenas mediata o *per reflexum*, la esfera jurídica ajena. A estos Seckel los denominó *Eigengestaltungsrechte* (derechos de auto-conformación), en cuyo seno se albergaría, entre otros, a los “derechos de apropiación”²⁴⁴. Evidentemente, todo lo contrario ocurría respecto a los derechos potestativos cuyos efectos si repercutirían en una esfera jurídica distinta al de su titular, resultando evidente la producción de los efectos constitutivos, modificativos o extintivos derivados del ejercicio del derecho potestativo.

Ahora bien, respecto a esta clasificación, un sector de la doctrina ha considerado que la misma deviene en infructuosa dado que si los efectos del ejercicio del derecho potestativo recae en la esfera jurídica de su titular, resaltaría la ausencia manifiesta del carácter de alteridad que distingue a los derechos potestativos: la sujeción del sujeto pasivo²⁴⁵.

De igual modo, se advirtió que los derechos potestativos se podían presentar de forma originaria -o autónoma- y de forma derivada -o no autónoma-²⁴⁶. En atención a la primera, el criterio de la autonomía es entendido en sentido subjetivo; esto es, el titular del derecho puede o no ser ajeno a la relación que se va a modificar, como en el caso del derecho de expropiación o en el derecho de prelación. Al contrario, la no autonomía se advertía a partir de la consideración de la existencia de una relación más o menos cercana del derecho potestativo con otro derecho de señorío o con una relación pre-existente, lo que a fin de cuentas se traducía estructuralmente en una relación de accesoriadad²⁴⁷.

(244) ALVES, Raúl Guichard. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; ff. 32-33

(245) MESSINA, Giuseppe. Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 55. Messina no reconoce en los “derechos potestativos autónomos” auténticos derechos potestativos, dado que en estos, como se señaló, no se presenta un componente de alteridad, el cual, para el autor, se presenta como elemento característico de este tipo de derechos subjetivos: la sujeción. Para dicho autor, en tales casos, nos encontraremos no frente a un derecho potestativo sino frente a una facultad.

(246) Ídem, p. 54.

(247) *Ibíd.*

Cuestión aparte es el carácter secundario frecuentemente atribuido a los derechos potestativos. Como se sabe, incluso antes de la obra de Seckel, varios autores resaltaron el carácter “accesorio” o “adjetivo” (o las calificaciones “meta-derechos” o “derechos de segundo grado”) de los derechos potestativos. Tal fue el caso de Zitelmann, quien hizo énfasis en que los derechos potestativos inciden desde el exterior, en los derechos “primarios”; Chiovenda, quien indicó que cuando el derecho potestativo tiene un fundamento autónomo, el derecho aparece como medio para remover un derecho existente; v. Thur, quien recondujo los derechos potestativos a la categoría de los “derechos secundarios”, el cual consistiría en la facultad de afectar un “otro” “derecho de señorío o dominio” (en este caso, tal facultad no se subsumiría en un derecho primario); Raiser, quien, al integrar los derechos potestativos, al lado de las pretensiones, en los “derechos secundarios”, atribuyó a estos una mera función auxiliar: “instrumentos de técnica jurídica al servicio de protección y realización, sobre todo por vía procesal, de las posiciones o relaciones jurídicas primarias”, y cuya inserción, en la categoría de los derechos subjetivos (conjuntamente con los derechos primarios), aun cuando hayan adquirido dogmáticamente autonomía, dificultaría todas las tentativas de definición de estos, dado su función y peso muy específico²⁴⁸.

Asimismo, materia adicional resultaba la clasificación de los derechos potestativos en torno a su fuente. En relación a la misma, los derechos potestativos pueden ser creados tanto por la ley como por la *Privatautonomie*. En efecto, para Seckel, resulta inadmisibles sostener la presencia de un *numerus clausus* legal de derechos potestativos, dado que no solo la ley puede crear derechos potestativos, sino que los particulares, en ejercicio de su autonomía, y como parte de sus relaciones contractuales, tienen la posibilidad de crear nuevos derechos potestativos²⁴⁹.

(²⁴⁸) Ídem, pp. 31-32.

(²⁴⁹) La posición de Seckel no es compartida por Messina, quien considera que la gama de derechos potestativos conforma un *numerus clausus*, pese a que, en ocasiones, la ley misma pueda requerir que el derecho potestativo sea atribuido particularmente por un negocio jurídico. Cita como ejemplo, entre otros, al poder de elección del acreedor en las obligaciones alternativas. v. **MESSINA, Giuseppe**. *Diritti potestativi*. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 54. En contra, **ALVES, Raúl Guichard**. *Acerca dos direitos potestativos...* *óp. cit.*; f. 30, quien señala que la conformación del contenido de la relación es dejada, dentro de los límites de la ley, al criterio de las partes; igualmente, **MARANI, Francesco**. *óp. cit.*; p. 58 y ss. (nt. 1), quien habla de fuente “negocial” y “legal”, añadiendo a la clasificación de lo que denomina “poderes (*lato sensu*) modificativos”, a aquellos que pueden ejercitarse fuera del proceso o a través del proceso (dudando que en el derecho italiano el ejercicio del poder ocurra a través de un *Doppeltatbestand*, una *fattispecie* compuesta de derecho privado y procesal).

En fin, otros autores fueron más allá en la extensión del concepto. Tal fue el caso de Adomeit²⁵⁰, quien al reconocer la categoría de los “derechos potestativos originarios”, incluyó en estos a la propia autonomía de los particulares, la libertad contractual y la disposición sobre los derechos, llegando a afirmar que aquellos consisten en la competencia para la realización de un negocio²⁵¹.

Luego de este somero excursus, es posible reafirmar que la obra de Seckel representó -en forma simultánea- la síntesis y surgimiento de un particular concepto para la categoría que este denominó *Gestaltungsrechte*. Motivado por la tradición alemana tendente a sistematizar y categorizar los conceptos jurídicos, la doctrina, incluido Seckel, se abocó a formular las propuestas de clasificación de los derechos potestativos en los términos esbozados. No obstante, la fragilidad interna en relación a sus límites y contornos, conllevó a que la tendencia de expansión del concepto de los *Gestaltungsrechte* se revierta, al punto se dudase incluso de su utilidad dogmática. De ahí que Ferrara reconozca que la tendencia primitiva de expansión de la categoría de los derechos potestativos haya mudado a un procedimiento metódico de reducción de su ámbito²⁵².

(²⁵⁰) **ADOMEIT, Klaus.** *óp. cit.; passim.*

(²⁵¹) **BÖHM, Wolfgang.** *Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik: Dargestellt anhand einer rechtstheoretischen Studie von Klaus Adomeit.* En: *JZ*, núm. 23/24, 1970, p. 767 y ss. En la misma línea, **ALVES, Raúl Guichard.** *Acerca dos direitos potestativos... óp. cit;* f. 34.

(²⁵²) *Ibíd.*

Lo cierto es que, más allá de la complejidad en torno a la formación del concepto de los *Gestaltungsrechte*, así como de sus rasgos característicos²⁵³, estos terminaron por consolidarse como parte del ideario jurídico alemán de principios de la década de 1900, logrando su independencia de aquella otra categoría conocida como “facultad”, y pasando a ser reconocidas -atendiendo a su indudable carácter polifacético- como parte del “contenido” de la relación obligatoria, de acuerdo a cada circunstancia concreta.

(253) Dentro de los temas importantes respecto a los derechos potestativos, y que no han podido ser tratados en este trabajo -dado que no representa su fin principal-, se encuentra lo concerniente a su transmisibilidad. Respecto a la misma, cabe indicar que la doctrina suele analizar la cuestión de la transmisibilidad de los derechos potestativos a partir del tipo de derecho potestativo, de modo que llega a distintas conclusiones cuando se trata de derechos potestativos personales, derechos potestativos “no autónomos” y derechos potestativos “autónomos”.

A propósito de los derechos potestativos de naturaleza personal o personalísima, la doctrina, en opinión mayoritaria, ha tenido a bien descartar que estos puedan ser objeto de transmisión. Ejemplo de tales derechos potestativos son el derecho al divorcio, así como los derechos potestativos familiares y sucesorios, aun cuando estos, muchas veces, puedan ser susceptibles de transmisión como consecuencia de la muerte de su titular.

En relación a los derechos potestativos “no autónomos”, la doctrina suele distinguir entre, por un lado, aquellos derechos que se refieren o se encuentran acoplados (en una relación accesoria) a un derecho de crédito o pretensión, sirviendo su ejercicio, realización o modificación, al interés creditorio (siendo ejemplos de estos el derecho de elección en las obligaciones genéricas, o el rechazo del beneficiario en el contrato a favor de tercero) -a estos derechos los denominaremos *derechos potestativos “no autónomos” accesorios a una posición jurídica específica*- y, por otro lado, aquellos derechos potestativos “no autónomos” referidos a un contrato, los cuales tienen por objeto toda la relación contractual, presentando conexidad con el fin del mismo (puede citarse como ejemplos al derecho de resolución por alteración de las circunstancias -de acuerdo al Código Civil de 1984, “excesiva onerosidad de la prestación”-, o al derecho de desistimiento en un contrato de ejecución continuada) -a estos derechos los denominaremos *derechos potestativos “no autónomos” accesorios al contrato*-.

En el caso de los primeros, estos solo podrán ser transmitidos con la posición jurídica o derecho (principal) en causa, dada su manifiesta relación de accesoriadad con el derecho de crédito (interés creditorio). Así pues, en principio, la transmisión de la posición jurídica importará, necesariamente, la transmisión del derecho potestativo, no siendo posible, por tanto, su transmisión independiente del derecho frente al cual mantiene su vínculo de accesoriadad. A diferencia de aquellos, la transmisión de los segundos precisa la transferencia de la relación contractual en su totalidad (y no del simple derecho o posición jurídica), siendo la vía idónea la cesión de la posición contractual. De igual manera que en el caso anterior, estos derechos no podrán ser transmitidos de forma independiente a la relación contractual en el cual se hayan contenidos.

Ahora bien, respecto a los *derechos potestativos “no autónomos” accesorios al contrato*, un sector de la doctrina representado por Guichard, en opinión que no compartimos, se muestra contrario a aceptar que estos derechos potestativos solo puedan ser transmitidos mediante la cesión del contrato, dado que, según su apreciación, ello comporta limitar y subordinar la autonomía de las partes, llegando incluso a señalar que la distinción entre derechos potestativos “no autónomos” accesorios a una posición jurídica específica y los derechos potestativos “no autónomos” accesorios al contrato aparece superficial (v. Ídem, f. 111 y ss.)

Finalmente, respecto a los derechos potestativos “autónomos” o independientes -o sea, aquellos que poseen funcionalidad propia- cabe indicar que al no encontrarse inseparablemente concatenados a una relación (contractual) preexistente o con ciertos derechos (afectando su existencia o contenido) -o en el caso que se presenten, más bien, como el elemento principal de la relación existente- será posible, en teoría, su transmisión. Entre estos derechos potestativos “autónomos” se puede encontrar por ejemplo el derecho de preferencia de origen convencional, el derecho de opción, o la posibilidad de resolución en la retro-venta.

Respecto a este tema, v. Ídem, f. 111 y ss.; **MESSINA, Giuseppe**. Diritti potestativi. Scritti Giuridici V... *óp. cit.*; p. 55 y ss.; y, fundamentalmente, el trabajo de **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 234 y ss.

No obstante, el contenido de la relación obligatoria no se agotaría en deberes principales (o centrales), deberes accesorios (o laterales), derechos potestativos, y consecuentes, estados de sujeción (posición jurídica autónoma al deber, la facultad y a la *Obliegenheit*), sino que la dogmática alemana, a la par de la elaboración teórica que una vez sintetizada derivó en las posiciones jurídicas tratadas, fue identificando otras posiciones jurídicas, las cuales, a partir de su particular fisonomía, adquirieron autonomía.

2.4.3. Una historia disímil respecto a aquella de los derechos potestativos, hoy ampliamente aceptados en el Derecho Continental y en nuestro *medio*²⁵⁴, sucedió con la categoría de las “excepciones”, respecto de la cual resalta la ausencia manifiesta de estudios que tengan por objeto, al menos, su desarrollo y exposición²⁵⁵.

El origen histórico de la excepción yace en el derecho romano, en donde la categoría surgió con un carácter procesal, concretamente, como creación pretoria²⁵⁶ en el ámbito del proceso formulario²⁵⁷.

(254) *v.* Cap. III.

(255) **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 360. Entre aquellos estudios que han dedicado sus páginas a la materia, además del de Mota Pinto en Portugal, destacan los de **EISELE, Fridolin.** Die materielle Grundlage der Exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung. Berlin: Weidmann, 1871, *passim*; **LENEL, Otto.** Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen. Heidelberg: Gustav Koester, 1876, *passim*; **CARRÉ DE MALBERG, Raymond.** Histoire de l'exception en droit romain et dans l'ancienne procédure française. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence, 1887, *passim*; **PUGLIATTI, Salvatore.** Voce: Eccezione (teoria generale). En: *Enc. Dir.*, vol. XIV, 1965, p. 151 y ss.; **SCHLOSSER, Peter.** *Peremptorische Einrede und „Ausgleichszusammenhänge“.* En: *JZ*, núm. 13, 1966, p. 428 y ss.; **BOLAFFI, Renzo.** *óp. cit.*; *passim*; **ROTH, Herbert.** Die Einrede des Bürgerlichen Rechts. München: Beck, 1988, *passim*; **VAN RHEE, C.H.** “The role of exceptions in Continental civil procedure”. En: AA.VV. *Adventures of the Law. Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference.* Dublin: Four Courts, 2005, p. 88 y ss.; **HATTENHAUER, Christian.** *óp. cit.*; p. 250 y ss. Para un breve repaso de la evolución de la categoría en el derecho alemán, y a propósito de la recesión a la obra de Herbert Roth, consúltese, entre otros, **KRAMPE, Christoph.** *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts (Münchener Universitätschriften, Bd. 71).* En: *AcP*, núm. 191, 1991, p. 163 y ss.; **ALVES, Rául Guichard.** Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; *passim*; **CORDEIRO, António Menezes.** Tratado de Direito Civil. vol. I. Reimpressão da 4a ed. Coimbra: Almedina, 2012, p. 910 y ss.; **JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues.** “Exceções no direito civil. Um conceito em busca de um autor?” En: AA.VV. *Prescrição e decadência. Estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho.* Salvador-Bahia: Juspodivm, 2013, p. 411 y ss. En nuestro *medio*, respecto a las excepciones sustanciales, se han ocupado, aun cuando sucintamente, **LUQUE, Ricardo.** “Excepción de incumplimiento”. En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y Jorge MUÑIZ. *Temas de derecho contractual.* Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 22 y ss.; **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Situaciones jurídicas subjetivas... óp. cit.*; pp. 349-350; y anteriormente, **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario I... *óp. cit.*; p. 102 y ss.

(256) *v.* **JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues.** *óp. cit.*; p. 413.

(257) **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 359.

En conexión con una ulterior modificación de perspectiva a nivel jurídico en Alemania, el cual se tradujo en una superación de la exclusividad procesal de ciertos cuadros jurídicos romanos (el *aktionenrechtlichen Denken der Römer*), la noción de *exceptio* siguió el mismo destino de la *actio* -ya referido-; esto es, vino a ser descompuesto en un aspecto material y otro procesal. Así pues, tal como a partir de la *actio* se forjó aquél cuadro de derecho material que representa el derecho subjetivo, también a partir del instituto procesal de la *exceptio* surgió la categoría de la excepción en sentido material²⁵⁸ (*Einrede*²⁵⁹), cuya prístina valoración sustancial respondió al trabajo de Windscheid²⁶⁰.

Como es sabido, las excepciones no afectan la existencia del derecho sobre el cual inciden, sino que tienen como función o bien paralizar -“como contrapeso en una balanza”, de acuerdo a Ennecerus y Nipperdey-, detener, bloquear o inhibir -hablándose en estos casos de excepciones fuertes-, o bien atenuar o debilitar el derecho contra el cual es opuesto -hablándose en estos casos de excepciones débiles-²⁶¹.

De modo general, en tanto “derechos negativos”, la excepción se dirige contra un derecho, generalmente un derecho de crédito o una pretensión, aun cuando puede ser opuesta también a un derecho potestativo²⁶². Así pues, se suele advertir que cuando la excepción actúa como un obstáculo permanente y definitivo al derecho del destinatario de la misma, esta será denominada “excepción perentoria” (*Peremptorische Einrede*²⁶³); al contrario, cuando esta implique un ataque transitorio al derecho del destinatario de la excepción, se hablará de excepción dilatoria²⁶⁴ (*Dilatorische Einrede*²⁶⁵), la cual actuará hasta que el “impedimento” que limita la eficacia del derecho o pretensión desaparezca, o hasta que algún presupuesto adicional (necesario para la efectividad del derecho o pretensión) ocurra o sea satisfecho²⁶⁶.

(258) Ídem, p. 360.

(259) Cabe indicar que en ciertas ocasiones la excepción es denominada como *Gegenrechte*. Para mayor ahondamiento, remítase al apartado pertinente a los derechos potestativos.

(260) *Cfr. ALVES, Raúl Guichard*. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 40.

(261) Ídem, f. 41.

(262) *Ibíd.*

(263) *v. SCHLOSSER, Peter*. *óp. cit.*; p. 428.

(264) *PINTO, Carlos Alberto da Mota*. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 361.

(265) *v. SCHLOSSER, Peter*. *óp. cit.*; p. 428.

(266) *ALVES, Raúl Guichard*. Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit.*; f. 41.

Respecto de ambas, excepción perentoria y excepción dilatoria, estas podían, paralelamente a lo que sucede con los derechos potestativos, nacer de forma autónoma, integradas o dependientes²⁶⁷ de posiciones más vastas, perteneciendo incluso al contenido de ciertos derechos, constituyendo meras emanaciones o formando parte del contenido de otro derecho. En este último caso -y hablando en términos de posiciones jurídicas subjetivas-, la excepción deducida no se constituiría como una posición jurídica autónoma en relación a aquel derecho del cual es simple expresión o manifestación²⁶⁸.

Lo cierto es que existían ciertas excepciones que no constituían una mera invocación de otro derecho, caracterizándose por estar dotadas de autonomía, y cuya función radicaba en impedir o paralizar un derecho de crédito, una pretensión o un derecho potestativo de un adversario.

2.4.3.1. Antiguamente, los romanos solían clasificar a las excepciones por “perpetuas” (para referirse a las excepciones perentorias) o por “temporales” (para referirse a las excepciones dilatorias). Luego, en Alemania, las primeras fue designadas como preclusivas, permanentes o destructoras (*ausschliessenden, dauernden, zerstörlichen*) y las segundas como suspensivas (*aufschiebenden y rechtsbemmenden*)²⁶⁹. Lo cierto es que la distinción entre ambas yace en la extensión temporal del efecto que conceptualmente produce la *Einrede*.

El problema que surgió, a propósito de la excepción material perentoria yace justamente en la extensión temporal “perpetua” de la misma, dado que esta debía conciliar con el “concepto” de la excepción material; esto es, su condición de derecho negativo tendente a paralizar o suspender el derecho o pretensión al cual es opuesto. En otras palabras, ¿la perpetuidad del efecto de la excepción

(²⁶⁷) *v. JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues. óp. cit.; p. 415.* Para este autor, las excepciones pueden clasificarse en (i) independientes y (ii) dependientes, además de (a) personales y (b) impersonales. La excepción (i) independiente es, por regla, también (b) impersonal, siendo susceptible de ser transmitido a los “sucesores a título originario” así como de ser opuestas contra los sucesores de la persona contra la cual originalmente estaba dirigida, al estilo de las “excepciones de prescripción”, de “cosa juzgada”, entre otros. Por su parte, la excepción (ii) dependiente se funda en el derecho o pretensión a la que corresponden y su dirección es la que resulta de la naturaleza del derecho o de la pretensión. Así pues, las excepciones (ii) son de carácter no autónomo, a diferencia de las excepciones (i) que son autónomas.

(²⁶⁸) *v. PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual... óp. cit.; p. 362.* El mismo evento se produce respecto de los derechos potestativos. Fíjese en la hipótesis de interpelación en mora, el cual lejos de constituirse como un autónomo derecho potestativo representa una facultad que integra el contenido de dicho derecho.

(²⁶⁹) Ídem, p. 361 (nt. 1); **ALVES, Raúl Guichard.** Acerca dos direitos potestativos... *óp. cit;* f. 41.

(perentoria) no importaba acaso la extinción del derecho o pretensión (efecto antitético al de la excepción), o existían elementos que permitían determinar una distinción conceptual entre una suspensión perpetua y una extinción?

Para Lenel, la idea de un derecho existente más jurídicamente ineficaz contenía una «*contradictio in adjectione*»²⁷⁰. En efecto, sería ilógico postular la existencia de un derecho cuya prestación podría ser perpetuamente “recusada”. En esa línea, Bolaffi, afirmaba que no resultaba así admisible la coexistencia de un derecho de exigir y un perpetuo *diritto di rifiutare* (contra derecho) la misma prestación; no obstante, como señalara un importante autor, estas afirmaciones aparecían como síntesis de puro logicismo²⁷¹.

En efecto, la distinción entre una suspensión perpetua y una excepción solo era relevante en la medida en que cada una de estas, de forma individual, produzca, ante un problema jurídico, una solución singular y diversa. De ahí que un sector de la doctrina haya aducido que la distinción entre derechos potestativos extintivos y excepciones materiales perentorias yacía en los diversos efectos que ambas producen²⁷²:

a) Una de las diferencias entre los efectos del ejercicio de una excepción material perentoria y un derecho potestativo extintivo radicaría en la posibilidad de extinguir los efectos de una excepción ya ejercida mediante la renuncia a estos, recobrando, con ello, el crédito plena vigencia sin la necesidad de un nuevo acto que lo constituya, y por tanto, sin la necesidad de una forma específica; al contrario de lo que sucedería en caso el crédito quedase extinto, supuesto en el cual, a lo sumo, podría ser renovado y, para eso, habría que observar la forma especialmente exigida para el tipo legal del negocio constitutivo de crédito²⁷³.

Nótese que no nos referimos a la renuncia al derecho de invocar una excepción aun no ejercida. De hecho, no hay diferencia alguna entre la renuncia al ejercicio de una excepción y la renuncia al

(270) Cfr. LENEL, Otto. *óp. cit.*; pp. 104-105 (nt. 1).

(271) *Ibíd.*

(272) *Ibíd.*

(273) *Ídem*, p. 366.

ejercicio de un derecho potestativo extintivo. La diferencia anotada yace en que la renuncia, mediante negocio no formal, a los efectos ya producidos como consecuencia del ejercicio de una excepción, conlleva a que el derecho de crédito al cual fue opuesta la excepción, resurja, sin la necesidad de un negocio constitutivo anterior; al contrario, la renuncia a los efectos extintivos de un derecho potestativo extintivo ya ejercido no provoca el “resurgimiento” del derecho de crédito, sino que, para que tal fenómeno ocurra, es imprescindible la realización de un negocio formal, en caso el tipo legal del cual deriva el crédito extinto así lo exija²⁷⁴.

El sector dominante de la doctrina alemana se inclinaba por confirmar la diferencia anotada²⁷⁵.

b) Por otra parte, otra de las diferencias entre las consecuencias del ejercicio de una excepción material perentoria y los efectos del ejercicio de un derecho potestativo extintivo se manifestaría en el destino de las garantías accesorias. Así pues, extinto un crédito, consecuentemente se extinguiría la hipoteca, la fianza y la garantía mobiliaria. Al contrario, paralizado el derecho de crédito producto del ejercicio de una excepción material perentoria, no se verificarían los efectos señalados²⁷⁶.

c) Asimismo, se trató de justificar la diferencia entre el ejercicio de una excepción material perentoria y un derecho potestativo extintivo a partir de algunas de las particularidades en el ejercicio de ambas. En efecto, en el supuesto en que el acreedor exija el cumplimiento de su crédito al deudor, este último podrá oponer un derecho potestativo extintivo, de modo tal que, en caso ocurra un nuevo intento de exigir dicho crédito, no será necesario que el deudor repita el ejercicio del derecho potestativo extinto. Todo lo contrario ocurriría cuando se trata de oponer una excepción perentoria material ante el reclamo del crédito de parte del acreedor, dado que, en este caso, el deudor se encontrará compelido a oponer la excepción material perentoria cada vez que el acreedor decida exigir el cumplimiento del crédito en su favor²⁷⁷.

(²⁷⁴) Ibíd.

(²⁷⁵) Ídem, p. 367.

(²⁷⁶) Ídem, p. 369.

(²⁷⁷) Ídem, p. 369-370.

d) Desde otro ángulo, se sostuvo la distinción entre excepciones materiales perentorias y derechos potestativos extintivos a partir de la consideración de que la primera debería ser invocada judicialmente, de modo tal que el deudor que invocaba la excepción extrajudicialmente, mas no en el proceso civil, debía ser “condenado”, aun cuando haya probado haber interpuesto previamente una excepción de forma extrajudicial (p.e. excepción de prescripción). Lo opuesto ocurriría a propósito de los derechos potestativos, en donde la eficacia del derecho surge como consecuencia del natural ejercicio extrajudicial del mismo²⁷⁸.

Lo cierto es que cada una de estas posibles diferencias ha merecido la crítica de la doctrina.

i) En efecto, respecto a la diferencia existente entre la renuncia a los efectos de una excepción material perentoria y un derecho potestativo extintivo, se ha opuesto que en realidad, si la distinción yace en la necesidad de una formalidad para el re-surgimiento o no del crédito “paralizado” o “extinto”, y desde un plano teleológico, nada justificaría imponer, ante el ejercicio de un derecho potestativo extintivo, la exigencia de una forma para que el crédito “extinto” recobre vigencia, estableciendo una solución opuesta para el caso en que el crédito “paralizado” recobre sus efectos²⁷⁹.

ii) De igual manera, la distinción que se fundaba en el destino de las garantías accesorias también fue objeto de críticas. Así pues, atendiendo a los intereses ligados al carácter accesorio de la garantía, la única solución coherente sería, al contrario, permitir que el fiador, garante o propietario pueda invocar la oposición de una excepción perentoria al crédito garantizado con los mismo efectos que ocurrirían si es que el crédito garantizado deviniera extinto como consecuencia del ejercicio de un derecho potestativo extintivo²⁸⁰.

iii) Lo propio acontecía con aquella diferencia fundada en la necesidad de oponer la excepcional material perentoria tantas veces como el crédito sea exigido por el acreedor, a diferencia de lo que sucedería con el derecho potestativo extintivo, el cual, dado que extinguiría el crédito, no precisaría que posteriormente sea ejercido nuevamente. En efecto, nada justificaba imponer al deudor

(²⁷⁸) Ídem, p. 370.

(²⁷⁹) Ídem, p. 367.

(²⁸⁰) Ídem, p. 369.

la necesidad de invocar la referida excepción cada vez que el acreedor pretenda el cumplimiento de lo debido. De ahí que se haya señalado incluso que una lógica contraria conllevaría a negar la condición de cosa juzgada a las sentencias absolutorias favorables al deudor en caso estas tengan por fundamento la invocación de una excepción material perentoria²⁸¹.

iv) Finalmente, la distinción basada en la necesidad de invocación judicial de la excepción material perentoria a contrario de lo que sucede con el ejercicio extrajudicial del derecho potestativo, tampoco resulta exenta de crítica. Así pues, sin encontrar un fundamento dogmático (o normativo) que impida al deudor invocar una excepción material perentoria de forma extrajudicial, la doctrina alemana tendía a aceptar que estos puedan ser ejercidos extrajudicialmente, tal y como acontece con los derechos potestativos extintivos (*p.e.* resolución)²⁸².

Advertido los problemas que presenta la pretendida distinción entre excepciones materiales perentorias y derechos potestativos extintivos, y no encontrando argumentos dogmáticos suficientes que permitan sentenciar la diferencia entre ambas categorías, debemos concluir que los efectos de una excepción material perentoria no se terminan por distinguir “absolutamente” del efecto natural de los derechos potestativos denominados “extintivos” (extinguir un derecho subjetivo o una relación jurídica), quedando descartado de este modo, a nivel teórico, su carácter autónomo respecto de esta última categoría.

De esta manera, quedaba así subsumida la categoría de las excepciones materiales perentorias en la noción de derechos potestativos de efectos “extintivos”²⁸³.

2.4.3.2. Corresponde ahora determinar el carácter autónomo, respecto de otras posiciones jurídicas, de aquella otra gama de excepciones denominadas “dilatorias”.

Como ya se señaló, las excepciones materiales dilatorias (o temporales) tienden a suspender de forma transitoria el ejercicio del derecho frente al cual se oponen. De esta manera, la doctrina suele

⁽²⁸¹⁾ Ídem, p. 370.

⁽²⁸²⁾ Ídem, pp. 370-371.

⁽²⁸³⁾ Ídem, p. 371.

identificar como expresión de estas al derecho de retención, la excepción de no cumplimiento, el beneficio de excusión del fiador, entre otras. Ahora bien, a efectos de reconocerle autonomía a esta clase de excepciones, era imprescindible contrastar la naturaleza de su efecto respecto de aquellos efectos que se reconocieron a los derechos potestativos; a saber, constitución, modificación y extinción. Solo en caso los efectos de la excepción material dilatoria no quede subsumida en alguno de los efectos de los derechos potestativos, se podría haber reconocido en la misma una figura independiente.

A diferencia de las excepciones materiales perentorias, las excepciones materiales dilatorias no tenían por efecto la suspensión permanente del derecho frente al cual eran opuestas, sino solo la suspensión temporal de este. Tal diferencia impide confundir el efecto de las excepciones materiales dilatorias con el efecto de los derechos potestativos extintivos, dado que una paralización de carácter temporal, a diferencia de una paralización permanente (eterna) -propia de las excepciones materiales perentorias-, no representaba, en el fondo, un efecto extintivo. De este modo, queda descartada una posible subsunción de las excepciones materiales dilatorias en el concepto de derecho potestativo extintivo²⁸⁴.

Lo propio sucedía cuando las excepciones materiales perentorias eran contrastadas con los derechos potestativos constitutivos y modificativos. En efecto, esta clase de excepciones no tenía por efecto constituir una relación jurídica y mucho menos modificar una realidad pre-existente. En ese sentido, no podía identificarse el efecto “constitutivo” en el impedimento -antes inexistente- de actuar el derecho frente al cual es opuesta la excepción, así como tampoco reconocer, en este mismo escenario, un efecto “modificativo”, en donde la posibilidad de actuar el derecho haya mudado a lo opuesto.

Si es que traemos a colación las posibles diferencias que se esbozaron a propósito de la pretendida distinción entre excepciones materiales perentorias y derechos potestativos extintivos, podremos dar cuenta que, al contrario de lo que se concluyó en su momento respecto tal distinción,

(²⁸⁴) Ídem, p. 372.

si se presentaba, en algunos casos, una marcada diferencia entre los efectos dilatorios de esta clase de excepciones y los derechos potestativos extintivos. Así pues, no existía acá el problema relativo al resurgimiento del derecho de crédito, toda vez que el efecto de esta clase de excepción era temporal. Asimismo, en este caso las garantías accesorias se mantenían incluso luego de invocada la excepción material dilatoria. Lo propio ocurría a propósito de la exigencia en reiterar la invocación de la excepción, dado que en el caso de las excepciones materiales dilatorias -en clara oposición a lo que ocurre con las excepciones materiales perentorias-, el legitimado debía invocar la misma tantas veces como se pretenda actuar el derecho frente al cual es opuesto. Finalmente, el legitimado que invocó la excepción material dilatoria de forma extrajudicial, debía hacerlo también en el proceso.

En síntesis, a partir de las consideraciones expuestas, debemos concluir reconociendo en la excepción, específicamente en aquellas de efecto “dilatorio” o “temporal”, mas no en aquellas de efecto “perentorio” o “permanente”, una autónoma posición jurídica, la cual la doctrina alemana ubica dentro del contenido de la relación obligatoria, pasando a distinguirse esta como posición jurídica integrante de la relación de obligación a lado de las otras posiciones jurídicas ya tratadas.

Sin perjuicio de lo anterior, el significado de la “excepción” material adoptado se verá más adelante confrontado con una “categoría” que en legislación nacional adoptará el *nomen* “inexigibilidad”.

III. De este modo, habiendo cobrado independencia las posiciones jurídicas conocidas como *derecho potestativo, sujeción, facultad, excepción, deber*, el seno de la novísima relación de obligación comenzó a ser identificable a partir de tales posiciones jurídicas que, aunados a aquellas otras conocidas como carga (*Obliegenheit*) y expectativa, y actuados indistinta e invariadamente, terminaban por describir un fenómeno unitario, aun cuando respecto al mismo no existía aún una auténtica construcción dogmática.

3.1. El contenido de la relación de obligación resulta identificable a partir de los “elementos” (en sentido figurativo) que la conformaban; esto es, las diversas posiciones jurídicas que surgían al

conformarse la relación contractual²⁸⁵. Dicho contenido, si bien representaba por antonomasia el conjunto de efectos nacidos o producidos como consecuencia del acuerdo de voluntades, también solía ser determinado por el ordenamiento jurídico, de modo que el denominado “contenido” de la relación de obligación aparecía como una síntesis en la que convergían tanto el plexo de estipulaciones de las partes como el conjunto de preceptos de derecho objetivo aplicables a las relaciones de obligación de fuente contractual²⁸⁶.

Al identificar en dicho contenido al conjunto de posiciones jurídicas antes enunciadas²⁸⁷, es imperioso resaltar que cada una de estas (deberes, derechos potestativos, sujeciones, facultades, excepciones, cargas, expectativas) aparecerá como una específica concreción de la voluntad de las partes o de un precepto que el ordenamiento impone a una particular relación²⁸⁸, siendo que dicha relación de dependencia entre los elementos del contenido de la relación de obligación y la fuente de la cual emana será la que caracterice a la relación de obligación.

Corresponde ahora describir las fluctuaciones que se presentan al interior del contenido de la relación de obligación, las cuales surgen como consecuencia de la interacción entre las posiciones jurídicas que ahí residen.

Las posiciones jurídicas que conforman el contenido de la relación de obligación no se alinean, como puede haberse dejado entrever, en una posición de mera contigüidad, de tal modo que la relación contractual viniera a ser una mera suma o conjunto de vínculos unidos apenas por la identidad de su proveniencia: el contrato²⁸⁹.

(285) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta”... *óp. cit.*; f. 2 (de la versión mecanografiada).

(286) *v.* **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; pp. 373-374.

(287) *Cfr.* **MENGONI, Luigi**. *Responsabilità contrattuale*... *óp. cit.*; p. 88, quien concibe la relación de obligación como relación fundamental, estructura compleja, formada por derechos, deberes, poderes y sujeciones, y cuyo contenido puede modificarse sin que la relación pierda su identidad jurídica; igualmente luego en ID. *La parte generale delle obbligazioni*... *óp. cit.*; pp. 284-285; *v. tb.*, **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*... *óp. cit.*; p. 124.

(288) De acuerdo a Reinhardt, y teniendo presente el «Estado social de derecho alemán», el contrato se sirve de la combinación de dos tipos de fuerzas conformadoras: (i) individuales o subjetivas (voluntad de los particulares) y (ii) supra-individuales u objetivas (normas jurídicas, cláusulas generales, actos de administración - *p.e.* actos de aprobación oficial-). En ese sentido, *v.* **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 374 (nt. 1).

(289) *Ibíd.*

En efecto, no se trata acá de una simple adición de “elementos” (posiciones jurídicas) independientes. Al contrario, la relación de obligación es determinada antes por una consideración de carácter *unitario*²⁹⁰ o *funcional*²⁹¹. La identificación de un fin común en los créditos, débitos, deberes accesorios, derechos potestativos, sujeciones, facultades, excepciones, entre otras posiciones jurídicas, permite establecer entre todos estos “elementos” una “íntima correlación”²⁹².

No cabe duda pues que el crédito y el débito se erigen como los principales “elementos” del contenido de la relación de obligación²⁹³ (y que en cierta forma definen su tipo), dado que es a través de aquellos que se *viabiliza* la realización del fin contractual. En el fondo, tanto el interés en recibir la prestación (interés del acreedor) como la necesidad en efectivizar la misma (interés del deudor en liberarse mediante el cumplimiento), considerados cada uno de manera individual, conforman el “interés contractual” cuya satisfacción constituye el “fin del contrato” (*Vertragszweck*)²⁹⁴. El problema surge pues cuando se advierte que el “fin del contrato” no necesariamente se verá satisfecho con el cumplimiento del deber de prestación impuesto al deudor en virtud del contrato.

Ante tal circunstancia, los deberes accesorios al deber principal de prestación, reconocidos de forma nítida a partir de la obra de Staub, terminan por vincularse con el fin del contrato, aunque no de forma directa, en la medida en que su realización (interés instrumental -o de segundo grado- del acreedor²⁹⁵) termina por incidir significativamente en el cumplimiento del deber de prestación²⁹⁶, lo

(290) En realidad, el hecho que en el seno de la relación de obligación coexistan una pluralidad de posiciones jurídicas no contraviene su “unidad”. Cfr. **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 36.

(291) v. **MENGONI, Luigi**. *Responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 88 (nt. 5); **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 124; ID. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 1 (de la separata); **SALVI, Cesare**. *óp. cit.*; p. 12.

(292) **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual...* *óp. cit.*; p. 374.

(293) v. **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 124, quien habla del deber de prestación como núcleo fundamental de la relación de obligación. De igual manera, las consideraciones de **ROSELLO, Carlo**. *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*. En: *Contr. impr.*, XII, núm 2, 1996, p. 644.

(294) Cfr. **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual...* *óp. cit.*; p. 375, e igualmente, respecto la *Vertragszweck* consúltese p. 314 (nt. 2) y 378 (nt. 1). En contra de adoptar la noción de fin del contrato, **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 41 (nt. 70); ID. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil...* *óp. cit.*; p. 443 (nt. 458). Para mayores referencias, v. *ib.*, entre otros, **LARENZ, Karl**. *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik...* *óp. cit.*; p. 107; **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo**. *L'esecuzione del contratto...* *óp. cit.*; p. 406 (quien coloca al principio de buena fe -en la ejecución- al servicio de la realización de la *Vertragsordnung*).

(295) El cual tiene como propósito inmediato una actividad del deudor capaz de promover la actuación del interés primario. En esa línea, v. **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 188.

(296) v. **CASTRONOVO, Carlo**. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 1 (de la separata).

que derivará por consiguiente en la satisfacción del crédito (interés ulterior del acreedor). De ahí que los deberes accesorios resulten vinculados con el fin del contrato (el cual por tanto no podrá ser logrado con el solo cumplimiento de los deberes de prestación) en la medida que resulta manifiesta la existencia de una *relación funcional* (fundada en la necesidad de procurar el cumplimiento del fin del contrato) con las otras posiciones jurídicas que forman parte del contenido²⁹⁷ de la relación de obligación.

Ahondemos un poco más en esta categoría denominada “deberes accesorios”.

Como puede haberse inferido, los deberes accesorios representaban una categoría envolvente cuyo rasgo principal radica en su relación de accesoriedad respecto al deber de prestación. Tal relación pareciera ser fruto de una labor intelectual encaminada a dotar de una *posición* a la misma dentro de la relación de obligación, lo que significa que la posición “accesoria” se deduce a partir de su oposición (en términos gráficos) a aquel deber que ocupa, al contrario, la posición “central”; esto es, el deber de prestación (*Leistungspflicht*).

(²⁹⁷) En algunos casos, la doctrina suele desentrañar el contenido de la relación de obligación a partir del reconocimiento de “una serie di diritti e di obblighi in capo alle parti” que trasciende “il diritto del creditore alla prestazione verso il debitore” (Cfr. **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 74). A nuestro criterio la referencia a “una serie de derechos y de deberes” resulta “simplemente gráfica” (mas no exacta), en la medida en que esta busca representar “figurativamente” un “exceso” o “superación” del mero débito y crédito propio de la *obligatio*. De ahí que, como se profundizará más adelante, la referencia a los “derechos y obligaciones” presente (incluso) en el art. 1437 del Código Civil de 1984 -a propósito de la cesión de la posición contractual- debe ser interpretada en función al “conglomerado” de posiciones jurídicas que conforman el contenido de la relación contractual.

Algunas veces, sin embargo, se optó por calificar a dichos deberes como “secundarios”²⁹⁸, de modo tal que en dichos casos el análisis pareciera no haberse reducido a calificar a dichos deberes en función a la *posición* que ocupan en la relación de obligación, sino a valorarlos a partir de su *relevancia* (e importancia) para con el fin del contrato: ahí el deber de prestación sería concebido como deber *principal o primario* de prestación, y aquellos deberes que coadyuvan a su cumplimiento serían denominados (ya no deberes accesorios sino) *deberes secundarios*²⁹⁹.

Aceptar que ambas denominaciones (“accesorio” y “secundario”) puedan ser empleadas a efectos de representar aquella gama de deberes cuyo rasgo principal radica en ser aquellos que coadyuvan al cumplimiento del deber de prestación resulta (a nuestro criterio) desprolijo³⁰⁰. La realidad es que los deberes accesorios no eran los únicos deberes que tenían por finalidad procurar al acreedor la satisfacción de su “interés”. Existía una clase de deberes que servía también para tal propósito y solía denominárselos a partir del *nomen* “secundario”.

Así pues, las exigencias adicionales (al deber de prestación) que le eran impuestas al deudor en una relación de obligación podían sintetizarse en dos clases de comportamientos: (i) aquellos

(²⁹⁸) Un sector autorizado de la doctrina sugiere identificar a los deberes involucrados en la relación de obligación a partir de su estricta relación con el cumplimiento de una “prestación principal” y una “prestación secundaria” (aquellos que coadyuvan al cumplimiento del primero, o lo que en nuestra terminología son los deberes accesorios), reservando, al contrario, la denominación tantas veces aludida aquí de “deberes accesorios” para denominar a los deberes que representan la concreción práctica de los dictámenes de la buena fe, *v. CORDEIRO, António Menezes*. “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; p. 123 y ss.; igualmente, *ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas*. “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta”... *óp. cit.*; f. 2 (de la versión mecanografiada). Años atrás, otro autor creyó conveniente emplear la terminología referida de “deberes secundarios de prestación” para describir lo que nosotros hemos denominado “deberes accesorios”, por un lado, y “deberes secundarios”, por otro, *v. PINTO, Carlos Alberto da Mota*. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 337. En otras ocasiones, la referencia es solo a una categoría denominada “deberes accesorios”; así *GIORGIANNI, Michele*. *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*. En: *Contr. impr.*, IX, núm. 2, 1993, p. 492. En general, *FRADA, Manuel A. Carneiro da*. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 41 y ss.; ID. *Os deveres (ditos) "acessórios" e o arrendamento*. En: *ROA*, LXXIII, núm. 1, 2013, p. 267 y ss.

En realidad, como se ha señalado, existe una pluralidad de terminologías que se pueden adoptar (*p.e.* “deberes laterales”, “deberes de comportamiento”) para describir fenómenos idénticos y diversos (de “irreductible fluctuación terminológica habla *ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas*. “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta”... *óp. cit.*; f. 2 (de la versión mecanografiada), lo que ha conllevado a afirmar que este problema solo puede ser superado introduciendo más distinciones, lo que finalmente aconteció con el descubrimiento de los «deberes de protección», agravándose así el problema terminológico *v. CORDEIRO, António Menezes*. “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; p. 124.

(²⁹⁹) Adoptando esta clasificación, *ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas*. “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta”... *óp. cit.*; f. 2 (de la versión mecanografiada).

(³⁰⁰) No obstante, creemos que un problema terminológico no puede resultar trascendente si es que se tiene en cuenta claramente que se está buscando denominar a fenómenos ontológicamente diversos unos de otros, de modo que el *nomen* empleado no distorsionará su esencia y por tanto su identificación.

comportamientos que traducidos en deberes se encontraban vinculados en forma accesoria al deber principal de prestación en la medida que su cumplimiento tenía como propósito procurar una satisfacción cabal al interés del acreedor; y (ii) aquellos comportamientos que se constituían como sucedáneos o complementarios a la prestación principal, y cuya actuación será exigible (justificando su aparición) en la medida en que ocurran o se produzcan vicisitudes en torno al cumplimiento de la prestación debida. A la primera clase de comportamientos se los tendrá por “deberes accesorios a la prestación principal” y a la segunda clase de comportamiento se los llamará “deberes secundarios sustitutivos o complementarios”³⁰¹.

En la primera clase de comportamientos, nosotros ubicaremos a los “deberes accesorios” a los cuales hemos hecho referencia a lo largo del presente estudio, y en la segunda clase apreciaremos a los denominados “deberes secundarios”.

Respecto a los deberes accesorios, cabe indicar en ciertas ocasiones dichos deberes no eran acordados por las partes, de modo tal que los mismos surgían del esfuerzo analítico de descomponer el deber de prestación, al punto que la concreción de tales deberes era consecuencia de dicha labor (amparada en gran medida en la buena fe), justificándose así la relación de accesoriedad antes advertida³⁰². Por su parte, el rasgo principal de los deberes secundarios yacía en que estos surgían como consecuencia de una falla (perturbación) en el programa obligatorio, de modo tal que su nacimiento tenía como presupuesto dicha eventualidad³⁰³.

Visto en perspectiva, la calificación de “accesorio” resultaba oportuno en la medida que la actuación de dichos deberes convivía con la actuación del deber de prestación, al punto que este último no se podía realizar si es que tales deberes no eran ejecutados también durante el plazo de cumplimiento. Al contrario, la segunda gama de deberes era conocido como “secundario” en tanto no resultaban confundibles con la prestación principal o primaria, al punto que estos podían representar (i) “prestaciones sucedáneas al deber primario de prestación”³⁰⁴, siendo ejemplos de estos

(³⁰¹) *v.* FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 38;

(³⁰²) Ídem, p. 37 (nt. 60).

(³⁰³) Ídem, p. 38 (nt. 61).

(³⁰⁴) PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 337.

el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento (en Alemania, por la imposibilidad culpable), el derecho del acreedor al *commodum subrogationis*, el derecho a una prestación como consecuencia de la extinción del contrato producto del ejercicio de un derecho potestativo de desistimiento, entre otros; o eran traducibles en (ii) “prestaciones coexistentes con la prestación principal”³⁰⁵, sin sustituirlas, como el derecho a un resarcimiento en caso de mora o en caso de cumplimiento parcial, defectuoso (excepto en Alemania, por las razones ya anotadas) de la prestación principal, entre otros.

Ahora bien, tanto los deberes accesorios como los deberes secundarios (sobre todo en el caso de los deberes secundarios cuya prestación es sucedánea al deber primario de prestación) no necesariamente surgían al momento en que se conformaba la relación contractual, sino que estos se concretizaban de forma sucesiva (en la etapa de actuación de la relación de obligación) en la medida en que resultaban imprescindibles para procurar la satisfacción del interés del acreedor. Lo cierto es que esta circunstancia (presente en los elementos que conforman su contenido) dotaba a la relación de obligación con una característica: su funcionalidad, la cual permite hoy comprender por qué la misma, lejos de presentar una gama de “elementos” pétreos e invariables, se encontraba conformado por estos deberes cuya característica yacía en su concreción sucesiva al momento de formación del contrato.

Lo dicho era extensible también a las demás posiciones jurídicas que formaban parte del contenido de la relación de obligación.

En efecto, los derechos potestativos, por su parte, se encontraban en íntima conexión con los elementos de la relación de obligación, en virtud de la existencia de una “comunidad de fin”. Separando a los derechos potestativos ligados al crédito -cuya ligación con el interés en la prestación (y a través de este, con el interés contractual) era evidente- se encontraban, idénticamente, los restantes derechos potestativos, los cuales se vinculaban al fin contractual, ya sea, de forma positiva, en la medida en que hacían posible su realización (*p.e.* en el caso en que la alteración en las circunstancias lo haga peligrar),

⁽³⁰⁵⁾ *Ibíd.*

o de forma negativa, poniendo fin a la relación contractual; esto es, cuando el interés en el contrato de una de las partes decae, o neutralizando la posibilidad de que ocurran circunstancias opuestas al fin del contrato, en la medida en que se revele que la consecución de este último resulta imposible o dudoso (derecho de resolución por incumplimiento, o por alteración de las circunstancias)³⁰⁶.

Dicho esto, parece consecuente afirmar que los derechos potestativos aparecían como parte de la relación contractual en la medida que su ejercicio respondía al fin contractual, independientemente que en ocasiones estos tenían por objeto la extinción de la relación contractual. Así pues, en la medida en que tales derechos potestativos podían no surgir (necesariamente) *ab initio*³⁰⁷, sino de forma sucesiva, resulta lógico reafirmar que la relación de obligación de la cual forman parte presenta (a propósito de estos derechos) un carácter evolutivo o dinámico, y no así estático o inmutable.

En esa misma línea, tanto la *Obliegenheit* como las excepciones (en este caso era aún más evidente) no necesariamente surgían *ab initio*; esto es, al momento en que se celebraba el contrato, a diferencia del débito y crédito como elementos principales de la relación. Al contrario, podían brotar en cualquier momento durante el plazo de duración de la relación contractual.

Por otra parte, en algunos casos los “elementos” que forman parte de la relación contractual no presentaban tampoco, *ab initio*, un específico contenido (axiomático era el caso de la carga de cooperación del acreedor, y en algunos casos lo propio para con los deberes accesorios), de modo que sería la propia actuación de la relación de obligación la que, en forma sucesiva, iría definiéndolos uno tras otro, y adecuándolos de acuerdo a las específicas circunstancias, exógenas o endógenas a la relación, que se presentaban -teniendo en cuenta- en cualquier caso, el interés contractual cuya satisfacción era el fin de la relación y para cuyo propósito se erigían todos los “elementos” que conformaban el contenido de la relación de obligación, sin distinción alguna.

(³⁰⁶) Ídem, p. 376.

(³⁰⁷) Ídem, p. 377.

Las consideraciones antes expuestas impidieron, e impiden aún hoy, apreciar en la relación de obligación una mera suma de “elementos” singulares sin vinculación alguna o como mera adición o relación de contigüidad de partes independientes unas a otras, sino como *algo más*³⁰⁸.

Por otro lado, no se trataba de un sistema estático, cuyos elementos se presentaban siempre de forma idéntica de principio a fin; al contrario, el surgimiento y cumplimiento de los deberes accesorios en ocasión de la actuación del deber principal de prestación, el ejercicio de los derechos potestativos o de las excepciones, a partir de la ocurrencia de circunstancias específicas en la fase de actuación de la relación de obligación, y su consecuente extinción, y el surgimiento (y delimitación) de la carga, como consecuencia de la existencia de un derecho de crédito, permitían apreciar que todo aquello que conformaba la relación contractual se iban definiendo y mudando “progresivamente”, adoptando así uno de los rasgos principales que caracterizará la *mecánica* de la relación de obligación.

Esta concepción de la relación de obligación fue la permitió concebir a la misma como “movimiento” o “proceso” (a partir del carácter progresivo de cada uno de sus elementos), reconociendo en el seno del mismo un nexo funcional que vinculaba a cada una de las posiciones jurídicas que forman parte de su contenido, reconociendo así a la relación de obligación como un “sistema dinámico o evolutivo”; en buena cuenta, un «*sistema móvib*»³⁰⁹.

3.2. Este «*sistema móvib*» concebido para la relación de obligación se encontró, naturalmente, contrapuesta al «*a-sistema inmóvib*» que representaba la *obligatio*³¹⁰, la cual, si bien suele ser caracterizada por su “linealidad”, cuando no por su “simplicidad”, representa, más estrictamente, un fenómeno de “a-sistematización” fundado en la imposibilidad de dotar de una disciplina unitaria a los “elementos” que fluctuaban en una relación de contigüidad con el débito y el crédito; “elementos” que, si bien

⁽³⁰⁸⁾ **ZEPOS, Panajiotis.** *óp. cit.*; p. 486.

⁽³⁰⁹⁾ **CORDEIRO, António Menezes.** “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; p. 122, quien señala que la “obligación surja como una realidad esencialmente dinámica y mutable, susceptible de presentar, a lo largo del tiempo, un contenido diversificado”.

⁽³¹⁰⁾ En términos de superación de la concepción romanista de la *obligatio*, concentrada en torno al deber de prestación, refiere, **BENATTI, Francesco.** Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222.

“descubiertos” con posterioridad a la pandectística y a las primeras formulaciones de un concepto de “obligación”, siempre formaron parte del ideario jurídico de la doctrina alemana.

La obligación ya no es el *vinculum iuris* clásico, sino una encarnación de las distintas posiciones jurídicas que en su seno se conforman³¹¹.

El proceso que venimos dando cuenta puede verse reflejado en el esfuerzo de la doctrina alemana por describir el «*sistema móvib*» que representaba la relación de obligación, siendo destacable los trabajos de Heinrich Siber y Felix Herholz. En efecto, ya en el exordio de la Primera Guerra Mundial, Siber, en el *Planck's Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch* (T. II) de 1914, planteó (bajo el legado de Savigny³¹²) concebir a la *Schuldverhältnis* a partir de la noción de *Organismus*³¹³, distinguiendo con ello en la relación de obligación un perfil “reducido” (“vínculos singulares”) y otro “amplio”³¹⁴ (contenido). Más allá de que tal concepción terminará por cristalizarse luego en el año 1931 (*Grundriss des deutschen Bürgerlichen Rechts: Schuldrecht*), la connotación del *Organismus* de Siber fue tal que significó una ruptura con la tendencia consolidada en Alemania a propósito de la *Schuldverhältnis* cuya concepción se encontraba frecuentemente ceñida en la *obligatio*³¹⁵.

Unos años antes, ya Felix Herholz, motivado por desentrañar los confines de la relación de obligación, había optado por “ampliar” la *Schuldverhältnis* de modo tal que esta no quedara “reducida” al mero crédito y débito, pasando a concebir a la misma “en sentido amplio³¹⁶” (o alargada³¹⁷) como una *relación-marco constante* (*Konstante Rahmenbeziehung*³¹⁸). Así pues, para Herholz, esta característica de la relación de obligación debía servir como fundamento para las pretensiones de *c.i.c.* y *pVV*, de modo

⁽³¹¹⁾ En ese sentido, es concluyente **ZEPOS, Panajiotis**. *óp. cit.*; p. 488.

⁽³¹²⁾ Ídem, p. 486, enfatizando que esta concepción ya era perceptible en Savigny.

⁽³¹³⁾ *v. LARENZ, Karl*. *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik...* *óp. cit.*; p. 108.

⁽³¹⁴⁾ **WIEGAND, Wolfgang**. *óp. cit.*; p. 87.

⁽³¹⁵⁾ *v. PANZA, Giuseppe*. *Buon costume e buona fede*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Bari. Napoli: Jovene, 1973, p. 214.

⁽³¹⁶⁾ **ZEPOS, Panajiotis**. *óp. cit.*; p. 486.

⁽³¹⁷⁾ *Cfr. CASTRONOVO, Carlo*. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 124 (nt. 1).

⁽³¹⁸⁾ **HERHOLZ, Felix**. *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. (Ein Rechtsgrund für negativeInteresseansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*. En: AcP, núm. 130, 1929, p. 257 y ss.; **LARENZ, Karl**. *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik...* *óp. cit.*; p. 108; **MENGONI, Luigi**. *Ancora in tema di pagamento «falsus procurator»*. En: *Riv. dir. comm.*, II, 1953, p. 118 y ss. (ahora en ID. *Scritti II. Obbligazioni e negozio a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi*. Milano: Giuffrè, 2011, p. 102; en adelante, el citado corresponderá a esta versión).

tal que podía escindirse dicha relación en un «vínculo de contenido» (*Inhaltsbeziehung*) y en un «vínculo de prestación» (*Leistungsbeziehung*), no siendo esta última más que la suma de deberes singulares de prestación³¹⁹. Lo cierto es que en la tesis de Herholz se encontraban ausentes las ideas de integración de la relación de obligación en una “unidad sistemática” y la de “desarrollo progresivo” de los elementos de dicha relación en base a un fin común³²⁰.

Sin embargo, independientemente de estas atingencias, nada obsta a considerar al *Organismus* de Siber y a la *Konstante Rahmenbeziehung* de Herholz como los antecedentes conceptuales de lo que ahora se suele llamar en el Derecho Continental como “relación obligatoria compleja” o *komplexe Einheit*, y que, como veremos más adelante, se presenta como un “cuadro jurídico, unitario, funcional o finalista”, el cual aparece como “una relación unitaria inmersa en la vida; un lazo social condicionado por un fin”³²¹.

No obstante, es imperioso destacar que esta última será también consecuencia del intento de describir a la *Schuldverhältnis* a partir de un *nomen* capaz de agotar sus matices a partir de su sola representación. De ahí que el paso a la “complejidad” de la relación de obligación haya importado también que en los años sucesivos la doctrina se haya opuesto a concebir a la relación de obligación como lo hicieron Siber y Herholz.

Sin duda, esta problemática en torno a la conceptualización de la relación de obligación se agudizará con el trabajo de Stoll, pero de ello daremos cuenta más adelante.

Ahora bien, resta indicar que el desvarío histórico existente entre el paso de un *a-sistema inmóvil* a un *sistema móvil* fue el reflejo de una evolución producida en el seno de la doctrina alemana, la cual pasó de formular “un” “concepto” de obligación a focalizarse en desentrañar el “contenido” de la (nueva) relación de obligación. Esto explica la razón del surgimiento de estudios que se abocaron a profundizar cada uno de los elementos que conforman el contenido de la relación de obligación, en algunos casos, y al por qué de aquellos otros que, a propósito de lo anterior, tuvieron como objeto

(³¹⁹) PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; pp. 379-380.

(³²⁰) Ídem, p. 380.

(³²¹) *Ibíd.*

no descubrir un “concepto de obligación”, sino reconocer un nuevo elemento que también formaría parte de la relación de obligación³²².

Esta última empresa será abordada por Stoll, quien, a propósito de una crítica a la teoría de Staub, postuló la existencia de una nueva categoría de deberes que, a diferencia de aquellos que llamamos “accesorios” y “secundarios”, poseían una diversa naturaleza a las demás posiciones jurídicas estudiadas que conformaban la relación de obligación y que por tanto formaban parte de su contenido.



(322) MENGONI, Luigi. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; pp. 283-284 (nt. 13).

Parte II

La génesis de los «deberes de protección»

Sumario: §. Premisa y coordenadas de exposición: el sistema alemán de tipicidad del ilícito en el contexto de la obra de Heinrich Stoll. – IV. La renovación del debate sobre la teoría de Staub: la crítica de Stoll y el nacimiento de los denominados «deberes de protección». – 4.1. La obra de Staub en el pensamiento de Stoll – 4.1.1. La existencia de una laguna como presupuesto para la teoría de Staub: la crítica de Jury Himmelschein y la consolidación de una doctrina del rechazo a la *pVV*. – 4.1.2 La crítica de la crítica: a) concepto amplio de prestación, b) noción de imposibilidad en el discurso histórico, c) la condición *sui generis* de la casuística ofrecida por Staub, d) la función del § 276 BGB. – 4.1.3. *Sintesis:* Stoll y el método deductivo. – 4.2. Stoll y la “re-construcción” sistemática del contenido de la relación de obligación a partir de la “re-comprensión” de la lesión del derecho de crédito desde la óptica de la *Interessenjurisprudenz*. – 4.2.1. La relación de obligación en la óptica de Hugo Kress como antecedente dogmático. – 4.2.2. La *Schuldverhältnis* como *besondere Rechtsbeziehung* en el pensamiento de Stoll: *Leistungsinteresse – Schutzinteresse* y valor normativo del § 242 BGB. – 4.2.2.1. (*sigue*)... *Leistungsstörungen*. – 4.2.2.2. (*sigue*)... interés de protección y función de los *Schutzpflichten*. – 4.2.2.3. El receso y el resarcimiento como tutela para los intereses lesionados: la solución de la acumulación y la concepción “extensiva” del *Organismus* obligatorio. – 4.2.2.4. (*sigue*)... carga de la prueba. – 4.2.3. Corolario. – V. Valoración de la obra de Stoll y la teoría de los «deberes de protección». – 5.1. El contexto histórico como base material para la formación de la teoría de los *Schutzpflichten*. – 5.2. La crítica a la teoría de Staub como elemento fundante y el problema de las *Leistungsstörungen* como factor coadyuvante. – 5.3. Las vinculaciones intersubjetivas en el pensamiento de Stoll y las primeras pistas en torno a la existencia de dos “planos”. – 5.4. La especialidad de la “categoría” en perspectiva.

§. La obra de Stoll surgió en un escenario particular. Para terminar de contextualizar (desde todos sus aristas y ángulos) la experiencia alemana hasta inicios de la década de 1930, es fundamental hacer referencia al sistema de responsabilidad *ex delicto* presente en el BGB.

El sistema de responsabilidad delictual alemán presentaba ciertas características que lo diferenciaban (a primera vista) de otros sistemas foráneos de responsabilidad civil como el francés concentrado en el art. 1382 *Code*⁽³²³⁾; entre estas -sin duda-, conforme indica Brüggemeier, la regla de

(323) Remarcando también el art. 1383 *Code* y en clave comparatista, v. CAEMMERER, Ernst von. “Wandlungen des Deliktsrechts”. En: ID. *Gesammelte Schriften*. Band I – *Rechtsvergleichung und Schuldrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1968, p. 453 y ss.; de igual manera, ALPA, Guido. *Il problema della atipicità dell'illecito*. Biblioteca di Diritto Privato ordinata da Pietro Rescigno. Napoli: Jovene, 1979, *passim*; BECKER, Christoph. *Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?* En: AcP, núm. 196, 1996, p. 477 y ss.

tipicidad (*Enumerationsprinzip*)³²⁴ como consecuencia de la inexistencia de una cláusula general (*Generalklausel*)³²⁵.

Producto de un interés (“espíritu³²⁶”) por no atribuir un marco de acción (poder) demasiado amplio a los jueces³²⁷ (concediendo una cláusula general como la francesa) para crear reglas de comportamiento deducidas del *alterum non laedere*, y bajo la firme convicción de poder plasmar todos los bienes jurídicos que precisaban de tutela extracontractual mediante fórmulas legales expresas³²⁸ (*typische Deliktstättbestände*³²⁹), el legislador alemán dispuso en el párrafo 823 (i) BGB un *numerus clausus* de bienes cuya lesión (por comportamiento antijurídico) legitimaría a la víctima a solicitar el resarcimiento del daño sufrido, entre estos, la vida, la integridad física, la salud, la libertad, la propiedad o un ulterior similar derecho (*sonstiges Recht*)³³⁰.

Pero no satisfecho con ello, el legislador también concedió la tutela para otros casos en donde los bienes afectados no se deducían en el referido § 823 (i) BGB, como cuando el segundo párrafo del mismo párrafo habilitaba el resarcimiento ante la violación de normas que tengan por objeto la

-
- (324) Cfr. **SERICK, Rolf**. *La responsabilité civile en droit allemand*. En: *Revue internationale de droit comparé*, vol. 7, núm. 3, 1955. p. 562; **ESSER, Joseph**. *Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites*. En: *Revue internationale de droit comparé*. vol. 13, núm. 3, 1961, p. 484; **RODOTÀ, Stefano**. Il problema della responsabilità civile... *óp. cit.*; p. 85; **WEITNAUER, Hermann**. *Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand*. En: *Revue internationale de droit comparé*. vol. 19, núm. 4, 1967, p. 808; **BUSNELLI, Francesco Donato**. *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «ingiusto»*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1969, p. 433 (nt. 27); **MONATERI, Pier Giuseppe**. La sindecdoque. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti. Studi di diritto comparato diretti da Mauro Cappelletti. Milano: Giuffrè, 1984, p. 68; ID. *Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats*. En: *Revue internationale de droit comparé*. vol. 36, núm. 1, 1984, p. 8; **CASTRONOVO, Carlo**. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 3; **RANIERI, Filippo**. "Cable Cases" e responsabilità per danni puramente economici: Il "Case Method" come esempio di approccio didattico nell'insegnamento del diritto civile europeo". En: AA.VV. *Quaderni di Diritto Privato Europeo*, núm. 2, 1998, pp. 151-188; **CANARIS, Claus-Wilhelm**. Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco. En: *Riv. dir. civ.*, I, 2017, p. 2. Una lectura particular del asunto en clave germánica será ofrecido por Picker (*v. Cap. III*).
- (325) **BRÜGGEMEIER, Gert**. *óp. cit.*; p. 417 (quien atribuye seis características al sistema de responsabilidad extracontractual en el BGB, en donde resalta que "die Fälle deliktischer Haftung waren nicht in einem allgemeinen, sondern in einzelnen, genau umschriebenen Tatbeständen geregelt"); **CAEMMERER, Ernst von**. *óp. cit.*; p. 454; **ALPA, Guido**. *óp. cit.*; p. 49; **CANARIS, Claus-Wilhelm**. Il "contatto sociale" nell'ordinamento giuridico tedesco... *óp. cit.*; p. 2.
- (326) **WEITNAUER, Hermann**. *óp. cit.*; p. 808.
- (327) *Ibid.*
- (328) **FRITZ, Karina Nunes**. *A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual*. En: *Revista de Direito Civil Contemporâneo*, ano V, vol. 15, 2018, p. 175.
- (329) **CAEMMERER, Ernst von**. *óp. cit.*; p. 460.
- (330) **BRÜGGEMEIER, Gert**. *óp. cit.*; p. 417; **ALPA, Guido**. *óp. cit.*; p. 8; **MONATERI, Pier Giuseppe**. La sindecdoque... *óp. cit.*; p. 69; **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 188.

protección de la víctima (*Schutzgesetz*)³³¹. Lo propio sucedía para el caso de los párrafos 824 (estima); 852 (honor femenino); 839 (actos de los funcionarios) BGB; así como lo dispuesto en los §§ 122, 844 y 845 BGB³³². Finalmente, el sistema contaba con algunas normas “más generales” como las contenidas en los §§ 226 (*aemulatio*) y 826 (*gute Sitten*) BGB³³³. En este último caso, la doctrina observaba una “válvula de escape”³³⁴.

De cualquier manera, lo cierto es que sea por lo dispuesto en el § 823 (i) BGB o en los demás párrafos, la presencia de un sistema cerrado de tipicidad, en clara contraposición al modelo francés de la atipicidad del ilícito o de cláusula general de responsabilidad extracontractual en donde *solo* se mencionaba la culpa o el dolo y el daño³³⁵, derivaba en que aquellos daños que no encontraban un correlato legislativo en el BGB (independientemente de las válvulas de escape) no eran pasibles de ser resarcidos bajo las reglas de la responsabilidad *ex delicto* (*Deliktsrecht*)³³⁶.

Es en este punto donde los bienes que no adoptaban forma de derecho (subjetivo) absoluto³³⁷ como el patrimonio no “cabían” en la responsabilidad extracontractual alemán *ex* § 823 (i) BGB³³⁸, quedando por ende abierta la interrogante, pero también la necesidad, de encontrar vías paralelas que permitan tutelar lo que se denominó como “daño al patrimonio³³⁹” (*reiner Vermögensschaden*).

(331) WEITNAUER, Hermann. *óp. cit.*; p. 808; MONATERI, Pier Giuseppe. La sindecdoque... *óp. cit.*; p. 69. Sobre el punto, *v.* el amplio trabajo de LEITÃO, Adelaide Menezes. Normas de protecção e danos puramente patrimoniais. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa orientada pelo professor Doutor António Menezes Cordeiro. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2007, *passim*.

(332) Ídem, pp. 68-70.

(333) WEITNAUER, Hermann. *óp. cit.*; p. 809.

(334) ALPA, Guido. *óp. cit.*; p. 8; MONATERI, Pier Giuseppe. La sindecdoque... *óp. cit.*; p. 71.

(335) Ídem, p. 73.

(336) Conviene tener en cuenta lo señalado por un importante comparatista: “general, de hecho, no significa omnicomprensivo. Significa simplemente que en lugar de haber un listado casuístico de hipótesis de ilícito, se tiene una fórmula resumida que vale para una generalidad de casos diversos individualizados mediante el listado de ciertos elementos presentes en tal fórmula”. *Ibid.*

(337) BECKER, Christoph. *óp. cit.*; p. 455 (quien ofrece una reconstrucción histórica del párrafo 823 BGB).

(338) KOZIOL, Helmut. *Recovery for Economic Loss in the European Union*. En: Arizona Law Review, vol. 48, 2006, p. 874; MONATERI, Pier Giuseppe. La sindecdoque... *óp. cit.*; p. 76; FEDELE, Alfredo. Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito. Milano: Giuffrè, 1954, p. 31 y ss. En contra, reconduciendo el daño al crédito al *sonstiges Recht* del § 823 BGB, MINCKE, Wolfgang. *Forderungsrechte als „sonstige Rechte“ i. S. des § 823 Abs. 1 BGB*. En: JZ, núm. 19, 1984, p. 862 y ss.

(339) KOZIOL, Helmut. *óp. cit.*; p. 874 y ss.

Lo cierto es que si se soslayara la característica antes anotada del sistema de responsabilidad civil alemán, la particular configuración de este también motivó otro inconveniente: el problema del régimen liberatorio en la responsabilidad por hecho del auxiliar³⁴⁰.

Sucedía que en el BGB el supuesto especial de responsabilidad aquiliana por hechos del dependiente se configuraba como uno más rentable (o menos gravoso) para el principal si se comparaba el mismo con el régimen *ex contractu* de responsabilidad por hecho del auxiliar (responsabilidad indirecta). En efecto, en el régimen de responsabilidad delictual se establecía la posibilidad de interponer la prueba liberatoria (*Entlastungsbeweis*) de responsabilidad sobre la base de la culpa *in eligendo* o *in vigilando* ex § 831 BGB. Esto significaba que el demandado podía “exculparse” (*Exkulpationsmöglichkeit*) si demostraba que la “elección” y la “vigilancia” (fiscalización) del dependiente había sido realizada adoptando la diligencia requerida por ley³⁴¹.

Esta posibilidad de evitar la responsabilidad probando la diligencia *in eligendo* e *in vigilando* simplemente no encontraba un correlato en idénticos términos en la responsabilidad contractual ex § 278 BGB³⁴².

De una u otra manera, tanto la *Enumerationsprinzip* como la *Exkulpationsmöglichkeit* en el ilícito delictual motivaron a que surja en el intérprete la necesidad de “contractualizar” hipótesis que bajo otro sistema podría encontrar tutela bajo las reglas de la responsabilidad *ex delicto*.

Lo relevante ante una situación como esta es determinar hasta qué punto las discusiones en Alemania sobre los límites entre los dos regímenes de responsabilidad se vieron influenciadas por este particular contexto. Craso error podríamos cometer si es que esta última discusión, que se avivará como consecuencia de los «deberes de protección», la redujéramos a lo primero; ello sería ver el todo por la parte, como veremos a continuación con la teoría de Stoll.

(340) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco... óp. cit.*; p. 2.

(341) RANIERI, Filippo. *Europäisches Obligationenrecht... óp. cit.*; p. 1346; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco... óp. cit.*; p. 2.

(342) RANIERI, Filippo. *Europäisches Obligationenrecht... óp. cit.*; p. 1346; CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco... óp. cit.*; p. 2.

IV. Como ya tuvimos ocasión de explicar, el ensayo de Staub acerca de “las violaciones positivas del contrato” estuvo en boga dentro de la dogmática del Derecho Civil alemán, sobre todo³⁴³, durante las décadas de 1910 y 1920, atestiguándose la magnitud de la misma en la “imponente literatura” que respecto a su estudio se publicó, principalmente, en la más importante revista alemana de Derecho Civil (entre otros, Lehmann³⁴⁴, Gilde³⁴⁵, Krückmann³⁴⁶, Stampe³⁴⁷, Wiener³⁴⁸, Kreller³⁴⁹, Herholz³⁵⁰). En efecto, a pesar de las críticas, se le suele dar a Staub el mérito de haber sido el primero en haber hecho notar la existencia de los casos que conformaban la *pVV*³⁵¹, así como por haber propuesto de forma eficaz, aunque no sin controversia, el modo de resolver aquellos mediante una pretensión resarcitoria de naturaleza contractual y el receso (*Rücktritt*) del contrato.

Frente a este escenario, el propósito de la obra de Stoll no puede ser mejor expresado que a través de las propias palabras de su autor: “no es mi intención disminuir el mérito de Staub, personales y asociados a su época, su valoración de la praxis, el hecho de haber resaltado la necesidad de la pretensión resarcitoria y del receso (*Rücktritt*) del contrato, y el gran impulso para la doctrina, pero considero que la teoría de la violación contractual positiva, evaluada históricamente, no constituirá una página gloriosa de la ciencia jurídica alemana, y que después de haber resistido por treinta años es hora de despedirse definitivamente de esta”³⁵².

En adelante, la teoría de Stoll.

4.1. En principio, para dicho autor, se presentaba un problema respecto al término «*positive Vertragsverletzungen*», en tanto que si bien devino en “uso común”, la misma era considerada una

(343) Incluso mucho después, el tema seguirá generando debate. *v. p.e.*, **KÖPCKE, Günther**. *óp. cit.*; *passim*.

(344) **LEHMANN, Heinrich**. *Die positiven Vertragsverletzungen*. En: AcP, *núm.* 96, 1905, p. 60 y ss.

(345) **GOLDE, Max**. *Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten*. En: AcP, *núm.* 99, 1906, p. 306 y ss.

(346) **KRÜCKMANN, Paul**. *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitsprozess*. En: AcP, *núm.* 101, 1907, p. 1 y ss.

(347) **STAMPE, Ernst**. *Aus einem Freirechtslehrbuch*. En: AcP, *núm.* 107, 1911, p. 274 y ss.

(348) **WIENER, Alfred**. *Zur Lehre vom Schadenersatz neben der Wandlung*. En: AcP, *núm.* 120, 1922, p. 260 y ss.

(349) **KRELLER, Hans**. *Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*. En: AcP, *núm.* 122, 1924, p. 1 y ss.

(350) **HERHOLZ, Felix**. *óp. cit.*; p. 257 y ss.

(351) **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 60.

(352) *v.* **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4; **PICKER, Eduard**. *óp. cit.*; p. 375.

“infeliz denominación colectiva” (o denominación embarazante, como anotó Schlesinger) para una *fattispecie* heterogénea³⁵³. Ello conllevaba a que el concepto de *pVV* sea expresado prevalentemente en fórmula negativa, de modo tal que constituían violaciones positivas del contrato todos aquellos casos de violación culposa de un vínculo obligatorio que no representaban ni una imposibilidad (objetiva) ni un retardo del deudor.

De esta manera, Stoll se propuso ahondar en el contenido del mismo a fin de desentrañar qué era aquello que la *pVV* representaba, y más precisamente, sistematizar esta (denominada por un renombrado autor³⁵⁴) “cláusula general” (*Generalklausel*).

Según Stoll, las hipótesis que conformaban una *pVV* eran las siguientes: (i) violación de un deber de no hacer³⁵⁵; (ii) actividad de cumplimiento defectuoso o de “incorrecta ejecución”³⁵⁶; (iii) puesta en peligro del fin del contrato en la relaciones duraderas³⁵⁷; (iv) entrega de una sola prestación viciada dentro de un contrato en el que se sucederán nuevas entrega³⁵⁸; y (v) rechazo del cumplimiento por parte del deudor³⁵⁹.

Sobre cada una cabía anotar lo siguiente:

(i) Respecto a esta hipótesis, Stoll enfatiza que debe distinguirse deberes de no hacer autónomos y no autónomos, deberes principales y accesorios³⁶⁰. En ese sentido, partiendo por

(353) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 4; **FAVALE, Rocco**. “Presentazione”... *óp. cit.*; pp. 14-15; igualmente, **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 36 (nt. 58); **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 94; **SESSLER, Anker**. *óp. cit.*; p. 29 (nt. 25) y 31. Lo cierto es que esto motivó a que se sugiera emplear la voz “positive Forderungsverletzung” (violación positiva del crédito) en vez de *pVV*, fuertemente arraigada hasta ese entonces. Independientemente de ello, en adelante, y siguiendo el criterio de Staub, se empleará la denominación “original” *positiven Vertragsverletzungen*.

(354) De *Generalklausel* habla Canaris a propósito de la recensión a la obra de Günter Köpcke, **CANARIS, Claus-Wilhelm**, *Typen der positiven Vertragsverletzung by Günther Köpcke*. En: JZ, núm. 18, 1966, p. 623.

(355) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 5.

(356) *v.* **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 32.

(357) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 7.

(358) **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 33.

(359) *v.* **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 5 y ss.; *tb.* **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 33.

(360) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 5.

aceptar la posición de la doctrina contemporánea a su obra que no consideraba más a los deberes de no hacer autónomos entre las hipótesis de violación positiva del contrato (Siber), este autor centró su atención en los deberes de no hacer (secundarios) no autónomos, entre los cuales, según su criterio, se distinguían deberes de diverso tipo (respecto de los cuales la doctrina no era uniforme a propósito de su clasificación):

a. Deberes de preparación y cuidado, los cuales concretizaban el “principio” por el cual el deudor debe hacer todo aquello que es necesario para asegurar el resultado de la prestación; entre estos, la información sobre los defectos de un bien o la custodia de la cosa vendida hasta el momento de su entrega³⁶¹.

b. Deberes de conservación con respecto a la persona y el patrimonio (bienes jurídicos y patrimonio total) de la contraparte contractual, los cuales concretizaban el “principio” por el cual cualquiera de las partes de un contrato debe tener en consideración los intereses (sobre los que tiene conocimiento) de la otra, procurando evitar perjuicios a esta última como consecuencia de la ejecución del contrato³⁶²; entre estos, no ocasionar daños en la vivienda sobre la cual se viene ejecutando un contrato de obra, o la información de las características peligrosas de un animal vendido. A veces el deber de conservar el propio objeto del contrato (*p.e.* el bien arrendado), o la propia capacidad de entregar la prestación (*p.e.* para un artista mantenerse sobrio) vienen calificados como deberes de conservación específicos³⁶³.

c. Deberes de información y de aviso, los cuales concretizaban el “principio” por el cual el deudor debe entregar al acreedor las informaciones necesarias para su acción futura; entre estos, la información o aviso que debe conferirse sobre el origen de la mercadería o sobre la peligrosidad de la cosa entregada³⁶⁴.

⁽³⁶¹⁾ *Ibíd.*

⁽³⁶²⁾ *v. FRADA, Manuel A. Carneiro da.* Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 32.

⁽³⁶³⁾ **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 5.

⁽³⁶⁴⁾ *Ibíd.*

Respecto a este punto, es importante dar cuenta que Stoll hace énfasis en que otro autor (Krückmann), puso en evidencia que la violación culpable del deber de aviso es susceptible de ser considerada una categoría dotada de características propias; esta sería una forma particular de culpabilidad al lado de las hipótesis tradicionales de la mora, del cumplimiento inexacto (defectuoso) culpable, y al haber ocasionado la imposibilidad por culpa³⁶⁵. A la fecha de la obra de Stoll, esta tesis no había sido compartida por algún sector de la doctrina alemana.

d. Deberes de cooperación, los cuales concretizan el “principio” por el cual el deudor debe hacer todo lo posible para lograr el objetivo final de la relación de obligación; entre estos, brindar información sobre el uso del bien peligroso³⁶⁶.

e. Particulares deberes fiduciarios (llamados también “deberes de diligencia”) derivados de una colaboración personal más cercana entre las partes y por la concesión de una particular confianza, los cuales concretizan el “principio” enunciado por Oertmann según el cual “los servicios deben ser prestados fielmente y, si es necesario, con reserva”; entre otros, la omisión de comunicar o relatar los sucesos que ocurren en la empresa del empleador, o la ausencia de daños a las maquinarias. Según Stoll, si bien todos estos deberes pueden ser pactados expresamente por las partes del contrato, lo cierto es que normalmente dichos deberes suelen representar deberes accesorios no autónomos cuya previsión no yace en el acuerdo contractual ni en la ley, sino que derivan del § 242 BGB. Este hecho permite concluir que estos deberes no constituyen un *numerus clausus*, por lo que resulta fundamental, a efectos de su estudio, la interpretación que se realice respecto del citado dispositivo³⁶⁷.

(ii) Partiendo del principio que el deudor debe entregar la prestación exactamente de acuerdo a los términos comprometidos, resultó imperativo determinar cuando el deudor realizaba una “incorrecta ejecución” de la prestación debida. Respecto a ello, Stoll da cuenta que ya Zitelmann había detallado que dicha expresión no representaba un concepto unitario, de modo que no sorprendía la variedad de posturas entorno a su interpretación³⁶⁸: (a) Siber entendía por “incorrecta

⁽³⁶⁵⁾ Ídem, p. 6.

⁽³⁶⁶⁾ Ibíd.

⁽³⁶⁷⁾ Ibíd.

⁽³⁶⁸⁾ Ídem, pp. 6-7.

ejecución” la violación de un deber accesorio de no hacer autónomo; (b) Zitelmann se inclinaba por efectuar una distinción conceptual entre “incorrecta ejecución” y “ausencia de ejecución”; (c) Schlesinger descartaba dicha expresión optando por el binomio “ausencia de ejecución temporal” y “ausencia de ejecución definitiva”; (d) Fritz prefería distinguir entre “mal cumplimiento” y “no cumplimiento”, al punto que para este autor la “incorrecta ejecución” era una prestación mal entregada por culpa.

Lo cierto es que la doctrina dominante hizo hincapié en la naturaleza del perjuicio sufrido como consecuencia de una “incorrecta ejecución”, llegando de esta manera a una definición menos rígida: la “incorrecta ejecución” consistiría en acciones que provocan un daño “ulterior” no compatible con aquél derivado de la entrega de una prestación viciada³⁶⁹.

Resta reconocer, de todas formas, que quien dedicó mayor atención al tema en cuestión fue Freitag. Este autor veía en la prestación viciada por culpa una prestación mal ejecutada o entregada. Así pues, la prestación de un objeto contractual³⁷⁰ viciado es “incorrecta ejecución”, y el tipo de “cumplimiento” que ocasiona un daño es denominado “incorrecta entrega”. A diferencia de la ausencia de cumplimiento, en ambos casos tiene lugar una actividad de cumplimiento, siendo decisivos solo el hecho y las razones por las cuales esta es defectuosa, sin tener en cuenta para ello la hipotética suerte de una prestación correctamente cumplida o exacta³⁷¹.

(iii) En este caso, el principio a partir del cual se concretiza la regla es que el deudor no puede poner en peligro el cumplimiento del contrato³⁷².

(iv) La entrega de una sola prestación viciada dentro de un contrato en el que se sucederán nuevas entregas, viola no solo los deberes relativos a dicha prestación, sino que también puede quebrar la confianza del acreedor en la ejecución de todo el contrato, al punto que le impida continuar con la normal ejecución de este último. Amparado así en una sentencia del RGZ, Stoll da cuenta que

⁽³⁶⁹⁾ Ídem, p. 7.

⁽³⁷⁰⁾ Partiendo de la premisa que el objeto del contrato es la prestación.

⁽³⁷¹⁾ Ídem, p. 7.

⁽³⁷²⁾ Ibíd.

no resulta indispensable que se repita sucesivas entregas de una prestación viciada, bastando una sola prestación inexacta para socavar la fiducia del acreedor de la misma³⁷³.

(v) En este caso, el principio, extensible también para la anterior hipótesis, es que el deudor se encuentra compelido a abstenerse de todo aquello que para el acreedor pudiera suscitar la preocupación o desconfianza de no conseguir la prestación debida (destruyendo con ello la relación de confianza que existe entre el deudor y el acreedor³⁷⁴). Para este caso, la *praxis* exige el rechazo sea cierto, serio y definitivo³⁷⁵.

Ahora bien, como ya tuvimos ocasión de comentar, las hipótesis antes descritas y formuladas por Staub como parte de las *pVV* eran producto de una circunstancia eminentemente legislativa: la existencia de una laguna en el régimen de las *Leistungsstörungen*. No sorprende entonces que el debate en torno a la *pVV* se haya enfocado en cuestionar en la existencia de esta última -cuya negación socavaría cualquier postulado de la misma-. Pero no solo ello. Además de la necesidad de una teoría como la formulada por Staub, la doctrina alemana discutió el ámbito operativo y el fundamento de la misma, conformando con ello una triada a cuyos alcances quedará subsumido el trabajo de Stoll. Así pues, este autor someterá a la teoría de Staub a un triple análisis; a saber: (i) la existencia de una verdadera laguna en el BGB; (ii) la forma en que debe ser colmada dicha laguna; y, a partir de ello, (iii) determinar cuáles son las hipótesis de *pVV* autónomas cuya peculiar fisonomía impide subsumirlas en otras manifestaciones de ausencia de ejecución de la prestación o de prestación no debida y cuáles son sus específicos efectos jurídicos.

4.1.1. Bajo el epígrafe *¿hay una laguna en la ley?*, Stoll da cuenta que la teoría de Staub presume en todo momento la existencia de la misma, al punto que una opinión contraria a dicha conclusión,

⁽³⁷³⁾ Ibíd.

⁽³⁷⁴⁾ v. FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 33.

⁽³⁷⁵⁾ STOLL, Heinrich. "Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria"... *óp. cit.*; p. 7.

en los propios términos de Staub³⁷⁶, dejaría sin base a su teoría; lo cierto es que, hasta dicho momento, una prueba en contrario no había sido ofrecida, al menos, con suficiencia, habiendo sido por ende superadas cada una de las objeciones que podrían haberse formulado en contra de su teoría.

Visto en perspectiva, Stoll sintetizó el debate existente en torno a la teoría de Staub a partir de reconocer que los opositores a esta sustentaban la inexistencia de una laguna en el BGB a partir de dos argumentos: (i) la obligación resarcitoria derivaba directamente del § 276 BGB; por ende, (ii) si el deudor debía responder por dolo o culpa, ello significaba que debía resarcir los daños (derivados de alguna de las hipótesis que conformaban la *pVV*). Frente a ello, la conclusión con la que Staub creyó superar dicha objeción³⁷⁷ pasó a ser objeto de crítica de uno de los autores más reacios a aceptar la teoría de este sector, Jury Himmelschein.

Como se adelantó, un sector de la doctrina alemana criticó el carácter de *tertium genus* de la *pVV* de Staub a partir de reconducir las hipótesis que conformaban la misma dentro de la noción de “imposibilidad”, concluyendo por ende que el sistema de las perturbaciones en el programa obligatorio alemán si se mostraría idóneo para tutelar a quienes sufrían las consecuencias de una violación positiva del contrato³⁷⁸. A fin de maximizar y profundizar esta tendencia, Himmelschein propuso nuevamente las dos objeciones (a la teoría de Staub) referidas en el párrafo anterior a partir un (novedoso) examen histórico del texto del BGB, de modo tal que su crítica tuvo por pilares fundamentales (i) la reconstrucción histórica de la noción de imposibilidad; y (ii) el hecho que el parágrafo § 276 BGB no definía un concepto.

(³⁷⁶) De acuerdo a Staub, su teoría partía de la premisa de la existencia de una laguna en el BGB respecto a las consecuencias jurídicas para los casos de *pVV*; no obstante, según Stoll, si dichas consecuencias lograsen ser obtenidas de la “ley”, ello negaría la laguna antes anotada, debiéndose preferir siempre la opción que se funda sobre el cuerpo normativo del BGB, en la medida que tal solución cumple el mismo objetivo propuesto por Staub. *v. STAUB, Hermann. óp. cit.*; p. 74; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 8.

(³⁷⁷) Según Staub, estaba totalmente equivocado quien creía que “deber ser responsable” «*Vertretenmüssen*» y “deber resarcir el daño” «*Schadenersatz leisten müssen*» eran conceptos idénticos”, *v. STAUB, Hermann. óp. cit.*; p. 74.

(³⁷⁸) **FAVALE, Rocco.** “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 66.

De acuerdo a Himmelschein, el BGB se fundó sobre la teoría de la imposibilidad de Mommsen³⁷⁹, para quien la “prestación” involucraba «toda la prestación»; comprendiendo esta objeto, lugar y tiempo (elementos según Goldmann y Lilienthal). Por ello, el incumplimiento ocurriría no solo cuando «no se ejecutaba (la prestación) en absoluto, sino también cuando aquello que se prestaba difería bajo cualquier aspecto con aquello que era debido». De esta manera, la prestación, así entendida, podría devenir imposible no solo completamente, sino también en función a cada “prestación singular” que formaba parte de una “obligación total”; así como respecto a cualquier modalidad (en la que esta se presentaba). En consecuencia, acontecerá una imposibilidad “parcial” en caso la prestación no pueda ser más entregada en la forma en que era debida, siendo que la mora no sería también más que un caso de imposibilidad “parcial”, con referencia al tiempo de la prestación³⁸⁰.

Teniendo presente lo señalado, todos los casos de incumplimiento conducirían a una imposibilidad total o parcial de la prestación “exacta”³⁸¹; el defecto de la ley no estaría en la presencia de una laguna, sino en la “oscuridad” de sus disposiciones. Conclúyase así pues que Himmelschein propuso replantear el espectro de la imposibilidad³⁸², la cual pasaría entonces de representar un *non facere* absoluto (u objetivo) -«conducta omisiva o negativa»- a comprender también a un *facere* aunque no absoluto -«conducta comisiva o positiva»-³⁸³.

(379) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 8.

(380) Ídem, p. 9; **LAMBO, Luigi.** *óp. cit.*; p. 35 (nt. 57).

(381) Respecto a la tesis de Himmelschein resumida en la fórmula “no cumplimiento (objeto/lugar/tiempo) = imposibilidad (parcial/total)”, v. **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 8; **MENGONI, Luigi.** *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*... *óp. cit.*; p. 291; **COTTINO, Gastone.** *óp. cit.*; p. 12 y nt. 24; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção*... *óp. cit.*; p. 29 (nt. 39); entre otros.

(382) En el fondo, resulta notorio en el trabajo de Himmelschein una evaluación *ex post*, en donde se destaca un giro en la proposición “*la prestación no es cumplida porque devino imposible*” por aquella que dicta que “*la prestación es imposible porque no ha sido cumplida*”. Cfr. **COTTINO, Gastone.** *óp. cit.*; pp. 12-13.

(383) v. **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 9.

Respecto al § 276 BGB, Himmelschein descartó que el mismo represente un concepto, valiéndose para tal efecto del proceso de codificación del BGB en el extremo relativo al referido párrafo.

Antes de su recepción en el BGB, dicha disposición (E 1 § 224, párrafo 1, inciso 1) establecía que “el deudor se encuentra obligado a la completa ejecución de la prestación a la que es tenido en base a la relación obligatoria. Este responde por incumplimiento no solo doloso, sino también culposo, de su obligación”. Luego, por temor a que a raíz de esta la “imposibilidad” (devenida categoría jurídica en el BGB) pase a un segundo plano, dicha disposición habría sido “transferida a la teoría de la imposibilidad”, apareciendo -simplemente- como apéndice de aquella. No obstante, independientemente de la controversia que podría surgir en torno al tenor de la redacción final del § 276 BGB, lo cierto es que el sentido era el mismo, estableciendo el deber de responder a cargo del deudor³⁸⁴.

Para Himmelschein, con la expresión genérica «debe responder» se buscó evitar la dificultad presente en el *Code* respecto a cuándo el acreedor podía exigir la prestación y cuando el resarcimiento del daño; se dejaba entonces en suspenso si la acción debía estar destinada a la prestación *in natura* o al resarcimiento (por equivalente). Así pues, en la medida en que la prestación sea posible, la vía del resarcimiento quedaba proscrita; resultando entonces el deber de resarcir subordinado al presupuesto de la “imposibilidad”. En el fondo, la consideración de la imposibilidad como requisito de la pretensión resarcitoria tenía por objeto proteger al acreedor del resarcimiento por equivalente siempre

(³⁸⁴) Ídem, pp. 9-10.

y en la medida en que el deudor pueda lograr la satisfacción del acreedor mediante la prestación primaria³⁸⁵ (o *in natura*)³⁸⁶.

4.1.2. Al evaluar la crítica de Himmelschein³⁸⁷, Stoll dio cuenta de la relevancia de la misma, básicamente porque de ser cierta, el trabajo de Staub y la ciencia jurídica alemana contemporánea no habría sido suficientemente rigurosa en el estudio de la materia, y sobre todo en razón a que la teoría de Mommsen había sido desarrollada por Titzte, en forma más detallada que el primero y con mayor claridad en 1900 -en un «sistema artístico» para el nuevo Derecho Civil³⁸⁸-. Lo cierto es que incluso si se entendía a la prestación y al incumplimiento en la noción amplia que brindaba Himmelschein, ello no quería decir que la ley no consideró el concepto de “imposibilidad” en forma limitada respecto

(385) Como ya señalamos a propósito del contenido de la relación de obligación, el deber primario se encuentra conformado por la prestación debida, siendo el resarcimiento consecuente a su incumplimiento derivado a la categoría del deber secundario, cuya actuación solo ocurriría en la medida en que no se pueda cumplir el deber primario. Existía entonces una tendencia a determinar el interés del acreedor en el cumplimiento del deber primario (*in natura*) antes que del secundario (*en equivalente*), toda vez que este último tenía como presupuesto la existencia de algún evento de perturbación del programa obligatorio (básicamente la imposibilidad).

Así pues, desde una perspectiva panorámica, y a propósito del resarcimiento por equivalente e *in natura*, resulta pertinente señalar la existencia de dos tendencias en la fase formativa del derecho privado moderno. La primera parte por identificar al daño con la diferencia negativa que ocurre en el patrimonio del sujeto lesionado. En ese sentido, la finalidad reparadora es considerada plenamente satisfecha a través del pago de una suma de dinero “equivalente” a aquella diferencia. Esta tendencia encuentra su fuente en la matriz romanista de la *condemnatio pecuniaria*, la cual, depurada de cualquier connotación punitiva, resulta apropiada a una economía fundada sobre la relación de equivalencia general que garantiza el “dinero”. Fruto del trabajo de Domat y Pothier, esta concepción inspiró el *Code*, y con este, a los demás sistemas que fundaron su sistema de responsabilidad sobre la base del mismo. La otra concepción de resarcimiento que caracteriza la fase formativa del derecho privado moderno, se decanta -al contrario- por un modelo “real” o material del daño; identificado ya no este último con la diferencia patrimonial (francesa), sino con la destrucción o alteración de los bienes físicos. La esencia del resarcimiento, paralelamente, yace en la reconstrucción *in natura* de la situación material. Esta concepción fue recogida en el BGB, y fue la base de los sistemas de los países socialistas (*Cfr. SALVI, Cesare. La responsabilità civile... óp. cit.*; p. 244 y 245; quien reconoce el “primado” del resarcimiento por equivalente para el modelo italiano de responsabilidad civil).

Aplicado lo dicho a la responsabilidad por inexecución por obligaciones, el sistema del BGB adoptó a la prestación *in natura* como el principio rector en materia de resarcimiento del daño, tanto a nivel contractual como extracontractual, de modo que en el primer caso, la regla sería el cumplimiento *in natura*, siendo coherente que solo en la medida que medie la imposibilidad, ocurra el resarcimiento por equivalente (regla, al contrario, en el sistema francés). Esta tendencia formó parte del discurso de un sector de la doctrina peruana anterior al Código Civil de 1984, más precisamente LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; p. 426; quien a propósito del artículo 1323 del Código Civil de 1936, sostuvo que “la obligación debe cumplirse, en primer término, en su forma natural. De preferencia rige, pues, la llamada reposición natural, que se efectúa en cuanto sea posible (...). A falta de reposición natural, surge la reparación por daños y perjuicios, o sea la prestación del interés pecuniario (*pecuniaria condemnatio*), toda vez que el *id quod interest* se calcula en dinero. Así surge el deber compensativo (pago de daños y perjuicios) en caso de inexecución; que «es apreciado como subsidiario y suplementario frente al deber esencial de ejecución»”.

(386) Así, STOLL, Heinrich. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 10.

(387) Profundiza sobre el asunto SESSLER, Anke. *óp. cit.*; p. 100.

(388) STOLL, Heinrich. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 10.

al “objeto de la prestación”³⁸⁹. Partiendo por la premisa que ni en la doctrina del “Derecho Común” ni en la etapa pre-legislativa se consideró los casos expuestos por Staub, Stoll procedió a desvirtuar la crítica de Himmelschein en base a los siguientes aspectos: (a) concepto amplio de prestación; (b) imposibilidad en sentido “objetivo” presente en el BGB; y (c) calidad *sui generis* de la casuística propuesta por Staub.

(a) De acuerdo a Stoll, era cierto que Mommsen concibió el concepto de prestación y de incumplimiento en sentido amplio, de modo que la imposibilidad parcial es también aquella que se refiere a la modalidad de la prestación, siendo incluso la mora una hipótesis de imposibilidad parcial. No obstante, Stoll consideraba que esta idea no era central en la teoría de Mommsen, pudiéndose decir que la misma tiene una función de “ornamento”³⁹⁰.

En su teoría, Mommsen observaba que “la imposibilidad de la prestación que se refiere solo a cierta modalidad de la prestación, como *p.e.*, el tiempo de la prestación, puede considerarse como parcial³⁹¹”. No obstante ello, Stoll creía que en este caso Mommsen pensaba en la imposibilidad temporal. De igual manera, Mommsen hablaba de imposibilidad parcial en relación a la cualidad de la cosa a prestar, no siendo mencionadas otras modalidades de la prestación, y descartando incluso que la imposibilidad pueda tener por objeto un “deber de aviso”³⁹².

La divergencia en el tratamiento que da Mommsen a la imposibilidad, en tanto categoría teórica amplia, no resultaba fundamental por el “amplio” concepto de prestación ofrecido, sino por los tipos de imposibilidad, entre los cuales no eran considerados la imposibilidad total y parcial, como sí la imposibilidad “objetiva” y “subjetiva”, y la imposibilidad “originaria” y “sobrevenida”³⁹³.

Esto último parece también la tendencia en Windscheid. En efecto, en su crítica, el célebre autor no prestó atención al concepto amplio de prestación, y respecto al tiempo de la prestación, su adhesión yacía sobre la imposibilidad temporal que, a criterio de Stoll, aparecía como una

(³⁸⁹) Ibíd.

(³⁹⁰) Ídem, p. 11.

(³⁹¹) Ibíd.

(³⁹²) Ibíd.

(³⁹³) Ídem, p. 12.

imposibilidad objetiva provisoria³⁹⁴. En su clásico manual no tomaba este autor posición sobre la individualización de la prestación (concibiendo a este último como el hacer o no hacer al que el deudor se obliga, siendo este «objeto del derecho de crédito») y en la teoría de la imposibilidad no hacía referencia a la imposibilidad parcial; sus ejemplos se comprenden dentro de la imposibilidad objetiva. Así pues, en realidad, la cuestión de la imposibilidad originaria y sobrevenida, objetiva y subjetiva, eran el corazón de su doctrina³⁹⁵.

En ese sentido, la teoría de Mommsen no formó parte de los principales manuales de la pandectística³⁹⁶. A igual conclusión se llegaba si el análisis recaía en los otros manuales del Derecho Común, en donde la imposibilidad o bien asumía un rol secundario, o no era mencionada, o resultaba criticada en extremo. Al contrario, se presentaba una importancia fundamental a la teoría de la culpa; de la que derivaba naturalmente la responsabilidad por el interés³⁹⁷.

(b) De igual manera, según Stoll, no podía compartirse que cualquier caso de incumplimiento constituya un caso de imposibilidad total o parcial y que en la ley la imposibilidad adopte el significado amplio de “imposibilidad de cumplir la prestación en forma exacta”³⁹⁸. En efecto, a diferencia de lo que sostiene Himmelschein, el BGB no contempla un concepto biunívoco de “imposibilidad”, entendiéndolo al mismo tanto en un “sentido objetivo”, como en un “sentido amplio”; todo lo contrario, el BGB solo concebía a la imposibilidad en sentido objetivo³⁹⁹, no siendo óbice a ello el origen del texto normativo contemporáneo a la discusión en torno al momento en que surge la acción de resarcimiento por equivalente y a las condiciones para que opere la prestación *in natura*⁴⁰⁰.

(³⁹⁴) Ibid.

(³⁹⁵) **WINDSCHEID, Bernard.** Diritto delle pandette... *óp. cit.*; p. 61 y ss.; **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 12.

(³⁹⁶) Ibid.

(³⁹⁷) Ídem, p. 13.

(³⁹⁸) Ídem, p. 14.

(³⁹⁹) Ídem, pp. 15-16

(⁴⁰⁰) Ídem, p. 16.

(c) De acuerdo a Stoll, los casos “descubiertos” por Staub no fueron tratados en el Derecho Común⁴⁰¹, en la etapa pre-legislativa y tampoco al exordio de la promulgación del BGB. De hecho, a juicio de este autor, el concepto de “prestación completa” utilizado en el E I § 224 no era idéntico a la expresión “prestación exacta bajo cualquier aspecto” formulada por Himmelschein. En ese sentido, “completa” tenía que ver con el resultado de la prestación; esto es, realizar la misma de acuerdo a como fue prevista en el programa obligatorio en tanto objeto, lugar y tiempo (§ 226-231 E). Así pues, si en el resultado de la prestación importaba que la misma venga realizada “enteramente” en el justo tiempo y lugar, entonces la actividad de cumplimiento “no exacto” no se oponía a que pueda ocurrir una prestación “completa”. Solamente en el concepto de “prestación exacta bajo cualquier aspecto” recaía tanto la “prestación completa” como la prestación entregada “en el modo debido”, en el ámbito de una noción amplia de prestación⁴⁰².

Remembrando el valor de la obra de Siber, Stoll comparte con aquel autor su observación dirigida a reconocer que en la doctrina del Derecho Común no existía una clara conciencia entre aquello que representaba (y distinguía) la pretensión individual y el *Organismus* obligatorio, básicamente por el hecho que la doctrina jurídica se concentraba exclusivamente en la prestación principal⁴⁰³. Así pues, pese a no haber sido ajenos a la relación existente entre “deberes accesorios” y deber -“central”- del deudor, y prestación accesoria y prestación principal (por ejemplo, E § 359), los primeros nunca llegaron a ser objeto de un tratamiento general, siendo esta una de las razones del nacimiento de la doctrina de la *pV*⁴⁰⁴. Y si bien es cierto que antes de la promulgación del BGB se conocieron casos de cumplimiento inexacto, no siendo ya una novedad en el ambiente jurídico sucesivo al año 1900, estos gozaron de poca consideración e importancia. (ya sea por la Comisión Legislativa o la crítica, emergiendo más bien la cuestión en torno a la relación entre la responsabilidad por vicios y la culpa)⁴⁰⁵.

(⁴⁰¹) **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 66.

(⁴⁰²) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; pp. 16-17.

(⁴⁰³) Ídem, p. 17.

(⁴⁰⁴) Íbid.

(⁴⁰⁵) Íbid.

Antes de Staub, ni Kipp y Windscheid, en la octava edición del *Lehrbuch des Pandektenrechts* hicieron referencia a los casos de *pVV*, correspondiendo más bien a su novena edición el reconocimiento del hecho que la doctrina del Derecho Común no dudaba en que el deudor debía responder en caso ocasionara daños por culpa; no obstante, reconducir el asunto a la imposibilidad⁴⁰⁶. Por su parte, Mommsen (*Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluß auf obligatorische Verhältnisse*) no admitía la imposibilidad de la prestación por un deber de información⁴⁰⁷. Su sucesor, Titze (*Recht der Schuldverhältnisse*), no detalló ningún caso expuesto por Staub⁴⁰⁸. Un autor como Stammer (*Das Recht der Schuldverhältnisse*), quien se introdujo en el derecho de las relaciones de obligación a partir de la casuística, reportó un caso típico de Staub (violación de un deber accesorio de no hacer), pero solo para explicar la *exceptio non adimpleti contractus*⁴⁰⁹. Y si bien Crome es señalado como el primero en haber aplicado el § 276 BGB a los casos de *pVV*, Stoll considera que a su criterio este ignoró el problema de violación positiva del contrato⁴¹⁰.

Stoll concluyó de esta manera que la teoría de Staub no había sido un “problema” ni un asunto a cuyo tratamiento la doctrina anterior a este invirtió su tiempo.

(d) Finalmente, respecto al § 276 BGB, Stoll consideraba que existía en la argumentación de Himmelschein una contradicción, en la medida que si cualquier violación contractual culpable tenía por consecuencia la imposibilidad de la prestación y de esta última derivaba una pretensión resarcitoria, ahora el § 276 BGB no podía significar que “el deudor respondía, quedando por determinar si corresponde la prestación *in natura* o el resarcimiento”. Al ser la imposibilidad el efecto de la *pVV*, entonces no podría ocurrir el cumplimiento de la prestación *in natura* en tanto que este último tiene por presupuesto la posibilidad, quedando simplemente la opción del resarcimiento. Para Stoll, partiendo de su “amplio” concepto de prestación, Himmelschein habría visto en el § 276 BGB solamente una norma de definición; opinión sostenida también por una minoría de la Comisión Legislativa. No obstante las consideraciones de Himmelschein en torno a que el § 276 BGB establecía

(⁴⁰⁶) Ídem, p. 18.

(⁴⁰⁷) *Ibid.*

(⁴⁰⁸) *Ibid.*

(⁴⁰⁹) *Ibid.*

(⁴¹⁰) Ídem, pp. 18-19.

un efecto jurídico -esto era, que el deudor respondía-, la obligación resarcitoria no surgía directamente del § 276 BGB como consecuencia de “tal responsabilidad”, incluso si en ausencia de normas especiales resultaba sencillo inferir la existencia de una pretensión resarcitoria e incluso si para los contratos con prestaciones recíprocas faltaba una específica disposición que contemple el receso (*Rücktritt*) o la pretensión derivada del incumplimiento de todo el contrato⁴¹¹.

A partir de las razones antes expuestas, Stoll llegó a las siguientes conclusiones⁴¹²: (i) quedaba acreditada la existencia de una laguna en el BGB, de modo que la casuística presentada por Staub como hipótesis de *pVV* no podrá ser solucionada *con la letra de la ley*; (ii) las disposiciones del BGB acerca de la imposibilidad no hacían referencia a todas las hipótesis de incumplimiento de la obligación, sino solamente a aquella “objetiva”; (iii) si bien el § 276 BGB contenía un fundamento de responsabilidad (*an sit actio*), no establecía la forma de la misma (*quae sit actio*)⁴¹³.

Stoll se avocó así a recomponer el asunto y replantear el problema.

4.1.3. Con la aseveración que no existe en el BGB la “laguna colosal” expuesta por Staub⁴¹⁴, Stoll comienza a reconstruir el asunto desde otra perspectiva⁴¹⁵.

Para dicho autor, el defecto de la ley no estaba en el hecho que la vasta categoría de hipótesis que se contraponían a la ejecución de la prestación no hayan sido tomados en consideración por el legislador, sin establecer efectos jurídicos desfavorables para el deudor por todas aquellas violaciones que no se enmarcaban dentro de los supuestos de imposibilidad y mora, sino que, al contrario, se encontraba en que estos casos no habían sido captados en su peculiaridad y alcance general, sin dar

⁽⁴¹¹⁾ Ídem, p. 19.

⁽⁴¹²⁾ Ídem, p. 20.

⁽⁴¹³⁾ **FAVALE, Rocco.** “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 66.

⁽⁴¹⁴⁾ **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 20; **FAVALE, Rocco.** “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 72.

⁽⁴¹⁵⁾ **GUELLA, Elena.** *óp. cit.*; p. 24.

cuenta de las diversas formas en las que se puede manifestar el fenómeno de la perturbación del programa obligatorio⁴¹⁶.

Así pues, una laguna legislativa podía derivar no solo del hecho que la ley no haya tomado en cuenta determinados sucesos de la vida, sino también del hecho que sus alcances no hayan sido merituados en forma exacta y que por tal razón no hayan sido regulados en modo suficiente. Siendo que la laguna que debía ser afrontada por la teoría de la *pVV* es de este último tipo, Stoll promoverá su integración⁴¹⁷.

Para tal efecto, dado que el § 276 BGB contenía el principio que “cualquier violación dolosa o culposa de una obligación obliga al resarcimiento del daño derivado del mismo”, y aceptando que dicho párrafo reproducía en sustancia la “antigua” doctrina de la responsabilidad por culpa, Stoll creyó, sin duda alguna, que el efecto jurídico consecuente del cumplimiento inexacto era el resarcimiento del daño, independientemente que dicha modalidad de perturbación no haya sido considerada en sí misma, dada la estricta consideración del no cumplimiento ligado a las hipótesis de imposibilidad y la mora⁴¹⁸.

En ese sentido, al ser la *pVV* una forma de perturbación del programa obligatorio *al lado* de la imposibilidad y la mora, esta representaría a su vez una hipótesis de lesión del derecho de crédito, siendo consecuente por ello que la tutela que el ordenamiento confería para cada uno de estos supuestos de perturbación sea el resarcimiento del daño, sin que por ello quede proscrito la posibilidad de que exista una tutela adicional para cada supuesto especial⁴¹⁹.

Esta última aseveración permitirá a Stoll ratificar que la laguna del BGB, antes que normativa, yacía en la falta de reconocimiento de otras hipótesis (adicionales a la imposibilidad y mora) de lesión

(⁴¹⁶) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; pp. 20-21.

(⁴¹⁷) *v.* **FAVALE, Rocco.** “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 72; **GUELLA, Elena.** *óp. cit.*; p. 24.

(⁴¹⁸) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 22.

(⁴¹⁹) Ídem, pp. 22-23; **GUELLA, Elena.** *óp. cit.*; p. 25.

del interés creditorio (cuya consecuencia si se encontraba establecida en la ley, más propiamente, el resarcimiento).

Se presentaba de este modo un giro en el tratamiento de la *pVV*, pasando de un análisis inductivo (Staub) cuyo propósito radicaba en la búsqueda del efecto jurídico (legal) que se derivaba de la comisión de una violación positiva del contrato, a un estudio deductivo (o de una “construcción sistemática”) de la posición de la *pVV* dentro del sistema de la lesión del derecho de crédito (Stoll).

Descartada -por Stoll- la necesidad de discutir la resarcibilidad de la *pVV* dentro del sistema alemán⁴²⁰, nuestro autor se propuso fijar las categorías ordenantes que permitirían construir un sistema de violaciones del crédito (*System der Forderungsverletzungen*), en base a un criterio unitario, y distinguiendo con ello cada singular categoría según sus respectivos presupuestos y efectos jurídicos⁴²¹.

4.2. De acuerdo a Stoll, a fin de dar una colocación sistemática a los casos descubiertos por Staub, la doctrina alemana procedió de varias maneras. Algunas veces se buscó redefinir la diversa *fattispecie* de *pVV* dentro del concepto de imposibilidad (como ya fue anotado, siendo ejemplo de ello las obras de Goldman-Lilienthal, Schöller, Siber-Planck, Himmelschein); otras se discutió si el deudor debía realizar todo aquello necesario para evitar el surgimiento de las mismas, así como su eventual responsabilidad (Brecht, Heck, Rabel); igualmente, se advirtió la necesidad de determinar cada singular deber (Krückmann, Siber-Planck, Zitelmann, Schlesinger y Fritz), identificando al elemento esencial que definiría tal distinción en la forma en la que se presentaba la violación del deber (Krückmann -“forma de culpabilidad”-, Siber, Heck Kress y Freitag) o, al contrario, en el tipo de daño que se deriva del mismo (Lehmann, Lesser y Leonhard)⁴²².

No obstante, al no ser propósito de Stoll determinar cuál intento era correcto y cuál no, correspondía adoptar una visión teleológica, fundada en la superación de la “*Jurisprudencia de los*

⁽⁴²⁰⁾ v. **PICKER, Eduard.** *óp. cit.*; p. 375, quién a propósito de su trabajo buscará refrendar la conclusión a la que llegó Stoll.

⁽⁴²¹⁾ **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 23.

⁽⁴²²⁾ Ídem, p. 24.

conceptos” por la “*Jurisprudencia de los intereses*” (*Interessenjurisprudenz*) (cuya máximo exponente fue Heck⁴²³, y entre cuyos seguidores se hallaba Stoll⁴²⁴), siendo necesario un estudio de la relación de obligación a partir de los “intereses” en juego⁴²⁵, haciendo énfasis en aquellos cuya tutela se procura y la modalidad en que opera la violación de los mismos, de modo tal que pueda construirse un sistema de la violación del crédito en base al criterio de la “lesión del interés”⁴²⁶, logrando con ello ubicar en forma correcta los casos de *pVV*.

En ese sentido, dado que la técnica metodológica que iría a desarrollar Stoll para el estudio de la relación de obligación y su fenómeno perturbativo encontraba sus bases en la doctrina de Heck - para quien las lagunas del derecho debían ser colmadas a partir de la valoración de los intereses involucrados por el hecho que las normas jurídicas eran resultado de soluciones a conflictos de intereses contemplados y resueltos en base a los valores que la comunidad jurídica atribuía⁴²⁷-, no sorprende que este último autor haya señalado, con anterioridad al estudio de Stoll, que la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones era ejemplo de uno de los problemas en los cuales se demostraría la importancia del estudio sobre los *intereses* según el método de su Escuela⁴²⁸.

El trabajo de Stoll serviría pues, indirectamente, a confirmar dicho postulado.

4.2.1. Antes de seguir adentrándonos en la teoría de Stoll, es imprescindible contextualizar los antecedentes dogmáticos que sirvieron de insumos para la formulación de su teoría, y es que en él no solo resulta manifiesta una influencia de orden jurídico filosófico como representó la corriente de la

(423) Cfr. entre otros escritos, **HECK, Philipp**. *Giurisprudenza degli interessi e fedeltà alla legge*. Trad. de Rocco Favale. En: *Rass. dir. civ.*, 2006, p. 1192 y ss.; ID. *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. En: *AcP*, núm. 112, 1914, p. 89 y ss.; ID. *Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1932, *passim*.

(424) v. **STOLL, Heinrich**. “Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz”. En: AA.VV. *Festgabe für Philipp Heck, Max Rumelin, Arthur Benno Schmidt*. Beiheft zum Archiv für die civilistische Praxis. Tübingen: Mohr Siebeck, 1931, p. 60 y ss. Conforme con ello, **SILVA VALLEJO, José Antonio**. “Los estudios de derecho civil en el Perú y el derecho jurisprudencial”. En: AA.VV. *Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem*. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 465.

(425) **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 73; **GUELLA, Elena**. *óp. cit.*; p. 24.

(426) **SESSLER, Anke**. *óp. cit.*; p. 104; **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 39.

(427) **HECK, Philipp**. *Giurisprudenza degli interessi e fedeltà alla legge...* *óp. cit.*; pp. 1192-1194. Para un estudio sobre el rol de la *Interessenjurisprudenz* en el tratamiento de las “lagunas” en el derecho alemán, v. **CANARIS, Claus Wilhelm**. *De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand. Communication présentée au Centre National de Recherches de Logique*. En: *Logique et Analyse, Nouvelle Serie*, vol. 9, núm. 33, 1966, p. 19 y ss.

(428) Así lo refiere **BIANCA, Cesare Massimo**. *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1964, p. 478. v. tb. **SESSLER, Anke**. *óp. cit.*; p. 104.

Interessenjurisprudenz, sino también otra de orden jurídico dogmático. En este último aspecto resalta la figura de Kress⁴²⁹.

Al estudiar la mecánica de la relación de obligación, Kress anticipó la existencia de deberes adicionales al deber de prestación, en donde además, y esto es lo más relevante para nuestro propósito, el perfil de “protección” aparecía como una característica de la relación de obligación. No sorprende así que para este autor, el Derecho Civil sea el derecho de los bienes a los cuales los hombres por su propia naturaleza tienen a su adquisición y protección⁴³⁰.

Lo anterior explica el nacimiento del binomio compuesto por los *Erwerbsansprüche* (§ 194 BGB) -esto es, el derecho de exigir a un tercero un hacer o no hacer-, llamados también *Gebote*, y que estarían destinados a imponer la enajenación de los bienes en favor del acreedor y los *Schutzansprüche*, los cuales estarían dirigidos a la tutela de los bienes a través de determinadas disposiciones legales (*Verbote*) que proscriben la intrusión en los bienes ajenos. Respecto de la primera cabe agregar como dato relevante que en función a ella el deudor sería compelido a la realización de una “prestación positiva”, cuya violación permitiría variar la pretensión a una de resarcimiento que posibilite al sujeto lesionado (acreedor) satisfacer su interés positivo (a la adquisición del bien). Por su parte, la segunda, por regla, tendría carácter absoluto *erga omnes* -derechos contenidos en el § 823 BGB- (solo presentaría carácter relativo, entre partes, si se funda en una convención, y en defecto de ello, por interpretación extensiva *ex* § 157 BGB⁴³¹), siendo su objeto lograr la reparación de los perjuicios surgidos como consecuencia -normalmente- de conductas positivas, hasta por el interés negativo (osea el interés en no sufrir la violación). En sustancia, esta última era una pretensión que coadyuvaba a la tutela de aquellos bienes comprometidos en ocasión de la realización de la relación obligatoria o de la celebración de los contratos⁴³².

(⁴²⁹) Así informa **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco”... *óp. cit.*; p. 68.

(⁴³⁰) *Ibid.*

(⁴³¹) Esta línea de argumentación aparece así como un antecedente de la tesis que funda los *Schutzpflichten* en base a la interpretación integradora.

(⁴³²) *Ídem*, p. 69.

Ahora bien, en el sistema de Kress se presentaba como peculiaridad la existencia de una pretensión de protección no desarrollada (*unentwickelter Schutzansprüche*), en el sentido de que el ordenamiento no reconoce solamente una pretensión de protección “desarrollada” (*entwickelter Schutzansprüche*) destinada a reparar la lesión de los bienes protegidos, sino también una tutela preventiva bajo amenaza de reparación, la cual exige que una persona específica -sujeto de la relación de obligación- (pretensión de protección relativa) u otra cualquiera (pretensión de protección absoluta) adopte un comportamiento dirigido a evitar la lesión de los bienes ajenos. Correlativamente a esta posición pasiva de quien debía adoptar el comportamiento requerido, surgía en cabeza del titular de dichos bienes una determinada posición jurídica (pretensión de protección no desarrollada) que imponía al deudor una conducta omisiva de no interferencia en los bienes del acreedor, aunque a veces un comportamiento positivo, como en el caso de la custodia⁴³³.

Lo que en cualquier caso distinguirá a la referida pretensión relativa es su carácter preventivo: el direccionar el comportamiento del deudor debía servir para prevenir la violación de los bienes. Así pues, estos «deberes de protección» presentarían por regla un contenido negativo, aunque no se podía descartar que adoptasen una faceta positiva. En cualquier caso, la existencia de estos no derivaba de un acuerdo “especial”, sino por vía de interpretación integrativa (§ 157 BGB), o, en ausencia de ello, de la buena fe⁴³⁴.

De este modo, el deudor se encontraría compelido a ejecutar la prestación en forma tal que la persona y los bienes del acreedor no sean lesionados. Lo mismo para el acreedor en todas las hipótesis en que debía colaborar con el cumplimiento. En línea de máxima, lo anterior permitió a Kress formular el principio según el cual tanto el deudor como el acreedor deben comportarse de modo tal que en la ejecución de la relación obligatoria los intereses (bienes) de la otra parte no sean lesionados⁴³⁵.

⁽⁴³³⁾ Ídem, p. 70.

⁽⁴³⁴⁾ Ídem, p. 71.

⁽⁴³⁵⁾ *Ibid.*

Respecto de la posición de Kress, y en línea con lo dicho por un sector de la doctrina, se puede decir que si bien esta representó un esfuerzo concreto por exponer una serie de deberes adicionales que trascendían a la mera prestación, la misma (construcción unitaria de la pretensión de protección no desarrollada absoluta y relativa) mostraba debilidad conceptual, dado que no resalta adecuadamente las características diferenciadoras de los deberes “adicionales” en la relación obligatoria. Al contrario, al centrarse en la figura de la *Anspruch*, dejaba en la sombra el rol no secundario del comportamiento del deudor (*Pflicht*)⁴³⁶.

La óptica de protección desde el “lado pasivo” de la relación de obligación corresponderá a Stoll, quien representará la síntesis de una tendencia en la doctrina alemana que en su afán por desentrañar *en extremo* el contenido de la relación y su mecánica comenzó a superponer los planos de la vinculación intersubjetiva de fuente negocial, de aquella que representaba el ilícito, con ciertas peculiaridades (consciente o inconscientemente) que corresponde exponer y que a la larga nos permitirá captar el problema de los «deberes de protección» desde la óptica peruana.

4.2.2. Conforme al pensamiento de Stoll, la relación de obligación colocaba a las partes en una relación jurídica especial (*besondere Rechtsbeziehung*) cuyo fin era la satisfacción de un interés del acreedor mediante el sacrificio del deudor⁴³⁷. En este escenario, el concepto de interés de la obligación implicaba la promoción de los intereses del acreedor a expensas de aquellos del deudor. Por esta razón, la actividad normativa en torno a estos cumplía un doble propósito: por un lado, delimitaba el interés perseguido por el acreedor, determinando con ello el contenido de la prestación (el débito); por el otro, garantizaba la realización de estos intereses a través de la coerción en el cumplimiento de la prestación (la responsabilidad)⁴³⁸.

(⁴³⁶) Ibid.

(⁴³⁷) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 25; **FAVALE, Rocco.** “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 73.

(⁴³⁸) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 25.

Así pues, si bien Stoll reconocía que el problema que se busca afrontar respecto a la *pVV* yacía en el ámbito de la responsabilidad, presuponia una respuesta a la cuestión del “por qué de la responsabilidad”.

En principio, debía tenerse en cuenta que el contenido del “debito” venía determinado en función al acuerdo de las partes y la ley. Ciertamente, no era usual que las partes regulen su propia relación contractual en modo completo, así como también la ley solo detallaba algunos deberes típicos. En ese sentido, el contenido de la prestación no venía íntegramente conformado por el acuerdo expreso de las partes o de cada singular disposición legal. Por el contrario, el contenido del contrato solo podía ser plenamente determinado a través de una interpretación de buena fe, teniendo en cuenta los usos del tráfico *ex* § 157 BGB, siendo que las singulares disposiciones legales también debían ser integradas mediante el criterio de buena fe *ex* § 242 BGB⁴³⁹.

Atendiendo lo expuesto, los deberes derivados del contenido del contrato tenían un fin positivo: estos coadyuvaban directamente a la realización del interés a la prestación (*Leistungsinteresse*), y con su cumplimiento debía ser logrado el resultado de la prestación⁴⁴⁰. A estos deberes Stoll los denominó “deberes de cumplimiento⁴⁴¹” o “deberes de prestación⁴⁴²”.

Dado que los *Leistungspflichten* servían a una finalidad positiva (la consecución del *Leistungsinteresse* del *Gläubiger* (acreedor) en la relación de obligación), estos se encontraban a cargo únicamente del deudor (*sie liegen nur dem Schuldner ob*)⁴⁴³. Lo cierto es que más allá de su “fin positivo”, los *Leistungspflichten* podían consistir en un *hacer* o un *no hacer*, apareciendo en formas completamente diversas: deberes de actuación y preparación (autónomo y dependiente); deberes de cooperación, de aviso y de lealtad⁴⁴⁴.

(⁴³⁹) Ibid.

(⁴⁴⁰) *v.* **BENATTI, Francesco**. Voce: Doveri di protezione ... *óp. cit.*; p. 222; **FAVALE, Rocco**. “Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco” ... *óp. cit.*; p. 73.

(⁴⁴¹) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 25.

(⁴⁴²) *v.* **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)*... *óp. cit.*; p. 802.

(⁴⁴³) *v.* **STOLL, Heinrich**. *Vertrag und Unrecht I*... *óp. cit.*; p. 17.

(⁴⁴⁴) Ibid.

Por otro lado, la realización de los deberes de prestación, en tanto deber principal (*Hauptpflicht*), suponía el surgimiento (lo cual ocurre regularmente) de los *Nebenpflichten* (deberes accesorios), los cuales coadyuvarían al cumplimiento del primero y se definirán a partir del contexto particular y en su relación con el *Hauptpflicht*, pudiendo incluso tener por fuente el propio pacto entre partes⁴⁴⁵.

Ahora bien, según Stoll, cada relación de obligación era un *bonae fidei iudicium*⁴⁴⁶. La buena fe era el principio dominante y decisivo para la conducta de ambas partes, tanto para el acreedor como el deudor⁴⁴⁷. En el derecho moderno, esto significaba que en todas las relaciones de obligación no se exigía solamente la exacta realización del “fin positivo” de la prestación⁴⁴⁸, sino también que la conducta complementaria se corresponda con el referido principio (de buena fe)⁴⁴⁹. En esa línea, “con la relación de obligación se crea entre las partes una *relación específica*⁴⁵⁰ que viene considerada por el derecho alemán como una relación de confianza recíproca”⁴⁵¹. La *relación específica* o relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*)⁴⁵² ofrecía a ambas partes la posibilidad de incidir sobre la persona y el patrimonio de la otra⁴⁵³, de modo tal que el efecto del deber de buena fe era -en este caso- la exigencia de abstenerse del ejercicio de cualquier acción dañosa (respecto de dicha relación)⁴⁵⁴.

Dicho deber de buena fe (*Treupflicht*) tenía necesariamente una finalidad negativa⁴⁵⁵: debía salvaguardar la integridad de la contraparte de los daños que podrían derivarse de la *relación específica* y

(445) **STOLL, Heinrich**. *Vertrag und Unrecht I...* *óp. cit.*; p. 18.

(446) *Ibíd.*; dando cuenta de ello, **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 229 (nt. 12); **MAJELLO, UGO**. *óp. cit.*; p. 65.

(447) *Ibíd.*

(448) *Cfr.* **CASTRONOVO, Carlo**. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 1 (de la separata); **DI MAJO, Adolfo**. Voce: Obbligazione. 1) Teoria generale. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI, 1990, p. 23.

(449) **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; pp. 41-42; **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 41; **CASTRONOVO, Carlo**. Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 241.

(450) *v.* **MENGONI, Luigi**. *Ancora in tema di pagamento «falsus procurator»*. *Scritti II...* *óp. cit.*; p. 103.

(451) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 25.

(452) *v.* **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 169 (nt. 239) y 208 (nt. 358).

(453) **CASTRONOVO, Carlo**. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 1 (de la separata).

(454) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 26; **MENGONI, Luigi**. *Ancora in tema di pagamento «falsus procurator»* *Scritti II...* *óp. cit.*; p. 103.

(455) **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 229 (nt. 12); **BENATTI, Francesco**. Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222; **LAMBO, Luigi**. *óp. cit.*; p. 39.

por medio de esta⁴⁵⁶. No estaba al servicio, entonces, del interés a la prestación (finalidad positiva⁴⁵⁷), sino del interés a la protección (*Schutzinteresse*⁴⁵⁸) de la persona y del patrimonio del acreedor⁴⁵⁹. En contraposición a los *Leistungspflichten*⁴⁶⁰, Stoll hacía referencia a los «deberes de protección» (*Schutzpflichten*)⁴⁶¹.

Según este autor, los «deberes de protección» (que forman parte del “*Organismus* obligatorio⁴⁶²”) presentaban un contenido sobre todo variado, y no obstante su propósito negativo⁴⁶³, podían consistir también en un hacer positivo⁴⁶⁴; a menudo eran deberes de aviso y de conservación⁴⁶⁵. Naturalmente, en una relación de obligación unilateral estos se manifestaban sobre todo a *latere debitoris*, y en particular dominaban el comportamiento del deudor durante la ejecución de la

-
- (456) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 41; **NATOLI, Ugo.** L’attuazione del rapporto obbligatorio I... *óp. cit.*; pp. 15-16; **BENATTI, Francesco.** Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222.
- (457) *v.* **GERNHUBER, Joachim.** Das Schuldverhältnis... *óp. cit.*; p. 16; **MENGONI, Luigi.** *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*... *óp. cit.*; p. 229 (nt. 12).
- (458) Fijando el asunto desde la “integridad” del *partner* contractual, un sector de la doctrina ha adoptado una noción incluso *más* restrictiva que el *Schutzinteresse*. “*Integritätsinteresse*” como término equivalente desde un aspecto funcional. *v.* **POULIADIS, Athanassios.** *óp. cit.*; pp. 50-51; **TURCO, Claudio.** *óp. cit.*; p. 184; **KUHLMANN, Kai.** *óp. cit.*; p. 49.
- (459) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 25; **GERNHUBER, Joachim.** Das Schuldverhältnis... *óp. cit.*; p. 23; **MENGONI, Luigi.** *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*... *óp. cit.*; p. 229; **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo.** L’esecuzione del contratto... *óp. cit.*; p. 407 y 418; **ID.** Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 122 (y nt. I) y ss.; **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 339; **PANZA, Giuseppe.** *óp. cit.*; p. 243; **FROST, Marina.** *óp. cit.*; p. 13; **OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto.** *Deveres de protecção em relações obrigacionais*... *óp. cit.*; f. 1 (de la versión mecanografiada); **LAMBO, Luigi.** *óp. cit.*; p. 31 y 39; **NICOLUSSI, Andrea.** *óp. cit.*; p. 1 (de la versión mecanografiada).
- (460) **STOLL, Heinrich.** Vertrag und Unrecht I... *óp. cit.*; p. 18; **FROST, Marina.** *óp. cit.*; p. 13; **GERNHUBER, Joachim.** Das Schuldverhältnis... *óp. cit.*; p. 23; **MAJELLO, UGO.** *óp. cit.*; p. 65; **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 338.
- (461) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 26; **STOLL, Heinrich.** Vertrag und Unrecht I... *óp. cit.*; p. 18; **GERNHUBER, Joachim.** Das Schuldverhältnis... *óp. cit.*; p. 23; **MAJELLO, UGO.** *óp. cit.*; p. 65; **PANZA, Giuseppe.** *óp. cit.*; p. 239 (nt. 115); **FROST, Marina.** *óp. cit.*; p. 13; **THIELE, Wolfgang.** *óp. cit.*; p. 650; **STÜRNER, Rolf.** *óp. cit.*; p. 385; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 41; **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 26. Para un análisis desde la óptica de la doctrina peruana, *v.* **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.** *óp. cit.*; f. 157 y ss.
- (462) *v.* **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 27; **STOLL, Heinrich.** Vertrag und Unrecht I... *óp. cit.*; p. 18; **BENATTI, Francesco.** Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222; **LAMBO, Luigi.** *óp. cit.*; p. 39; **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 27.
- (463) **MENGONI, Luigi.** *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*. Scritti II... *óp. cit.*; p. 229 (nt. 12); **BENATTI, Francesco.** Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222.
- (464) *v.* **VARANESE, Giovanni.** Il contratto con effetto protettivi per i tezi... *óp. cit.*; p. 14 (nt. 8).
- (465) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 27; **ID.** Vertrag und Unrecht I... *óp. cit.*; p. 18; **FEOLA, Maria.** “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 94; **BENATTI, Francesco.** Voce: Doveri di protezione... *óp. cit.*; p. 222.

prestación. Pero lo cierto es que incumbían también al acreedor en interés del deudor⁴⁶⁶ (siendo por ende característica de dichos deberes su “reciprocidad⁴⁶⁷”). Sin embargo, estos deberes -en la esfera del acreedor- no se confundían con sus cargas⁴⁶⁸, en la medida que estos últimos aparecían como “preceptos” de realización en “interés propio”, y los primeros servían para tutelar un “interés ajeno”⁴⁶⁹.

Determinado los “deberes” (deberes accesorios, secundarios, de protección) que compondrían la relación de obligación, Stoll se dirigirá a fijar el presupuesto (o lo que usualmente entendemos como imputación) de la responsabilidad derivada de su violación.

Para Stoll, el deudor solo podía responder en la medida en que la circunstancia perturbativa que frustraba el interés (de prestación y de protección) del acreedor sea imputable a este en base a la “culpa” (§ 276 BGB); entendiendo por culpabilidad solamente a la violación dolosa o culposa de un deber “concreto”⁴⁷⁰. Así pues, en la medida en que aparecía una responsabilidad sin la violación de un deber, estaríamos ante una “garantía” cuya fuente yacerá en la promesa contractual o en la ley. Por tanto, el campo de la “garantía” se encontraría más allá de la lesión del crédito; la responsabilidad por la promesa o por el “cumplimiento inexacto objetivo” no era consecuencia de la violación de un deber (porque no hay un deber secundario⁴⁷¹), sino un verdadero y propio “deber primario”⁴⁷².

Atendiendo a lo dicho, una vez presentada la prueba de la violación culpable del deber y el presupuesto de la responsabilidad, resultaba necesario preguntarse en qué consistía esta responsabilidad. De acuerdo a Stoll, esta (en general, la responsabilidad del deudor) servía para tutelar

(⁴⁶⁶) Aparecen por tanto dichos «deberes de protección» en forma recíproca (para el deudor y el acreedor), *v.* **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 26; ID. Vertrag und Unrecht I... *óp. cit.*; p. 18. En esa misma línea, **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 339; **PANZA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p. 239 (nt. 115); **CASTRONOVO, Carlo**. Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 1 (de la separata).

(⁴⁶⁷) *Cfr.* **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*. Scritti II... *óp. cit.*; p. 229 (nt. 12).

(⁴⁶⁸) **STOLL, Heinrich**. “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 26.

(⁴⁶⁹) *Ibid.*

(⁴⁷⁰) *Ídem*, p. 27.

(⁴⁷¹) Partiendo de la premisa que ubica al resarcimiento como deber secundario en la relación de obligación.

(⁴⁷²) *Ídem*, p. 27.

los intereses del acreedor: el interés a la prestación y el interés a la protección. En la medida en que el interés a la prestación presentaba un contenido positivo, su violación podía ocurrir en tres modos distintos: (i) impidiendo completamente la realización de los intereses; (ii) perjudicándolos; o (iii) limitándose a ponerlos en peligro. Al contrario, por su contenido negativo, el interés a la protección solamente podía ser puesto en peligro o ser perjudicado. Así pues, desde el momento en que no tenía un fin claramente identificado (aunque contenga todo el patrimonio y la persona del acreedor) aquí no era aceptable una distinción entre la frustración del interés y su simple perjuicio⁴⁷³.

Respecto a esto último, es preciso ahondar un poco más.

4.2.2.1. Para Stoll, la lesión al interés a la prestación era siempre la consecuencia de que el deudor haya violado culposamente su deber de cumplimiento. Así pues, podían presentarse, los siguientes escenarios⁴⁷⁴:

a) La frustración del interés a la prestación cuando por el comportamiento culpable del deudor la realización del interés del acreedor a la prestación ya no era posible o en caso se presentara una ausencia del comportamiento debido. En este caso, debía primar el siguiente principio: si la violación culpable de un deber de cumplimiento frustra el interés del acreedor (en los dos escenarios antes referidos), el deudor responde por el interés al cumplimiento; en los contratos con prestaciones correspondientes corresponde al acreedor el derecho de elección entre el interés al contrato y el receso (*Rücktritt*); en cuyo lugar, en las obligaciones de duración, opera el derecho de separación unilateral sin preaviso⁴⁷⁵ (*Kündigung*) con el resarcimiento del daño derivado del ejercicio del mismo así como de otros daños sufridos.

b) Respecto al mero perjuicio al interés, este ocurría cuando la realización del interés a la prestación seguía siendo posible e importante para el acreedor. Para tal efecto, emergía el siguiente principio: no obstante el perjuicio culpable del interés a la prestación, el deudor puede realizar la

⁽⁴⁷³⁾ Ibíd.

⁽⁴⁷⁴⁾ Ídem, pp. 28-33.

⁽⁴⁷⁵⁾ Notar que según Stoll, el examen de una serie de disposiciones legislativas especiales demostraba que en las relaciones obligatorias de duración, el receso era sustituido por el derecho de separación sin preaviso (*v.* Ídem, p. 28).

prestación, en la medida que sea aún posible, y el acreedor debe aceptarlo siempre que su interés no haya decaído; sin embargo, el acreedor puede solicitar el resarcimiento de aquél daño que nasce del perjuicio a su interés, el interés a la compensación de la pérdida patrimonial sufrida (§§ 280 «*en la medida en que... imposible*», 286, I, 374, 384, BGB; 61, 98, 385, 388 I antigua versión, 437 III HGB).

c) Por su parte, se podía hablar de “puesta en peligro” del interés a la prestación solo si la obtención del fin de la relación de obligación aún era posible y útil para el acreedor. Esta “puesta en peligro” del interés consistía en la amenaza que el deudor formulara respecto a dicho interés (*interés objetivo*) a partir de su comportamiento culpable contrario a sus deberes o en la medida en que despertara en el acreedor una duda legítima sobre la realización de su interés a la prestación (puesta en peligro del interés subjetivo).

Así pues, ante la verificación de un daño, al mismo tiempo también se presentaba un perjuicio del interés (a la prestación) y por tanto se debían aplicar los efectos jurídicos detallados en el literal b). Por otra parte, si la confianza del acreedor se encontraba tan minada al punto que no se podía pretender la prosecución del contrato, la puesta en peligro del interés se convertía en una pérdida del interés, aplicándose las consecuencias jurídicas expuestas en el literal a).

En ese sentido, y en línea de principio, se podía afirmar que el efecto jurídico de la puesta en peligro del interés a la prestación consistía en una pretensión al resarcimiento del daño ocasionado; este era el llamado “daño por peligro”, y en el “derecho a terminar el contrato” después de fijar un plazo (en analogía con los §§ 283 y 326 BGB). Este último derecho se configuraba como derecho de receso (*Rücktritt*) en los contratos de intercambio a prestaciones correspectivas, o como derecho de separación sin preaviso (*Kündigung*) en los contratos de duración⁴⁷⁶.

4.2.2.2. A diferencia del interés a la prestación, el interés de protección tenía solo el significado negativo de asegurar la conservación de la persona y el patrimonio del deudor (y

⁽⁴⁷⁶⁾ En caso de perjuicio del interés de leve entidad, no se podría aplicar ambos derechos, siendo al contrario pertinente recurrir a la acción inhibitoria. *v.* Ídem, p. 33.

acreedor)⁴⁷⁷. En otro escenario, tales “bienes” encontrarían tutela en las disposiciones sobre los actos ilícitos (*Deliktsrecht*) que prevén deberes generales impuestos a todos los ciudadanos en el interés de la convivencia social. No obstante, como parte de la relación contractual, ambas partes asumían deberes jurídicos específicos (y no así genéricos) frente a la persona y el patrimonio de la contraparte⁴⁷⁸. En ese sentido, los deberes derivados de la particular posibilidad de injerencia en la esfera jurídica ajena eran creados como consecuencia de haberse instaurado una *relación específica* y por la relación de confianza que se entablaba entre los contratantes⁴⁷⁹.

Lo cierto es que Stoll consideraba que esta última aseveración no debía ser exagerada al punto de transformar todos los deberes jurídicos generales en deberes específicos mediante la “construcción” de una relación de obligación. En efecto, al encontrarnos frente a intereses de protección del acreedor cuya lesión podía ocurrir tanto en la modalidad del cumplimiento como a partir de otras conductas que con ella no tengan ningún tipo de relación, era suficiente que la *particular posibilidad de injerencia* (a partir de la cual, en términos fácticos, ocurra la lesión a la persona y al patrimonio) *sea prevista en el contrato*⁴⁸⁰.

De esta manera, el deber negativo de protección aparecía como el revés o la integración del fin positivo de la obligación, de modo que estos podían ser determinados (en cada caso concreto) según buena fe, y no sería siempre fácil determinar si se trataba solamente de la violación del interés de protección o también del interés a la prestación; o si estábamos ante un interés específico de protección o si resultaban pertinentes los deberes jurídicos generales. Lo cierto es que la lesión al interés de protección era siempre la consecuencia la violación culpable, por parte del deudor, de sus

(⁴⁷⁷) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Os deveres (ditos) "accessórios" e o arrendamento...* *óp. cit.*; p. 268; **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo.** *L'esecuzione del contratto...* *óp. cit.*; p. 408.

(⁴⁷⁸) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 33; **MENGONI, Luigi.** *Ancora in tema di pagamento «falsus procurator»* Scritti II... *óp. cit.*; p. 103.

(⁴⁷⁹) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 33; **BIANCA, Cesare Massimo.** *Dell'inadempimento delle obbligazioni...* *óp. cit.*; p. 35.

(⁴⁸⁰) *v.* **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 33 (nt. 134); **BIANCA, Cesare Massimo.** *Dell'inadempimento delle obbligazioni...* *óp. cit.*; p. 35.

«deberes de protección», ya sea por negligencia en la modalidad del comportamiento debido, o por el cumplimiento culpable de un objeto contractualmente viciado⁴⁸¹.

En función a lo dicho, los intereses de protección podían ser perjudicados o puestos en peligro: en caso de perjuicio surgía el deber de resarcir el daño (por ejemplo, §§ 523-24, 545 II, 618 III, 694 BGB; 62 III HGB); con la puesta en peligro nacía el derecho de receso o de separación si el peligro para la persona o los bienes del acreedor era tan alto que no se podía pretender que se siga ejecutando el contrato (626, 71 n. 3 BGB, 72 n. 1 HGB conjuntamente con el § 60)⁴⁸².

De esta manera, advertido que los «deberes de protección» formarían (y dejamos ello en condicional dado que es objeto de evaluación en el presente trabajo) parte del contenido de la relación de obligación, resulta pertinente señalar que tanto el interés a la prestación como el interés de protección aparecerán en el pensamiento de Stoll como objeto de tutela dentro del sistema unitario de “violación del crédito”.

Esta conclusión resulta contrastable en cada uno de los casos de *pVV* en donde lo que se tutela es un interés concreto de prestación o protección, siendo que la lesión de dichos intereses puede ocurrir en forma conjunta, alternativa o sucesiva.

4.2.2.3. La verificación de su teoría a partir de la confrontación de la misma con la casuística de la *pVV*, permitió a Stoll concluir que una misma conducta podía generar diferentes efectos sobre los intereses del acreedor. En efecto, una puesta en peligro del interés (a la prestación) podía correlacionarse con el perjuicio del interés (a la prestación) y una puesta en peligro o un perjuicio del interés de protección podía ir de la mano con cada tipo de violación del interés a la prestación⁴⁸³. Y es justamente esta diversidad de efectos los que permitían al acreedor -en la medida que sean

(⁴⁸¹) **STOLL, Heinrich.** “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”... *óp. cit.*; p. 34.

(⁴⁸²) Ídem, p. 35. Para el detalle de las normas referidas por Stoll (supuestos de «deberes de protección» previstos en el BGB), *v.* **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.** *óp. cit.*; f. 158 (nt. 285), en donde se señala la responsabilidad del donante cuando no avisa del vicio (en el derecho) o defecto (de cualidad) de la cosa, del arrendatario cuando no informa al arrendador de la necesidad de tomar medidas ante la presencia de un vicio o un riesgo imprevisto, y del depositante cuando el depositario sufre daños por la propia naturaleza del bien depositado.

(⁴⁸³) Ídem, p. 42.

compatibles de acuerdo a su propia naturaleza- actuar (a nivel judicial) “acumulativamente”, aun cuando cierto sector “dominante” de la doctrina, indicaba Stoll, excluía la posibilidad de terminar unilateralmente el contrato y pretender el resarcimiento.

Lo cierto es que para este autor el ejercicio del receso solo excluía el interés al cumplimiento, mas no la pretensión resarcitoria (al interés a la compensación de la pérdida patrimonial sufrido). Así pues, el receso solo suprimía el propósito de que la obligación (prestación) sea cumplida (ejecución forzada), pero no podía eliminar aquella *relación específica* una vez que esta se encontraba constituida; esta, a pesar del receso ejercido, aún continuaría existiendo hasta que los efectos de la ejecución del contrato no sean eliminados⁴⁸⁴.

En el fondo, el *Organismus* obligatorio permanecería inalterado desde el inicio de las tratativas hasta que cesen todos los efectos contractuales, modificándose solamente la “forma” en la que esta se manifiesta: relación jurídica derivada de la tratativa contractual – relación obligatoria típica – relación restitutoria⁴⁸⁵.

4.2.2.4. Respecto a la carga de la prueba, Stoll señaló que dada la consideración de los intereses en juego, y sus particularidades, era posible extraer una regla muy simple (pese a que ciertamente el asunto resultaba controvertido aún en el RGZ): (i) en caso de lesión del interés de prestación, resultaba suficiente que el acreedor demuestre su violación, correspondiendo al deudor la carga de la prueba de la ausencia de culpa (en dicha violación); (ii) en caso de lesión del interés de protección, el acreedor debía probar, además de la violación del mismo, la culpa del deudor⁴⁸⁶.

Lo cierto es que pese a parecer una regla sencilla, su aplicación podía encontrar dificultad. En efecto, no siempre será fácil determinar si se trata de una violación del interés a la prestación o el interés de protección, al punto que una misma conducta podía resultar lesiva para los dos intereses.

⁽⁴⁸⁴⁾ Íbid.

⁽⁴⁸⁵⁾ Íbid.

⁽⁴⁸⁶⁾ Ídem, p. 45.

A menudo, en base al principio de la prueba *prima-facie*, sobre el deudor recaerá la carga de probar la ausencia de culpa también en el caso de lesión del interés de protección⁴⁸⁷.

4.2.3. La reconstrucción sistemática de la violación del crédito como categoría unitaria llevó a Stoll a revalidar su premisa: la existencia de una doctrina acrítica en torno a la violación positiva del contrato. En efecto, la posibilidad que a su criterio otorga la ley (aun cuando el legislador no haya sido del todo preciso en la formulación del texto legal del BGB) de reconducir el problema tratado por Staub resulta tangible desde el momento en que la valoración del asunto cambia por el solo hecho de mudar la perspectiva de análisis del hecho (generador de una hipótesis de perturbación del programa obligatorio) al interés lesionado.

Esto conllevó a que la doctrina advierta que la posición de Staub, altamente sugestiva, como ya explicamos, no representaba *strictu sensu* una “tesis”, sino una mera “intuición” (o doctrina “superflua”). Pero tal análisis no podía llegar al extremo de negar la propuesta de Staub -en esa línea, Kohler y Kipp- para virar a una solución “exógena”; esto era, que las hipótesis de *pVV* se resuelvan en función a la responsabilidad por hecho ilícito (que resultaba un “malentendido”, antes que un “entendimiento” del problema), en términos de Stoll⁴⁸⁸.

La doctrina de Staub, de acuerdo a Stoll, fue construida en una época determinada (al exordio del BGB), pero la situación de ahí a treinta años después, había cambiado, no desde una cuestión meramente empírica, sino a partir del reconocimiento del avance científico que la doctrina alemana experimentó luego del trabajo del abogado berlinés. Por ello, no se presentó en la crítica de Stoll un ánimo de disminuir o desacreditar el prestigio de quien advirtió la existencia de un problema; al contrario, la crítica yacía en la incredulidad de quien como Stoll no concebía como luego de tal periodo de tiempo la *pVV* no haya desaparecido del ideario jurídico alemán de inicios de la década de 1930.

(⁴⁸⁷) Ídem, p. 46.

(⁴⁸⁸) Ídem, p. 49.

A todo lo dicho, Stoll agregó que la doctrina de la *pVV* no era conocida (o comprensible) en el derecho romanista y en el derecho inglés (aunque ello no sorprendía por preferir la casuística antes que la sistematización), habiendo sido el suceso de la misma en Austria y Suiza particularmente intrascendente⁴⁸⁹. Así por ejemplo, para dicho autor, en el derecho francés, la lesión del interés de protección era tratada a partir de la “todo genérica” responsabilidad *per faute*, resultando ello consecuencia de que -para Stoll- en dicho sistema la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual presentaba escasa importancia, siendo desconocida para estos la diferencia entre la responsabilidad del deudor que se vale de terceros en el cumplimiento de su obligación y aquella extracontractual del principal por hecho ilícito de sus auxiliares (§§ 278, 831 BGB)⁴⁹⁰.

Por otra parte, según Stoll, el tridente “mora”, “imposibilidad” y “violación positiva del contrato” resultaba extraña al derecho inglés por el hecho que en el *Common Law* el punto no yacía sobre el deber de prestación sino por la garantía de la promesa de prestación; de este modo, garantía y responsabilidad por culpa no se distinguían, surgiendo un deber resarcitorio por *breach of contract* si la prestación acordada y prometida no era realizada en el plazo previsto, en la modalidad prevista, o si el deudor contravenía de otra manera sus deberes contractuales⁴⁹¹.

*“Al día de hoy, la teoría de la violación positiva del contrato resulta inútil y engañosa para nuestro Derecho Civil. (...) Déjenos finalmente decirle adiós (...)”*⁴⁹².

V. Con la precedente exposición de la teoría de Stoll, es oportuno proceder a sintetizar y valorar la misma.

5.1. (a.1) La obra de Stoll debe ser colocada dentro de un contexto particularmente (o genuinamente) alemán, en donde la técnica metodológica para el estudio del Derecho Civil propugnaba por la sistematización y la deducción como métodos para alcanzar el conocimiento “jurídico”. En este escenario, el estudio de la (otrora) obligación supeditó la búsqueda del (puro)

⁽⁴⁸⁹⁾ Ibid.

⁽⁴⁹⁰⁾ Ídem, p. 50.

⁽⁴⁹¹⁾ Ibid.

⁽⁴⁹²⁾ Ibid.

“concepto” del mismo⁴⁹³ (“obligación como objeto de estudio”) a un enfoque global de la disciplina de la “relación de obligación” en la que la sucesiva construcción (o develación) de categorías (en principio, en forma de “posiciones jurídicas”) coadyuvaron a esquematizar su (ahora, heterogéneo) “contenido”.

(a.2.) Como consecuencia de lo anterior, dicho contenido heterogéneo de la “relación de obligación”, y la diversidad de fluctuaciones que en ella ocurrían como consecuencia de la actuación de las (novísimas) *posiciones jurídicas* (ya sea por su clase, efecto, momento o alcance), fungieron de soporte teórico para las nuevas perspectivas de estudio de la “relación de obligación”; más concretamente, sirvieron como fundamento para las corrientes que vieron en la *Schuldverhältnis* un *Organismus* cuando no una *Konstante Rahmenbeziehung*. Fueron estas formas de concebir la “obligación” las que mejor captaron, hasta el momento de la obra de Stoll, su naturaleza de “cuadro jurídico unitario”, la cual “funcionaba” -constante y sistemáticamente- como un organismo biológico, en donde cada uno de sus “órganos” resaltaba no por su calidad de “elemento” de la *Schuldverhältnis*, sino por su particular ductilidad y funcionalidad dentro del esquema de dicha supra-categoría. En buena cuenta, como sostenemos, un «*sistema móvib.*»

(a.3.) La existencia de un “funcionamiento” -constante y progresivo- en la *Schuldverhältnis*, no solo fue una característica inherente a la misma, sino que fue también expresión de un específico momento de la doctrina alemana, la cual se abocó a la posibilidad de que en las entrañas de este complejo *Organismus*, aun existan posiciones jurídicas no identificadas (como en las ciencias naturales). Esta fue sin duda la máxima empresa de Stoll, y para cuyo propósito resulto decisivo la impronta filosófica a la cual se encontraba adscrito como exponente de la denominada *Interessenjurisprudenz*, en desmedro de lo que significó históricamente la «jurisprudencia de los conceptos».

(⁴⁹³) Queda descartada por tanto la afirmación de quien considera que la obra de Stoll influyó en el sucesivo “ripensamento generale del concetto di obbligazione” (Cfr. **GUÉLLA, Elena**. *óp. cit.*; p. 23), siendo en realidad la obra de Stoll expresión ferviente de una tendencia a desarrollar el contenido de la relación de obligación en vez de un concepto del mismo; de ahí que la caracterización de la *Schuldverhältnis* como *Organismus* o *Konstante Rahmenbeziehung* no debe entenderse dirigido al concepto sino al “contenido” (**CORDEIRO, António Menezes**. “Violação positiva do contrato”... *óp. cit.*; pp. 122-123).

(a.4.) La presencia de una falta de sistematización de lo que Stoll denomina “régimen de perturbación del programa obligatorio”, conllevó a que la anterior doctrina que abordó su tratamiento centre sus esfuerzos en establecer las “modalidades” en que podría presentarse el no cumplimiento a partir de la “imposibilidad” (expresión de una técnica inductiva, antes que deductiva), cuando lo más importante era atender al interés de quien vería lesionado su derecho de crédito como consecuencia del accionar de la otra parte de la relación contractual.

Frente a la situación enunciada, Stoll, a efectos de exponer su teoría, asumió los siguientes postulados: (i) que la relación de obligación funciona como un *Organismus* que representaba un cuadro jurídico unitario de desarrollo “constante” y “funcional”; (i.1.) que dicho *Organismus*, como lo había sostenido Kress, presentaba una función de conservación de los bienes de las partes, para lo cual era exigible un comportamiento de protección; (ii) que el estudio del fenómeno patológico de la *Schuldverhältnis* precisaba adoptar el enfoque de la *Interessenjurisprudenz*, y con ello proceder a reestructurar el estudio de la lesión del crédito en el marco de las relaciones de obligación.

(a.5.) Aunado a lo anterior, y en forma supletoria, se presentó un elemento que si bien no incidió materialmente en la formación dogmática *strictu sensu* de la teoría de Stoll, apareció como factor coadyuvante para su generación: la configuración de la responsabilidad extracontractual presente en el BGB.

En un sistema (Alemania) en donde la premisa conceptual y normativa era la constatación de una debilidad de la tutela *ex delicto* en comparación con las demás experiencias del Derecho Continental, era natural que la doctrina (para nosotros inconscientemente en la mayoría de veces) se abocara en teorizar no solo en aras de absolver un problema jurídico concreto (como sucedió con los «deberes de protección») sino también con ello, indirectamente, reducir las hipótesis de responsabilidad *ex delicto*, lo que trajo como consecuencia un inevitable fenómeno de “contractualización”, si es que el asunto es visto en clave comparatista, por supuesto. Esta circunstancia no se limitó a la teoría de Stoll, sino a cualquier otra que, en el fondo, consiga tal resultado (*v.* lo relativo a la *c.i.c* o la *c.p.p.f*).

Si la cuestión se ciñese únicamente al ámbito alemán, esta aparecería como una premisa (o presupuesto), lo que explica por qué en la obra de Stoll el problema de la responsabilidad extracontractual no es atendido. Al contrario, desde una óptica comparada, si no se comparte la premisa (o presupuesto), cualquier teoría buscará ser explicada por esta circunstancia antes que por sus postulados dogmáticos. En esta sede, al menos en lo que importa la teoría alemana (Cap. I), seguiremos el primer camino. Cuando estudiemos el sistema peruano, valoraremos la relevancia del segundo en contraste con la valía dogmática (pura) de los «deberes de protección» (Cap. II y III).

5.2. (b.1.) Habiéndose determinado que detrás de la teoría de Stoll debe identificarse un contexto particular, no sorprende que las líneas fundamentales que dieron soporte a su teoría hayan servido también como criterios elementales sobre los cuales se fundaron sendas críticas en torno a la famosa teoría de la *pVV*.

A diferencia de Staub, Stoll descarta que la laguna que presenta el BGB yacza en la “consecuencia” resarcitoria no establecida con toda precisión por el legislador alemán para las hipótesis que Staub llamó “violaciones positivas del contrato”; identificando, al contrario, una verdadera laguna en el hecho de no haber advertido que las violaciones contractuales pueden presentarse de diversa manera (forma de perturbación). Se presenta con ello un giro en la perspectiva del problema, dado que con Staub, el asunto se centraba en determinar las consecuencias jurídicas antes que en sistematizar a través de categorías ordenantes la diversa variedad de hipótesis de *pVV*; con Stoll, al asumir que la consecuencia jurídica es clara en la ley, correspondía más bien estudiar aquello que concibió como una reconstrucción sistemática de la lesión del crédito a partir del estudio del “interés”.

(b.2.) De acuerdo a Stoll, los fenómenos de perturbación del programa obligatorio incidían tradicionalmente sobre el interés del acreedor en el cumplimiento de la prestación; esto es, la violación del deber de prestación por parte del deudor generaba que el acreedor experimente una insatisfacción consecuente a la irrealización del programa contractual.

Sin embargo, la teoría de la *pVV* permitió apreciar que no siempre el acreedor se veía afectado por la irrealización del deber de prestación (conducta negativa), sino que también como consecuencia de conductas positivas. La manera a través de la cual podía exigirse al deudor evitar que realice dichas conductas era asumiendo que toda relación de obligación era un *bonae fidei iudicium*, en donde la buena fe era el criterio determinante al momento de evaluar la conducta del deudor, e incluso del acreedor. Esto quiere decir que en la moderna dogmática de la *Schuldverhältnis*, no basta con la exacta realización del fin positivo de la prestación, sino también que el comportamiento complementario sea ejecutado en buena fe (en función de integración del contenido de la relación de obligación).

Pero no solo ello. Así entendida la mecánica de la relación de obligación (antes estudiada como factor de generación de beneficios, ahora también como mecanismo de control o prevención de riesgos), cabía encontrar en ella un factor o fuente a través del cual surgía una *relación específica* que para el derecho alemán representaba una auténtica “*relación de confianza*” recíproca entre quienes actuaban como deudor y acreedor en la relación de obligación, y que principalmente permitía a ambas partes la posibilidad de incidir sobre la persona y los bienes de la otra.

En la medida que dicha “*relación de confianza*” no era objeto de tratamiento normativo específico en el BGB, Stoll empleó (mediante su extensión) la cláusula general de buena fe (*ex* § 242 BGB) - propia de la *Schuldverhältnis*- como parámetro de medida de la actuación del deudor y el acreedor en la *relación específica* creada como consecuencia de la relación de obligación (en un fenómeno de disociación inicial que el § 242 BGB se encargaría de “asimilar”). Es justamente dicha “buena fe” la que imponía a las partes el “deber de abstenerse del ejercicio de cualquier acción dañosa sobre la esfera jurídica de la otra”.

Así pues, dicho deber -de finalidad negativa-, referenciado a partir de la obra de Stoll como «deber de protección», y dada su condición de posición jurídica “independiente”, exige a su destinatario la adecuación de su comportamiento de modo tal que con ello coadyuve a garantizar la salvaguarda de la esfera jurídica personal y patrimonial “expuesta” de un “otro” determinado e identificado usualmente como “contraparte” por el hecho que el ámbito de incidencia de dichos deberes yace naturalmente en las relaciones intersubjetivas de naturaleza obligativa, siendo las

mismas, a su vez, “expresión” o “manifestación” de una *relación específica* o relación de confianza, la cual legitimaba “jurídicamente” la intromisión en la esfera jurídica ajena por parte de los sujetos vinculados en dicha relación.

5.3. (c.1.) Al configurarse el sistema de la lesión del crédito (*System der Forderungsverletzungen*) de Stoll en torno a la noción de interés, este podía presentarse indistintamente cuando el interés de prestación o el interés de protección no resultaban satisfechos.

(c.2.) Dentro de la concepción de Stoll, la vinculación intersubjetiva de naturaleza obligativa sería el reverso de otra relación que denominada (en términos didácticos) “específica” o de “confianza”, permitía “conceptualmente” desligar la *obligation del praestare*, y con ello dotar de rigor técnico a una posición jurídica («deber de protección») que por regla general parecía encontrar su correlato en el *alterum non laedere*.

Si desde un aspecto fáctico la relación era una sola, desde un aspecto jurídico esta se escindía conceptualmente al reconocerse en esta una función de protección (*ex* § 242 BGB). En la tesis de Stoll, si bien se plantea esta disociación, no llega a ser clara la vinculación entre ambas (llamémosle “clase de relaciones”. En cualquier caso, el desarrollo del sistema de lesión del crédito de Stoll permite inferir que en este autor se presentó una tendencia por reconocer los “dos planos” a los cuales hacemos referencia.

Para confirmar ello basta advertir que en la teoría de Stoll, la lesión al interés de protección podía ocurrir tanto durante el despliegue de la actividad ejecutiva del contrato como sin que tal circunstancia ocurra. Si el «deber de protección» solo impusiese un comportamiento específico a las partes en su relación *ex contractu*, no podría plantearse un «deber de protección» sin actividad ejecutiva del contrato. En gran medida, esta tendencia por relegar al contrato (sobre el primado de la relación de obligación) fue consecuencia de la evolución histórica de la doctrina alemana que venía afrontando los problemas “teórico-conceptuales” y de “confín” que imponían las teorías de la *c.i.c.* o la *c.p.p.f.*

Stoll era, desde nuestro punto de vista, consciente de ello (aunque quizá con la desventaja de quien fue contemporáneo a dicha problemática), es por ello que para la construcción de su categoría

requirió la formulación (creemos pristina) de los dos *planos* de la realidad jurídica a las que hemos referido (relación de obligación – *relación específica*); así pues, los «deberes de protección» podían colocarse (i) en la fase de ejecución del contrato (o de actuación de la relación de obligación); y, (ii) durante la vigencia de la *relación específica* creada como consecuencia de la celebración del contrato (o del surgimiento de la relación de obligación). En ambos planos los «deberes de protección» residían, de modo tal que, como veremos luego, las diferencias conceptuales advertidas eran salvadas (y que se acentuaban al señalar a los titulares de esta posición jurídica inactiva, y es que Stoll debía ofrecer una solución a la aparente contradicción conceptual que significaría imponer un “deber” a la parte “activa” de la relación de obligación).

(c.3.) Ahora bien, aun cuando ambos *planos* fueron dotados de una disciplina normativa unitaria por Stoll (*ex* § 242 BGB), estos no resultaban asimilables, máxime si lo que se buscaba determinar era el ámbito de incidencia de los «deberes de protección». Así pues, en el primero (relación de obligación), *el «deber de protección» era violado como consecuencia del despliegue de la conducta debida (deberes principales o accesorios de prestación) por parte del deudor*; en el segundo (*relación específica*), *el interés de protección (o bien del deudor o bien del acreedor) era lesionado como consecuencia de un comportamiento lesivo (del otro sujeto) acaecido durante la existencia de la relación específica surgida con la Schuldverhältnis*. Aun cuando los «deberes de protección» aparecían en diversos planos, ello no impidió observar en este un fenómeno de naturaleza obligativa, siendo la razón de ello el hecho que para Stoll los referidos planos funcionaban como anverso y reverso de una misma realidad fáctica.

(c.4.) La anterior interpretación de la obra de Stoll (diversidad de planos en los que ocurre la violación del «deber de protección») nos permite comprender ahora sí por qué razón, un autor tan esquemático como Stoll -heredero de la dogmática alemana abocada a determinar el contenido de la relación de obligación- exige al acreedor la necesidad de adoptar un “comportamiento” adicional a la *Obliegenheit*, y más aún, cuando dicha actividad aparece como un específico “deber” (vinculado al comportamiento del deudor): en realidad, el acreedor solo podría violar su «deber de protección» cuando actuara en la *relación específica*; o lo que es lo mismo, cuando actuara no como “acreedor”, sino como *sujeto* de dicha relación (que lesiona el interés de protección del otro *sujeto* -y, por ende, no del

“deudor”- en la *relación específica*). Lo propio ocurre con el deudor, quien, cuando no ejecuta el contrato, también asume un «deber de protección», no en función a su condición de “deudor” (como ocurre en el primer plano), sino en función a la existencia de la referida *relación específica*. La cuestión es que a diferencia del acreedor, el deudor si puede violar su «deber de protección» en el plano de la “relación de obligación” en la ejecución de la prestación y del contrato.

Al concurrir temporalmente la relación de obligación y la *relación específica*, los sujetos involucrados en la primera relación actuarán bajo la condición de deudor o acreedor en la medida que dicha relación se encuentre en fase de ejecución; no obstante, cuando ello no ocurra, la esfera jurídica de ambos sujetos resulta protegida (pero a la vez expuesta) en la medida que existe la referida segunda relación “fundamental” (ambos actuarán como sujetos “obligados” -a juicio de Stoll, por extensión del § 242 BGB- al cumplimiento de los *Schutzpflichten*).

En buena cuenta, lo anterior también nos permite encontrar justificación a porqué Stoll concentra su discurso en torno a los «deberes de protección» en la figura del deudor (de «deberes de protección» del deudor habla dicho autor) en desmedro del acreedor (relegado en su estudio a una posición secundaria). En efecto, al no haber tratado con profundidad la existencia de los dos planos antes anotados, el deudor aparece como una figura paradigmática, en la medida que no solo asume un «deber de protección» en tanto parte contractual, sino que también como consecuencia de aparecer como sujeto de la *relación específica*. Lo contrario sucede con el acreedor, claro está.

(c.5.) Lo dicho también debe servir para entender porqué Stoll extiende el marco de actuación del organismo obligatorio desde la etapa de tratativas hasta el momento en que cesan todos los efectos contractuales; de ahí que considere que la relación de obligación se puede presentar como “relación jurídica de la tratativa contractual” - “relación obligatoria típica”- “relación restitutoria”. A nuestro criterio, y con cargo a ahondar con mayor profundidad en lo que sigue de este trabajo, dicha extensión de la *Schuldverhältnis* encuentra sentido si es que la misma se vincula con los dos planos a los cuales ya hemos hecho referencia. En efecto, dicha extensión comulgaría teóricamente (si se puede llamar así) con la denominada *relación específica*, la cual no presenta como límite el deber de prestación y el interés en la misma, sino que, superando tal dicotomía, de acuerdo a Stoll, es susceptible de comprender y

representar, en el fondo, una relación intersubjetiva en estricto, cuyos límites no han terminado de ser definidos.

(c.6.) Por otro lado, en la teoría de Stoll el interés de protección puede sufrir dos tipos de perturbaciones: (i) perjuicio; y (ii) puesta en peligro. Para dicho autor, en el primer caso hay resarcimiento por los daños sufridos, y en el segundo opera el derecho de liberarse del contrato, siempre que no pueda más el acreedor pretender la ejecución del contrato como consecuencia de los peligros a los que se ha visto expuesto su persona y sus bienes. Respecto al primer caso, no resulta clara la razón por la cual Stoll (desde la realidad del ordenamiento alemán) no concibe un derecho de receso (*Rücktritt*) también para el acreedor que ve su esfera jurídica (personal y/o patrimonial) dañada, tal y como formuló, en su momento -aunque desde distinta óptica- Staub. Lo propio para el segundo caso, en donde no se explica por qué opera la liberación y no el resarcimiento. Pero sobre todo, Stoll no logra detallar las razones que podrían justificar que las circunstancias que ocurren en la *relación específica* afecten a la relación de obligación (fluctuaciones entre ambas relaciones), no siendo óbice a tal circunstancia el hecho que el autor solo haya concebido al «deber de protección» *en ejecución del contrato* (por las consideraciones ya expuestas).

A priori, como respuesta a lo último podría recordarse que en la perspectiva de Stoll, ambos planos aparecen como *cara y sello* de una sola realidad, no habiendo sentenciado por ello su escisión conceptual.

(c.7.) Finalmente, para Stoll, el criterio de imputación por violación del «deber de protección» se funda en la culpa, siendo ello expresión de una clara tendencia de la doctrina alemana en fundar el sistema de responsabilidad *ex contractu* en base al criterio de la culpa. Sin embargo, con el *Abscheid*, Stoll no justifica la razón por la cual dicho criterio (de naturaleza obligativa) sería extensible a un comportamiento acaecido en la *relación específica*, salvo que se alegue que ambos planos funcionan como anverso y reverso (conforme a lo señalado), aunque el costo podría ser mayor dado que volverían las encrucijadas y paradojas que en su momento el reconocimiento de ambos planos procuró su superación.

5.4. (d.1.) De acuerdo a Stoll, los problemas de la *pVV* y los «deberes de protección» no pueden ser solucionados con el recurso de la tutela aquiliana al presentar distinta naturaleza. Respecto a esta, resulta lógico inferir que para dicho autor no solo el «deber de protección» no resulta asimilable al *alterum non laedere*, sino que la relación que conforma el deber genérico de no dañar a otros, dada su generalidad, no se identificaría -evidentemente- con la relación de obligación, pero, sobre todo -y esto es lo más resaltante-, con la *relación específica* (y es justamente a propósito de esta última que resulta importante la distinción del autor con la otrora *lex aquilia*, ya que si solo fuese respecto a la relación de obligación, ello hubiese resultado repetitivo y/o evidente).

(d.2.) Lo anterior se magnifica por el hecho que la teoría de los *Schutzpflichten* (con sus particulares características) no se presentan en otros países de la Europa Continental. Según Stoll, los «deberes de protección» son tutelados en Francia a partir de la genérica responsabilidad por *faute*, aunque ello parece discutible dada la existencia de la figura de la *Obligation de sécurité*, respecto a la que haremos mención más adelante. Resultaría pertinente dicha afirmación si es que la misma tuviera por objeto la *relación específica*. No obstante, en la concepción de Stoll, reiteramos, dicha *relación específica* aparece más como el reverso de la relación de obligación que como una autónoma “relación”, lo que no significa que en el posterior desarrollo doctrinario en Alemania, esta relación haya ganado autonomía e independencia.

En los siguientes capítulos someteremos a evaluación las premisas aquí planteadas.

El estudio de la obra de Stoll y el nacimiento de los «deberes de protección» nos ha permitido advertir que el contenido de la relación de obligación (subordinando por un momento la problemática de los dos *planos*) fue extendido una vez más, pasando con ello a incluir una posición jurídica adicional y suficientemente independiente de las otras, quedando vinculada a ellas a partir del reconocimiento en la esfera de las partes de una conjunción de intereses (de prestación y de protección). Pero no solo ello. La obra de Stoll debe servir también para advertir que la relación de obligación, a nivel teleológico, parece bifurcarse, además en una *relación específica* o “relación de confianza”, siendo mérito de dicho autor aportar los primeros lineamientos que podrían permitir trazar las líneas fundamentales

de ambos tipos de relaciones y con ello lograr su independencia conceptual. Para nosotros, en los confines de aquello que se bifurca aparecen los *Schutzpflichten*, y es justamente este el bagaje que debe presentar el estudio de esta figura: un fiel reflejo de aquello que, en su confusión, Stoll pretendió demostrar.

Independientemente de la interpretación preliminar que acabamos de ofrecer de la obra de Stoll, conviene advertir que cada una de nuestras conclusiones (así como cualquiera en sentido contrario, sin importar la autoría) precisa de una revalidación a partir de un examen histórico sucesivo al autor de *Tübingen*. La razón de ello radica en que la obra de Stoll (merituada en un particular momento histórico) deja cuestiones sin absolver en forma concluyente; entre estas, la primera y más importante, ¿los dos *planos* existen en forma independiente?, o lo que es lo mismo: ¿la *relación específica* resulta un vínculo intersubjetivo de carácter autónomo a la relación de obligación?; o, al contrario, ¿la *relación específica* es la relación de obligación o el *alterum non laedere*?

Antes de abocarnos a tal empresa, corresponde, a continuación, evaluar el posterior desarrollo de la categoría en cuestión, con la consecuente expansión de dichos “deberes”, incluso, frente a terceros ajenos al contrato. Solo una vez que el examen histórico esté culminado, en aquello que resulta necesario, podremos afrontar el asunto en su real dimensión.

Parte III

“Dogma” y “superación” en la teoría del contrato y la *Schuldverhältnis*: la “extensión” de los «deberes de protección» en Alemania y el contraste con la fórmula y regla en la teoría francesa

VI. Premisa: nuevos desvaríos en torno a la idea de relación de obligación como «*sistema móvib*» en la dogmática alemana. – 6.1. La realidad social, política y jurídica alemana posterior a Stoll y el tránsito a la desacralización de los conceptos en materia de obligaciones y contratos – 6.1.1. Las relaciones contractuales de hecho de Günter Haupt. – 6.1.1.1. El fundamento. – 6.1.1.2. La casuística. – 6.1.1.3. Significado y función de las relaciones contractuales de hecho en el sistema de derecho civil alemán: valoración crítica. – 6.1.2. El nacimiento y desarrollo “consecuente” de una categoría controvertida: *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*. – 6.1.2.1. (*sigue*)... el tercero y el contrato: el “aparente” problema del principio de relatividad. El contraste entre la experiencia alemana y francesa. – 6.1.2.2. (*sigue*)... el lugar del *Vertrag zugunsten Dritter* como antecedente histórico en materia de *VSD*. – 6.1.2.3. El rol de la teoría de Stoll en la evolución del *VSD*. – 6.1.2.4. El *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* en la idea de su principal artífice y su posterior desarrollo. – 6.1.2.5. El tercero legitimado en el *VSD*. – 6.1.2.6. La superación de la *Wohl und Weheformel* en la jurisprudencia alemana. – 6.1.2.7. (*sigue*)... del presupuesto de la “concordancia” a la admisión de los intereses “discordantes”: la recomposición de la figura. – 6.1.2.8. Valor y significado de la extensión del deber contractual de “protección” en el derecho alemán. – VII. La solución francesa de la *Obligation de sécurité*: breve *excursus*. – 7.1. Los antecedentes a la *Obligation de sécurité* – 7.1.1. (*sigue*)... primeras irrupciones: sector laboral y transporte. La tesis contractual – 7.1.2. La doctrina y la responsabilidad por riesgo. – 7.2. La ambivalente evolución de la jurisprudencia francesa en materia de *Obligation de sécurité*. – 7.2.1. El *revirement* de 1911, el nacimiento de la obligación de seguridad y su confirmación. – 7.2.2. La obligación de seguridad entre *medios* y *resultados*. – 7.3. La propagación de la *Obligation de sécurité* bajo la impronta del modelo francés. – 7.4. La extensión de la *Obligation de sécurité*: de la actividad de transporte a los terceros involucrados. El surgimiento de la *Stipulation pour autrui tacite*. – VIII. *Schutzpflichten* – *Obligation de sécurité*: modelos en contraste. Análisis crítico. – 8.1. a) criterios de nacimiento del binomio *schutz/ sécurité*. – 8.2. b) criterios de desenvolvimiento del binomio *schutz/ sécurité*. – 8.3. c) criterios de sistema en el binomio *schutz/ sécurité*.

VI. En la obra de Stoll queda reflejada su concepción de la relación de obligación como *Organismus* obligatorio, adheriéndose con ello a una tendencia iniciada con Siber que tuvo por finalidad proponer una nueva forma de acercarse al objeto de estudio que representaba la “obligación” como categoría abstracta y general.

Lo cierto es que con Stoll esta tendencia de la doctrina alemana no culminó; al contrario, la categoría del «deber de protección» significó una justificación para renovar el debate en torno a la idea de relación de obligación, y más precisamente, la “forma” en que esta se presenta a propósito de su actuación.

Ahora bien, respecto a la precisión con que la doctrina alemana concibió la relación de obligación, conviene formular algunos comentarios. Comencemos con las posiciones de Herholz y Siber, en donde se presentan rasgos profundamente marcados.

La relación de obligación descrita gráficamente a partir de la *Konstante Rahmenbeziehung* aparece como un vínculo jurídico englobante de una serie de posiciones jurídicas (a la que Stoll añadía los

«deberes de protección») caracterizados por su desenvolvimiento sucesivo a lo largo del espectro temporal fijado por quienes la conformaron⁴⁹⁴. No obstante, la imagen gráfica seleccionada por Herholz impedía advertir en ella una coordinación funcional que resultaba inherente al vínculo de carácter obligatorio, por lo que a nuestro criterio solo describía, aunque correctamente, una parte del fenómeno en cuestión.

Por su parte, en la noción de Siber, resaltaba el carácter operativo y funcional de la relación de obligación, de modo que esta actuaba como un “todo”, y si bien en ella trasluce un eminente carácter progresivo, lo cierto es que la relación de obligación, vista como “organismo vivo”, invitaba a pensar que las posiciones jurídicas que contenía resultaban un “efecto natural” de esta; una manifestación exterior de esta, producida como consecuencia de la disociación entre el *nóumeno* y el fenómeno. En realidad, la relación de obligación, en tanto relación contractual, representa un *efecto* del contrato (conjunción de voluntades), no pudiendo la misma constituirse como un “momento” intermedio entre la “fuente” (momento primario) y el efecto -posiciones jurídicas- (momento secundario).

Otros autores optaron por concebir la relación de obligación como “relación originaria” o “relación fundamental⁴⁹⁵” (*Ursprungsverhältnis*)⁴⁹⁶. Sin embargo, detrás de estas calificaciones se presentaba la misma circunstancia que con el organismo obligatorio: asumía que la relación de obligación era creadora de efectos. La denominación “relación originaria”, por otra parte, dejaba de lado aquello que el *Organismus* de Siber resaltaba: su unidad subyacente (aunque natural). Ambos rotulos aparecían entonces insuficientes para describir el fenómeno obligatorio⁴⁹⁷.

Por su parte, Larenz concebía a la relación de obligación en sentido amplio (por oposición a la relación de obligación en sentido estricto) como la suma (*Inbegriff*)⁴⁹⁸, no sin sentido, de “derechos”, “deberes” y otras diversas “posiciones” (situaciones), designando a esta con una expresión

⁽⁴⁹⁴⁾ **HERHOLZ, Felix.** *óp. cit.; passim.*

⁽⁴⁹⁵⁾ De “*rapporto fondamentale*” habla en Italia **LIPARI, Nicolò.** *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico).* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1968, pp. 421-422 (nt. 16).

⁽⁴⁹⁶⁾ **WOLF, Ernst.** *Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden.* En: *AcP*, núm. 2, 1954, p. 97 y ss.

⁽⁴⁹⁷⁾ **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** *Cessão da posição contratual... óp. cit.; p. 381.*

⁽⁴⁹⁸⁾ *v.* el análisis de **LARENZ, Karl.** *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik... óp. cit.; passim.*

compuesta: sistema (*Gefüge*, cuyo antecedente se remonta a Hartmann⁴⁹⁹) y proceso (*Prozess*)⁵⁰⁰; términos que, a nuestro criterio, describen en contenido y extensión la mecánica de la relación de obligación, aun cuando para Zepos, este pensamiento, difícil y abstracto que puede subyacer en torno al estudio de la *Schuldverhältnis*, debería ser descartado, dándose paso, más bien, a un concepto importado de la psicología: *Gestalt*, o estructura significativa⁵⁰¹.

En efecto, para Zepos, la relación de obligación aparecería como una *Gestalt*, en el sentido atribuido por la psicología de la forma (*Gestaltpsychologie*); esto es, una “totalidad organizada”, cuyas propiedades esenciales no se obtenían a través de la suma matemática de sus partes, sino a partir de las cualidades particulares que componen su “todo”. Compartiendo lo señalado por un sector de la doctrina, en realidad la propuesta de Zepos maximiza la dificultad y abstracción que este achacaba a Larenz, presentando a la relación de obligación a partir de un concepto cuyo alcance no tenía correlato en el Derecho Civil, sino en otra rama de las ciencias sociales, la cual aparentemente captaba la esencia “sistémica” de la *Schuldverhältnis* (colocándose en forma simétrica al *Organismus* de Siber) mas no así aquél carácter progresivo que hemos advertido en dicha relación intersubjetiva, cuyos antecedentes resultan manifiestos en Herholz y Larenz⁵⁰².

La incapacidad de hallar un “término” capaz de comprender tanto el carácter “orgánico” o “sistémico” de la relación de obligación, como su naturaleza “constante” o “progresiva”, y un claro trasfondo filosófico hegeliano, explica en buena cuenta porqué Larenz prefirió describir a la *Schuldverhältnis* a partir de sus dos principales cualidades (naturales o inmanentes al *ser*), quedando descartado así el empleo de “representaciones mentales” para explicar gráficamente la relación de obligación dado que estos, como puede verse, no necesariamente captaban la esencia (*noumeno*) del fenómeno en todo su dimensión⁵⁰³.

(⁴⁹⁹) ZEPOS, Panajiotis. *óp. cit.*; 487.

(⁵⁰⁰) *Ibid.*

(⁵⁰¹) ZEPOS, Panajiotis. *óp. cit.*; *passim*.

(⁵⁰²) PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual... óp. cit.*; p. 384.

(⁵⁰³) *Ídem*, pp. 384-387 (nt. I).

Lo anterior nos conmina a confirmar nuestra concepción de relación de obligación como «*sistema móvib*» (o lo que Gernhuber denomina *komplexe Einbeit*), de acuerdo a la connotación que anteriormente tuvimos ocasión de detallar y que, de cierta manera, guarda sintonía con las propuestas de Larenz, Esser (*Schuldverhältnis* como “relación viva condicionada por un fin”), o Pipper (“unidad funcional”)⁵⁰⁴; relación de obligación orgánica, “unitaria” que trasciende la variedad de las posiciones jurídicas que en su seno se contienen y cuyo fin dota de sentido a su eminente carácter *progresivo*.

6.1. Durante los años en que Stoll redactó sus principales escritos en materia de obligaciones y contratos, la *Volksgemeinschaft* alemana, subyugada dentro del discurso del partido nacionalsocialista, se presentó como una quimera a cuyo propósito y destino se perfiló el *Reich*, básicamente a partir de la adopción de una *Sozialpolitik* dentro de un *Sozialstaat* erigido y dirigido por el *Führer*⁵⁰⁵. Si el enfoque social alemán (que no necesariamente debe ubicarse con la ascensión del partido nacionalsocialista) constituía el tenor “supra-estructural” (*Überbau*) presente en las relaciones políticas, no sorprende que también -en tanto “supra-estructura” (y en la medida que no hubo una alteración en la *Basis*)-, el elemento “común-social” haya definido la realidad jurídica de la comunidad alemana (la política como factor de cambio del derecho⁵⁰⁶), la cual se fue perfilando, en forma sucesiva, como un derecho “interciudadanos”, sin que ello haya connotado un destierro de la *Privatautonomie*, siendo el contrato el típico y más importante instrumento del tráfico jurídico⁵⁰⁷.

Lo anterior no resulta sorprendente si es que se advierte que detrás del desarrollo de ciertas categorías jurídicas -quizás las más controvertidas- juega un rol relevante, cuando no decisivo, la

(⁵⁰⁴) Así lo refiere, Ídem, p. 385.

(⁵⁰⁵) v. **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 30.

(⁵⁰⁶) En alusión al rol de Hitler dentro de la política alemana, la adhesión al Partido Nacionalsocialista por parte de Haupt, y su membresía en la *Akademie für Deutsches Recht* (institución científica destinada a la “renovación jurídica” de acuerdo a los principios nazistas) v. **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 9 (nt. 2); **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 4.

(⁵⁰⁷) **HAUPT, Günter**. Sui rapporti contrattuali di fatto. Trad. de Giovanni Varanese. Studi di diritto comparato. Collana diretta da Aldo Berlinguer - Rocco Favale - Maurizio Oliviero - Massimo Papa - Lucio Pegoraro - Gian Maria Piccinelli - Antonino Procida Mirabelli Di Lauro - Mario Serio. Torino: Giappichelli, 2012, p. 45.

política del derecho que en cierto grupo social se instala y sobre el cual aflora la ideología del intérprete del derecho, siendo el caso del abuso del derecho⁵⁰⁸ un ejemplo de ello.

La ideología del jurista se exhibe como elemento *prima-facie* sobre el cual se funda el grado y tipo de acercamiento con el objeto de estudio; cuando este último fue la relación de obligación, la política del derecho presente en el sistema alemán maximizó el rol del intérprete al punto que el objeto de estudio no solo fue redimensionado desde una aspecto teórico, como tuvimos ocasión de detallar, sino también desde los postulados fundamentales sobre los cuales se constituía la relación de obligación, ya sea desde el valor de las declaraciones de voluntad, el principio de relatividad y el rol del tercero como “elemento” externo y antitético del “consensus” contractual.

Para comprender la evolución de la doctrina alemana posterior a la obra de Stoll, resulta imperativo advertir, a grandes rasgos, el contexto antes enunciado, el cual nos permitirá apreciar las bases materiales sobre las que se asentó el nuevo derecho de las relaciones de obligación alemán.

6.1.1. Concebida la relación de obligación como «*sistema móvib*», correspondió a la doctrina alemana determinar sus confines. Es en dicho contexto donde Stoll, basado en el *Organismus* obligatorio de Siber, no solo estructuró un sistema para la relación de obligación basado en la lesión del crédito (en tanto fenómeno perturbativo) sino que también, como consecuencia de ello, identificó puntos de fuga -bajo la etiqueta de “descubrimientos”- en la teoría de la *Schuldverhältnis*, los cuales, lejos de significar elementos antitéticos a la concepción de relación de obligación, devinieron en un ensanchamiento de dicho vínculo intersubjetivo.

De lo anterior podemos advertir dos cuestiones: (i) que el trabajo de Stoll no significó la piedra de toque para la concepción “amplia” de la relación de obligación; al contrario, este fue consecuencia de una tendencia ya iniciada con Herholz y Siber; y, (ii) que el trabajo de Stoll, aun cuando lógico y sistemático, conllevó a una distorsión en el sistema de la *Schuldverhältnis*, y ello no por el hecho que se introdujo la categoría de los «deberes de protección», sino porque este fue el fusible para que la siguiente generación de la doctrina alemana se aboque, con ahínco, a estudiar la relación de obligación

(508) Cfr. RESCIGNO, Pietro. *L'abuso del diritto*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 205.

como categoría ordenante, la cual debía contener todas aquellas manifestaciones humanas de carácter intersubjetivo (en una tendencia que subrepticamente, como explicamos, se alimentaba de las condiciones de la responsabilidad delictual alemán).

La apertura de esta nueva etapa le corresponderá a Günter Haupt con su clásico trabajo *Über faktische Vertragsverhältnisse*, cuya data debe ubicarse durante el desarrollo de la Segunda Guerra Mundial, exactamente en el año 1941⁵⁰⁹.

En línea con el contexto histórico y político esbozado líneas atrás, la doctrina de las relaciones contractuales de hecho -cuya afinidad al pensamiento nacionalsocialista no puede dejar de

(509) El título original de la obra de Haupt es *Über faktische Vertragsverhältnisse*, y fue publicado por la Weicher Verlag (Leipzig) en 1941. En adelante, se tomará la traducción italiana de la monografía de Haupt, ID. *óp. cit.*; *passim*. Sobre el asunto, v. en Alemania **LEHMANN, Heinrich**. *Das «faktische» Vertragsverhältnis*. En: *Jber. Jb.*, 90, 1942, p. 131 y ss.; **LARENZ, Karl**. *LARENZ, Karl*. *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico* (1956). Trad. de Alessandro Hirata. En: *Revista Direito GV*, vol. 2, núm. 1, 2006, p. 57 y ss.; **SIMITIS, Spiros**. Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts. Frankfurt: Klostermann, 1957, *passim*; **ESSER, Josef**. *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“*. En: *AcP*, núm. 1, 1958/1959, p. 86 y ss.; **ERMAN, Walter**. *Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag*. En: *NJW*, 1965, p. 421 y ss.; **LAMBRECHT, Peter**. Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang. Tübingen: Mohr Siebeck, 1994, *passim*; y recientemente, v. **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco... óp. cit.*; p. 1 y ss.

Por su parte, en la doctrina italiana, puede consultarse, entre otros, a **FUNAIOLI, Carlo Alberto**. *I rapporti di fatto in materia contrattuale*. En: *Annali dell’Universita di Ferrara*, X, 1952, pp. 104-271; **BETTI, Emilio**. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*. En: *Jus*, VIII, 1957, p. 353 y ss.; **RICCA, Lucio**. Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto. Milano: Giuffrè, 1965, *passim*; **LIPARI, Nicolò**. *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)... óp. cit.*; p. 415 y ss.; **STELLA RICHTER, Giorgio**. *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1977, p. 151 y ss.; **FRANCESCHELLI, Vincenzo**. *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto*. En: *Rass. dir. civ.*, núm. 3, 1981, p. 662 y ss.; ID. *I rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale*. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Trieste. Milano: Giuffrè, 1984, *passim*; ID. *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantennio*. En: *I Contratti*, 1993, p. 705 y ss.; ID. *Voce: Rapporto di fatto*. En: *Digesto Civ.*, XVI, 1997, p. 272 y ss.; **SACCO, Rodolfo**. “Il contratto di fatto”. En: *AA.VV.* *Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno*. vol. 10 - *Obbligazioni e Contratti II*. Torino: UTET, 1982, pp. 42-48; **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale... óp. cit.*; p. 194 y ss.; **ANGELICI, Carlo**. *Voce: Rapporti contrattuali di fatto*. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXV, 1991, *passim*; **STANGHELLINI, Luca**. *Contributo allo studio dei rapporti di fatto*. Milano: Giuffrè, 1997, *passim*; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 9 y ss.

Para mayores referencias, v. **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual... óp. cit.*; pp. 256-261 (v. la amplia nt. 3).

Finalmente, en nuestro medio, entre otros, **SAAVEDRA VELASCO, Renzo**. “Las relaciones contractuales de hecho y el contacto social ¿instituciones incomprendidas?” En: *AA.VV.* *Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los 30 años del Código*. Lima: Ius et Veritas, 2015, p. 262 y ss.; **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**. *Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 35, 2016, p. 145 y ss.; **MORENO MORE, César**. *Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrahendo y el contacto social*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 36, 2016, p. 193 y ss.

remarcarse⁵¹⁰- nació como una respuesta contestataria a la concepción individualista y liberal⁵¹¹ presente en el ordenamiento alemán -la cual se aducía fruto del “pensamiento liberal” al que se contraponía el nacionalsocialismo⁵¹²- centrado en el rol del contrato⁵¹³, en tanto acuerdo de voluntades⁵¹⁴ y como mecanismo de intercambio de bienes⁵¹⁵, a los cuales los privados se sometían a fin de establecer vínculos intersubjetivos de carácter “obligativo”, planteándose por tanto un *giro* en dicha concepción a efectos de reconocer en los hechos sociales (o los comportamientos humanos) la fuerza o valor necesario para “constituirse” como auténtica fuente general de relaciones interprivados (de naturaleza obligativa), “al lado” del contrato⁵¹⁶ (en un contexto de tráfico jurídico moderno⁵¹⁷)⁵¹⁸.

A efectos de entrar al detalle de la doctrina de las relaciones contractuales de hecho, conviene tener en cuenta el siguiente caso⁵¹⁹ (planteado para la realidad alemana, mas perfectamente concebible desde la realidad peruana):

“Un hombre ingresa a un tranvía lleno de pasajeros. Inicialmente el cobrador no percibe su presencia. Solo cuando llegado a su destino, el pasajero se dispone a dejar del transporte, el cobrador, advirtiendo ahora sí su presencia, le exige el pago del costo del ticket de viaje (boleto). El hombre replica: él no había celebrado ningún

(510) Cfr. **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 4.

(511) *v.* **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 12. Refiere a la necesidad de liberar las reglas sobre el intercambio de prestaciones o de servicios de una interpretación rígidamente individualista y subjetiva **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 196.

(512) *v.* **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 5.

(513) De este modo, detrás de la noción de contrato se encontraría una clara corriente liberalista, máxime cuando sus rudimentos yacían en el derecho romano, el cual era exponente de un particular espíritu de libertad que colisionaba con el ideario nacionalsocialista. En esa línea, *v.* *Ibíd.*

(514) De “tradición individualista” del pensamiento que no soportaba la idea de relaciones obligatorias derivadas de una fuente distinta a la voluntad privada habla **PANZA, Giuseppe**. *óp. cit.*; p. 218; en igual sentido, **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 10 y ss.

(515) *v.* **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 45.

(516) **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; pp. 194-195; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 14; **LIPARI, Nicolò**. *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia...* *óp. cit.*; p. 430.

(517) **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual...* *óp. cit.*; p. 257 (nt. 3); **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 195. Para Haupt, la causa principal de esta evolución está en el hecho que en vastos sectores de la actividad económica las relaciones contractuales se presentan en un modo completamente diferente respecto de aquello que motivó las reglas contenidas en el BGB (**HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 45).

(518) **FEOLA, Maria**. *Le obbligazioni di securité...* *óp. cit.*; p. 28;

(519) *v.* **LARENZ, Karl**. *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico...* *óp. cit.*; p. 55; **BETTI, Emilio**. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; p. 356.

contrato de transporte hasta ahora y, de momento, no pensaba hacerlo, deseando únicamente dejar el vehículo (*protestatio*)⁵²⁰.

Tal como explica Larenz, desde la óptica del estudioso del derecho resalta el problema relativo a la fuente de la “obligación” dada la ausencia, en el caso propuesto, de un contrato, cuya perfección ocurre únicamente luego de que dos personas declaran una a otra su voluntad dirigida a la producción de efectos jurídicos⁵²¹ (de hecho, Haupt parece identificar el acuerdo contractual con la celebración del contrato a través de la secuencia oferta-aceptación⁵²²). Y si bien la voluntad no solo se manifestaba a través de una declaración en forma expresa, sino que la misma podía derivar de un “comportamiento concluyente”⁵²³ (esto es, aquél comportamiento que, de acuerdo al entendimiento general, o del destinatario de la declaración permitía inferir la respectiva voluntad del agente con relación a los efectos jurídicos), tal formulación resultaba exigua para comprender el fenómeno que se escondía detrás de dicho caso⁵²⁴.

En efecto, tomando como comportamiento concluyente la actividad de transporte, la misma (voluntad de celebrar contratos de transporte) resultaba conocible por el público en general (quienes serían destinatarios de la voluntad manifestada mediante dicha actividad). Como señala Larenz, todo funciona⁵²⁵. El problema es que si bien la actividad del empresario de transporte aparecía como comportamiento concluyente, esta adoptaba el cariz de oferta contractual, precisándose entonces el comportamiento del pasajero que pueda ser entendido como “aceptación” de la oferta. Y es que bien visto el asunto, hasta que el pasajero no se haga presente para el cobrador (en tanto representante de la empresa de transporte), no se puede considerar que su comportamiento -subir al tranvía y

⁽⁵²⁰⁾ Ibid.

⁽⁵²¹⁾ **HAUPT, Günter.** *óp. cit.*; p. 45; **LIPARI, Nicolò.** *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia... óp. cit.*; p. 430; resaltando el hecho que en la relación contractual de hecho no se presenta una expresa declaración de voluntad dirigida a asumir deberes, ni tratativas o acuerdos sobre el intercambio de prestaciones, *v.* **DI MAJO, Adolfo.** *Delle obbligazioni in generale... óp. cit.*; p. 195.

⁽⁵²²⁾ *v.* **VARANESE, Giovanni.** “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 13.

⁽⁵²³⁾ Para un sector de la doctrina, en el pensamiento de Haupt parece no hallar espacio la hipótesis de formación del contrato mediante comportamiento concluyente, aun cuando para otro sector de la doctrina ello si quede claro, como alude Larenz, de acuerdo a lo señalado; sobre el punto, *v.* Ibid.

⁽⁵²⁴⁾ **HAUPT, Günter.** *óp. cit.*; p. 46.

⁽⁵²⁵⁾ **LARENZ, Karl.** *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico... óp. cit.*; p. 55.

permanecer allí hasta llegar a su punto- tenga “valor de declaración” (*salvo que se finja que existe aquello que falta*⁵²⁶)⁵²⁷.

A lo dicho podía oponerse que de acuerdo al § 151 BGB, la aceptación de la oferta podía ocurrir, excepcionalmente, sin que la “aceptación necesite ser declarada al proponente”. Pero, en tal escenario, sería necesario ubicar en algún acto la voluntad de celebrar el contrato de transporte. Quedando descartado que el comportamiento del “pasajero” en este caso podía interpretarse como una aceptación, la cuestión pasó por cómo reconocer dicho “comportamiento” en una persona que luego de embarcar el tranvía declaraba no haber querido celebrar ningún contrato (*protestatio*).

El caso propuesto no era el único en su género. La jurisprudencia alemana⁵²⁸ atendió un caso similar.

Dados los efectos nocivos derivados de la falta de espacios para estacionamiento en el centro de Hamburgo, la comuna de dicha ciudad destinó parte de un terreno público para “estacionamiento mediante pago de tasa obligatoria”, delegando (mediante contrato) el control del estacionamiento (comprendiéndose el cobro de la tasa prevista, cuyo valor aumentaba conforme el tiempo de permanencia se extendía) y la vigilancia de los automóviles a una empresa. El “uso especial” del área entregada se encontraba limitada a determinados horarios, siendo que dicha área se identificaba a partir de la colocación de carteles en los que aparecía la siguiente inscripción: “Tasa de estacionamiento obligatoria y vigilancia”, así como por líneas blancas.

En tal contexto, una persona (demandado en el proceso) dejó -en repetidas ocasiones- su vehículo en dicha área, siendo que todas las veces en que era abordado por el vigilante de la empresa, se limitaba a indicar expresamente que rechazaba la vigilancia y el pago de la tasa⁵²⁹ (*protestatio*). A fin

(⁵²⁶) **HAUPT, Günter.** *óp. cit.*; pp. 46-47; **VARANESE, Giovanni.** “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 14.

(⁵²⁷) **LARENZ, Karl.** *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico...* *óp. cit.*; p. 55; **BETTI, Emilio.** *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; p. 356.

(⁵²⁸) BGH, 14 de julio de 1956.

(⁵²⁹) *v.* **LARENZ, Karl.** *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico...* *óp. cit.*; p. 56; **DI MAJO, Adolfo.** *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 195; **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** *Cessão da posição contratual...* *óp. cit.*; p. 257 (nt. 3); **VARANESE, Giovanni.** “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 38.

de justificar su posición, se amparó en el uso común (que los ciudadanos daban a dichas áreas a efectos de estacionar sus vehículos).

Frente a ello, el BGH descartó el recurso al uso común a partir de la consideración que el municipio había limitado tal posibilidad en virtud de la ley a través de la cual se autorizó el destino del área y su función. En base a ello, la pretensión del demandante respecto al demandado del pago de la tasa de estacionamiento de acuerdo a tarifa fue amparado por el BGH al considerar que una relación de uso de derecho privado, conforme a las condiciones de la tarifa, se perfeccionó al haberse colocado -de hecho- el vehículo en el área de estacionamiento durante el periodo de “tasa por estacionamiento obligatoria⁵³⁰”. La disposición interna negativa del usuario (*protestatio*) no resultaba relevante ni siquiera cuando esta era expresada desde un inicio a los trabajadores de la empresa⁵³¹.

Las consideraciones esbozadas por el BGH evocaban finalmente la referida obra de Haupt sobre las relaciones contractuales de hecho, respecto de la cual, la corte alemana opinaba que, sin dejar de lado la realidad (de dicha época) en lo que respecta a la circulación de bienes y la contratación en masa⁵³², esta llevaba a un resultado que corresponde en modo razonable a la manifestación de dichos comportamientos típicos

Corresponde entonces trazar brevemente los hilos conductores que subyacían el pensamiento de Haupt, quien motivado por casos idénticos y similares a los expuestos, se propuso determinar si la concepción sobre la constitución de las relaciones contractuales precisaba ser revisada, sobre todo en aquél extremo que importaba concluir que estas tenían por presupuesto el procedimiento formativo (oferta-aceptación) presente en el BGB⁵³³.

6.1.1.1. Según Haupt, la locución “relación contractual de hecho” presentaba un carácter meramente referencial, en la medida que a partir de la misma se designaba una *fattispecie* compleja,

⁽⁵³⁰⁾ **DI MAJO, Adolfo.** Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 195

⁽⁵³¹⁾ Así pues, se ha señalado que la adhesión al “comportamiento de hecho” tiene como propósito, también, neutralizar la denominada *protestatio facto contraria, v.* Ídem, p. 198; **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 5.

⁽⁵³²⁾ En alusión a los contratos por adhesión y con cláusulas generales, **HAUPT, Günter.** *óp. cit.*; p. 46; **VARANESE, Giovanni.** “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 14.

⁽⁵³³⁾ Ídem, p. 47.

la cual, si bien presentaba en su seno poca afinidad conceptual (“categoría dogmática poco definida⁵³⁴”), contaba como rasgo común u homogeneizador el representar fácticamente un vínculo de naturaleza contractual, el cual, lejos de fundarse en la celebración (acuerdo de voluntades mediante oferta-aceptación) de un contrato, se constituía a partir del acaecimiento de los “hechos” (relaciones jurídicas de derecho contractual derivadas de un *Tatbestand* social vinculante basado en la *praxis* cotidiana)⁵³⁵.

Ahora bien, la *fattispecie* antes enunciada se presentaba (abstractamente) de dos formas: (i) situaciones de hecho en las que ni siquiera podía presumirse la existencia de declaraciones de voluntad tácitas; y (ii) situaciones de hecho en las que si bien aparecía una “voluntad común”, no se podía atribuir a esta el “valor constitutivo” (de contrato) necesario para determinar una relación contractual y su contenido⁵³⁶.

De acuerdo a Haupt, dada la amplia escala que adquiriría la categoría, si es que pudiera llamársele así, de las “relaciones contractuales de hecho”, resultaba imposible presentar la *fattispecie* en forma unitaria y orgánica⁵³⁷. Siendo ello así, Haupt procedió a presentar el fenómeno a partir de su casuística (sobre la cual se encontrará vinculado académicamente⁵³⁸), señalando que existían al menos tres grupos de hechos típicos que componían la *fattispecie*: (i) “relaciones contractuales fácticas en virtud de una obligación de prestación de carácter social”, entre las cuales Haupt refería al contrato de transporte (transporte público, de acuerdo a las características enunciadas líneas atrás); (ii) relaciones contractuales de hecho derivado de “colectividades fácticas” representadas por las relaciones de trabajo y sociedad, las cuales eran fruto de la realización fáctica de prestaciones, sin que para tal efecto haya importado que el contrato de sociedad o de trabajo adolezca de una patología como la nulidad;

(⁵³⁴) *v.* VARANESE, Giovanni. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 9; LIPARI, Nicolò. *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia...* *óp. cit.*; p. 430.

(⁵³⁵) HAUPT, Günter. *óp. cit.*; p. 49; VARANESE, Giovanni. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 14 y 17.

(⁵³⁶) HAUPT, Günter. *óp. cit.*; p. 49; BETTI, Emilio. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; p. 356 y ss.

(⁵³⁷) VARANESE, Giovanni. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 17.

(⁵³⁸) De hecho, Haupt se inmiscuyó en la temática de las condiciones generales de contratación desde el ángulo del sector bancario, para cuyo propósito incluso elaboró una monografía; de igual manera, se encontrará vinculado al sector aéreo y de transporte, al igual que al derecho societario, lo que permite inferir el lugar importante que en la categoría de las relaciones contractuales de hecho ocupará las sociedades de hecho. *v.* Ídem, pp. 18-19.

y; (iii) relaciones contractuales de hecho en virtud de “contacto social” (*Sozial-kontakt*), dentro de las cuales Haupt incluyó los deberes de cuidado y protección “pre-contractuales”; los que, de acuerdo a la doctrina alemana de dicha época, aparecían una vez que se establecía la etapa de negociación (tratativa) contractual⁵³⁹.

6.1.1.2. No siendo esta la sede para explayarnos en torno a cada una de las hipótesis formuladas por Haupt, corresponde exponer brevemente los postulados fundamentales que pueden extraerse de las mismas.

(i) Respecto a este grupo de casos⁵⁴⁰, a los cuales Haupt agrupó a partir de la consideración de un deber social de prestación, debe tenerse en cuenta que representaban en esencia la auténtica manifestación del fenómeno de “contratación” fáctica o de hecho. Al ser una hipótesis clásica en materia de transporte, Haupt planteaba en un primer momento los problemas que podrían surgir si es que se aceptase que la adquisición del boleto por parte del pasajero importaba el momento en que quedaba conformada la relación contractual, y es que como podrá inferirse, ello implicaba que hasta que tal evento no ocurriera -lo cual no necesariamente sucedería al instante luego de haber subido al bus-, cualquier situación perjudicial para el pasajero debería ser atendido bajo la tutela delictual (debiéndose tener en cuenta el problema de la responsabilidad por hechos del auxiliar del BGB)⁵⁴¹. No obstante, y más allá de su conveniencia, lo cierto es que para Haupt no cabía duda que para la constitución del contrato lo esencial no residía en la obtención del boleto de viaje, sino en *el inicio de la ejecución del transporte*⁵⁴².

Dicho esto último, podría conservarse el “esquema negocial” sosteniéndose que la empresa de transporte emitió una oferta al público de contrato de transporte, siendo que cada vez que una persona sube al bus emite una declaración de aceptación de la misma. Sin embargo, para Haupt tal

(⁵³⁹) Cfr. **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; pp. 49-50; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 258 (nt. 3); **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; pp. 28-29; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 19.

(⁵⁴⁰) **ESSER, Josef**. *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“*... *óp. cit.*; p. 88; **LAMBRECHT, Peter**. *óp. cit.*; p. 10 y ss.

(⁵⁴¹) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 62; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 28.

(⁵⁴²) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 62.

construcción aparecía superficial y ficticia⁵⁴³, en la medida que si la voluntad es lo que se expresaba a través de la actividad declarativa, esto invitaría a suponer que tanto la empresa de transporte como el pasajero querían suscribir un contrato de transporte, cuando la realidad distaba de ello, dado que el pasajero solo buscaba “satisfacer una necesidad” (de movilidad) y el transportista cumplir con su obligación de brindar el servicio de transporte de acuerdo a las tarifas y las condiciones aprobadas por la autoridad administrativa⁵⁴⁴. Así pues, en vez de procurar una solución negocial basado en un esquema “contractual” específico, Haupt consideraba necesario aceptar que aquello que resultaba decisivo para la constitución de los recíprocos “derechos y obligaciones” es el *hecho* de subir al bus y utilizar correctamente el servicio de transporte público puesto a disposición por la empresa de transporte⁵⁴⁵.

De acuerdo a Haupt, si bien la categoría de la obligación de contratar, entendida como deber de celebrar un contrato de contenido determinado con el sujeto de derecho en cuyo favor se dispone tal obligación, presentaba un cariz próximo al principio consensualístico del BGB (aunque se excluya “aparentemente” la libertad de contratar), la misma podía ser recompuesta desde la óptica de la relación contractual de hecho, en la que dicha obligación de contratar aparecía como un “deber social de prestación” (*sozialer Leistungsverpflichtung*⁵⁴⁶ - Administración como facilitador de prestaciones o servicios)⁵⁴⁷, el cual garantizaba a su beneficiario no solo pretender la celebración del contrato, sino incluso también a recibir la prestación contractual (*sozialen Daseinsvorsorge*⁵⁴⁸ - asistencia para la existencia), la cual a veces adoptaba la forma de transporte, otras de electricidad, telecomunicaciones, pero siempre vinculado a un servicio público, el cual podía ser llevado a cabo (mediante autorización) por un particular⁵⁴⁹.

(⁵⁴³) Ibid; **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 28.

(⁵⁴⁴) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 62.

(⁵⁴⁵) Ibid.

(⁵⁴⁶) **ESSER, Josef**. *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“...* *óp. cit.*; p. 88; **LAMBRECHT, Peter**. *óp. cit.*; p. 10.

(⁵⁴⁷) *v.* **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; pp. 28-29.

(⁵⁴⁸) **ESSER, Josef**. *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“...* *óp. cit.*; p. 88; **LAMBRECHT, Peter**. *óp. cit.*; p. 10.

(⁵⁴⁹) Ídem, p. 63; **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 29; **BETTI, Emilio**. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; pp. 356-357.

Ahora bien, independientemente de la crítica que podía formularse al planteamiento de Haupt y el valor de la llamada “obligación de contratar”, la colocación del “hecho” como elemento constitutivo para la conformación del contrato (comportamiento social profundamente arraigado en un determinado momento y espacio y en un específico Estado), y por ello el despliegue de la actividad en su favor, resultaba una cuestión propia e inherente a cada ordenamiento jurídico, en donde el valor “negocial” del comportamiento dependía del intérprete, y la obligación de contratar podía variar en medida y extensión de acuerdo a cada realidad. En este caso, el intérprete era Haupt, y el momento y lugar era Alemania de inicios de la década de 1940, de acuerdo a las consideraciones que ya tuvimos ocasión de anotar.

En dicho contexto, abordar un tranvía debía ser entendido como expresión de “voluntad”, siendo esta última, en tanto elemento inescindible a las declaraciones válidas, presumida (o mejor dicho, asumida) a partir del ejercicio del comportamiento típico. Se podría decir pues que el rígido “dogma” clásico del acuerdo como encuentro de voluntades erosionó con la aceptación de las *faktische Vertragsverhältnis*, y ello no porque se prescindiera del elemento “aceptación” (en la formación del acuerdo contractual) sino porque el mismo podía no ser expresado (en forma expresa o tácita) por quien abordaba el bus y pese a ello adquirir valor negocial si es que este último comportamiento (no concluyente) reportaba (o debía reportar) un valor negocial “equivalente” a la voluntad. A nuestro criterio, esto último significaría en adelante una expresión de la desacralización de la noción de contrato y sus postulados fundamentales.

Ahora bien, lo cierto es que la secuencia *obligación de contratar* (en el que la voluntad del transportador podía ser asumida por el solo hecho de proveer el servicio mismo) - *hecho socialmente típico* (comportamiento ejecutado que connotaba voluntad de acuerdo a la “conciencia social alemana”), si bien se presentaba como un esquema híbrido que motivaría la posterior revisión de la noción de contrato y sus principios, no constituía un “híbrido” del contrato (en tanto categoría jurídica), sino más bien un contrato “híbrido”, pero que más allá de dicho “detalle”, y en última instancia, resultaba siempre un contrato. En este caso, no nos encontramos ante una *relación específica* sino más bien ante una auténtica *Vertragsverhältnis*.

(ii) Según Haupt, son expresión de las relaciones contractuales de hecho presentes en las relaciones comunitarias la denominada *societad de hecho* y la *relación de trabajo de hecho*⁵⁵⁰.

Respecto al primero, la hipótesis ocurría en la relación jurídica entre socios, respecto a la cual se develaba posteriormente la nulidad del contrato social (*ab origine*). En este caso, Haupt señalaba que la relación comunitaria se presentaba suficientemente “fuerte” al punto que la nulidad que jurídicamente no podía ser ignorada se veía soslayada desde un plano fáctico⁵⁵¹.

Para Haupt, la relación de trabajo (*Arbeitsverhältnis*) constituía otro ejemplo de la fuerza constitutiva de la inserción de hecho en una comunidad. En efecto, para dicho autor, el foco nodal que permitía apreciar la existencia de dicha vinculación radicaba en la hipótesis en que el contrato de trabajo adolecía de nulidad⁵⁵².

Respecto a ello, este autor dio cuenta que los estudios de derecho público ceñían la relación de trabajo de hecho al asunto relativo a la seguridad social; en el ámbito civilístico, se creyó dotar a tal caso de la disciplina de la relación extracontractual, aunque con ello no se haya llegado a resultados satisfactorios. Finalmente, otros sectores de la doctrina intentaron ver en esta *fattispecie*, aunque equívocamente, un acuerdo contractual⁵⁵³.

En medio de este entramado, Haupt advirtió que la promulgación de la *Gesetz zur Ordnung der nationalen Arbeit* de 20 de enero de 1934, significó el desplazamiento del acuerdo contractual de su lugar de privilegio, el cual pasó a corresponderle a la circunstancia fáctica, siendo expresión de ello que una multiplicidad de efectos y la propia fisonomía de la relación laboral se determinen en virtud del ordenamiento y no así como consecuencia de un pacto entre el empleador y el trabajador⁵⁵⁴.

(550) **HAUPT, Günter.** *óp. cit.*; p. 57; **ESSER, Josef.** *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“...* *óp. cit.*; p. 88; **BETTI, Emilio.** *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; p. 360 y ss.; **LIPARI, Nicolò.** *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia...* *óp. cit.*; p. 430 y ss.; **DI MAJO, Adolfo.** *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 198 y ss.; **LAMBRECHT, Peter.** *óp. cit.*; p. 9; **VARANESE, Giovanni.** “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 24. **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 5.

(551) *v.* **FEOLA, Maria.** *Le obbligazioni di sécurité...* *óp. cit.*; p. 29; **HAUPT, Günter.** *óp. cit.*; p. 57.

(552) *Ídem*, p. 60; **LAMBRECHT, Peter.** *óp. cit.*; p. 9.

(553) *Ibíd.*

(554) *Ídem*, p. 61.

El giro del *acuerdo* al *hecho* no significó un hecho accidental, al contrario significó el relego del “acuerdo” como factor constitutivo de la relación contractual, y con ello, la propia relación de obligación. Fue esta tendencia la que, máximizada con la obra de Stoll, terminó perfilándose en la doctrina alemana de la década de 1940, al punto que el elemento factual, pero más propiamente, el relego del acuerdo, no solo trascendió en el *aspecto formativo* de la relación sino también en la propia *determinación* de su contenido, abriéndose con ello un campo amplio para desentrañar los confines de las fuentes de integración contractual, que como veremos en adelante, sirvió como técnica de la doctrina para estudiar los fenómenos que como los «deberes de protección» no parecían ser auténticamente resultado de un consenso.

(iii) A diferencia de las dos hipótesis tratadas anteriormente, en donde al estar en realidad frente a contratos se planteaba una pretensión al cumplimiento (*in natura*)⁵⁵⁵, la tercera hipótesis representa un caso *sui generis* dentro del tratamiento de la categoría de la relación contractual de hecho, y más precisamente, dentro del sistema de la relación de obligación, sea por su fisonomía como porque de ella derivaría una pretensión (*en equivalente*) al resarcimiento⁵⁵⁶.

Desde que Stoll había formulado la existencia de los «deberes de protección» habían transcurrido nueve años en los que la doctrina alemana comenzó un álgido proceso de recomposición del contenido de la relación de obligación. En buena cuenta, ello resultaba ser un complemento al agitado devenir doctrinario presente en Alemania en torno a la *c.i.c.* durante las primeras décadas de 1900. La colocación de los «deberes de protección» *al lado de* la *c.i.c.* fue consecuencia no solo de la doctrina posterior a Stoll, sino que en gran parte se debió a este último plantear la posibilidad de existencia de un vínculo que, superado el esquema rígido e independiente de tratativas-celebración de contrato, comenzara antes y se prolongara incluso hasta después de que se haya ejecutado los deberes contenidos en la relación de obligación (*v.* Cap. III).

En esa perspectiva, y con las consideraciones ya formuladas en torno a la *relación específica*, el *Organismus* obligatorio, en tanto efecto del contrato, presentaba fisiológicamente en ambas etapas las

⁽⁵⁵⁵⁾ CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco... óp. cit.*; p. 5.

⁽⁵⁵⁶⁾ Ídem, p. 6.

posiciones jurídicas que conformaban su contenido, las cuales se irían manifestando en forma progresiva en función a estas, siendo ejemplo de ello el caso del deber primario de prestación, el cual se reducirá a la etapa “ejecutiva” o “contractual”. No obstante, para que la hipótesis antes formulada cobre relevancia se precisaba que al menos en algún grado la relación de obligación y, específicamente, las posiciones jurídicas contenidas en esta, se manifestasen en la etapa de tratativa o pre-contrato, a efectos de advertir ahí un “rasgo” o “huella” de la relación de obligación (y en general, de un vínculo intersubjetivo de relevancia jurídica).

Atendiendo a la formulación de Stoll, el principal candidato a desempeñar una función de “ancla” entre ambas etapas era el «deber de protección». La protección del *Schutzinteresse* que justificaba el consecuente “deber” en la esfera de ambas partes no precisaba de un deber de contenido positivo (o de prestación), no siendo por tanto necesariamente referenciable en la etapa de “ejecución” del contrato, sino que su particular configuración -la cual presentaba una ductilidad propia de una posición jurídica *sui generis*- era susceptible de ser concebida incluso dentro de la etapa de tratativas contractuales, en donde si bien la finalidad de la misma (celebración del contrato) difería notoriamente de la función de protección inherente a los *Schutzpflichten*, nada obstaba a considerar que ambos tratantes se “debían” la guardia y cuidado de sus bienes personales y patrimoniales.

Confirmada la extensión de la relación de obligación a la fase pre-negocial, ocurrió que el problema devino en el “surgimiento” de dicha etapa, tomando en consideración la ausencia de declaraciones de voluntad propias del acuerdo contractual.

Para graficar lo anterior, Haupt comenzó por hacer referencia al caso de los rollos de linóleo (*Linoleumrollenfall*) decidido por el RGZ en 1911, en donde luego de haber seleccionado el linóleo preferido, una señora y su menor hijo sufrieron lesiones corporales como consecuencia de la caída

de dos rollos de linóleo⁵⁵⁷. En dicho caso, el tribunal justificó la solución contractual en base a que el incidente ocurrió una vez acreditada la existencia de una relación contractual iniciada con las tratativas (para la adquisición) entre vendedor y cliente⁵⁵⁸. El valor que la jurisprudencia alemana dio a la “circunstancia casual” de que el incidente suceda luego de que el vendedor haya comenzado a atender al cliente fue trascendental, dado que en otro caso, un incidente similar dentro del propio *store*, no ameritó la misma solución por el solo hecho de que entre el vendedor y el cliente no hubo interacción lingüística. En ambos casos quedaba claro que no existía un contrato bajo el molde de la oferta-aceptación⁵⁵⁹.

En dicho contexto, Siber había propuesto una conclusión similar a la del primer caso, pero basado en la existencia de un “contrato preparatorio”, independientemente del inicio de las tratativas⁵⁶⁰. Este contrato debía fundarse con la invitación del comerciante al cliente, materializado con su apertura a iniciar tratativas, de modo que el primero asumiría la obligación de mantener su local abierto al público con las condiciones necesarias para no poner en riesgo la seguridad del público en general⁵⁶¹. Como refiere Haupt, aun cuando Siber pudiese prever que su posición sería vista como ficticia, en su consideración ello no obstaba a descartarla, sirviendo para tal efecto lo previsto en el párrafo 157 BGB; esto es, la interpretación no propugnaba determinar la voluntad interna, sino solo la adecuación de aquello interpretado al criterio de la buena fe según los usos del tráfico⁵⁶².

Dicho “contrato de conservación”, cuya finalidad no sería otra que preservar la esfera jurídica del cliente, se conformaría con la oferta realizada por cada titular de local comercial, banco, restaurant,

(⁵⁵⁷) En este caso, el hecho (accidente) resultó atribuible al empleado del almacén, quien en su intento por descender el rollo de linóleo escogido por la señora desde su elevada posición, no advirtió el peligro al que exponía a ambas personas con su arriesgada maniobra de superposición de otros dos rollos de linóleo, siendo la caída de estos lo que finalmente provocó los daños referidos. El RGZ (7 de diciembre de 1911, 78, p. 239 y ss.) reconoció en ese entonces, incluso dos décadas antes de la obra de Stoll, la existencia en “una relación jurídica” en la que surgen deberes de cuidado (*Sorgfaltspflichten*) frente al otro *partner* pre o contractual, y cuyo surgimiento se afirma por la realidad de los hechos fácticos. Dan cuenta de la importancia del caso, entre otros, **FROST, Marina**. *óp. cit.*; p. 79; **LARENZ, Karl**. *Culpa in contrabendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”*. Trad. de Karina Nunes Fritz. En: *Rev. dir. priv.*, 34, 2008, pp. 346-347.

(⁵⁵⁸) **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 20.

(⁵⁵⁹) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 50; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 19.

(⁵⁶⁰) Sobre el punto, *v.* Cap. III.

(⁵⁶¹) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 50.

(⁵⁶²) *Ibid.*

a través de su apertura al público en general, quienes al ingresar, y como consecuencia de ello, aceptarían tácitamente la misma⁵⁶³. No obstante, para Haupt toda persona que ingresaba a alguno de los locales indicados no pretendía celebrar un “contrato de conservación” con el dueño del mismo. Sostener lo contrario (presunción de voluntad) sería recurrir a una ficción. En realidad, para este autor, lo que quedaba claro era la ausencia de voluntad, correspondiendo, más bien, poner el acento en los hechos considerados en forma objetiva⁵⁶⁴.

Ahora bien, según Haupt, si bien era posible proponer que el asunto en cuestión (daños sufridos como consecuencia del ingreso a local comercial) debía resolverse en base a las reglas del ilícito civil, ello sería un despropósito⁵⁶⁵. La razón de ello radicaba en que quien ingresaba a dicho espacio (o potencial cliente) no era un (simple⁵⁶⁶) tercero cualquiera (o, en la terminología de otro autor, *alguien que anda por ahí*⁵⁶⁷) respecto del cual solo surgía la relación jurídica *una vez* que ocurría el daño. Al contrario, adoptar tal posición conllevaba a atribuir escasa importancia a la peculiaridad de la situación de hecho, pese a que no se podía negar la inexistencia de un contrato celebrado mediante oferta-aceptación⁵⁶⁸. La relación jurídica se colocaría, por así decirlo, entre el *contract* y el *ilícito* (relación jurídica de fuente no contractual)⁵⁶⁹. Como dice Haupt, acá se presentaba una laguna en el sistema del BGB⁵⁷⁰.

Sin negar nada de lo dicho anteriormente, Haupt afirmaba que si se decidiera regular estos casos desde la óptica del contrato, no contribuiría a ello la construcción de esquemas ficticios, siendo

(563) Ídem, p. 51; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 21.

(564) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; p. 51; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 21.

(565) *v.* Ídem, p. 20.

(566) **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 29; **VARANESE, Giovanni**. “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; p. 20.

(567) **CASTRONOVO, Carlo**. *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*... *óp. cit.*; p. 332.

(568) **HAUPT, Günter**. *óp. cit.*; pp. 51-52.

(569) A título enunciativo, dado que es un tema sobre el cual incidiremos más adelante, *v.* **LORENZ, Werner**. “Some thoughts about contract and tort”... *óp. cit.*; p. 86 y ss.; **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coleção Teses. Coimbra: Almedina, 1989, p. 457 y ss.; ID. *Responsabilidade por informações face a terceiros*. En: Boletim da Faculdade de Direito, 1997, p. 35 y ss.; **BUSNELLI, Francesco Donato**. *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte*... *óp. cit.*; p. 539 y ss.; **CASTRONOVO, Carlo**. “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto”... *óp. cit.*; p. 147 y ss.; entre otros.

(570) De ahí que se señale que la doctrina de la relación contractual de hecho propugna la identificación de una laguna y el modo de colmarla, *v.* **DI MAJO, Adolfo**. Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 197.

preferible aceptar una premisa que resultaba significativa y ofensiva para con la tradición: el reconocimiento de *relaciones contractuales sin contrato*. Así pues, la particular relación social que nacía en modo típico entre los interesados los colocaba en un plano distinto a la mera coexistencia neutral de “terceros”, presentándose entre uno y otro *partner*, una relación a la que, respecto al resarcimiento del daño y también frente a los otros deberes que surgen entre estos, la regla del contrato aparecía más idóneo a aquél del acto ilícito⁵⁷¹. Sin embargo, el elemento que daría lugar a esta relación no era el acuerdo negocial, sino el *hecho* -objetivo- del contacto social.

En base a la experiencia de la *c.i.c.*, esta relación contractual de hecho en virtud de contacto social tendría por contenido deberes de conservación, a los cuales se agregarían deberes de aviso e información. Finalmente, si luego se llegase a la celebración del contrato principal u objetivo, este no se sobrepondría a la precedente relación contractual de hecho, sino que se vincularían en una unidad orgánica (en clara afinidad al *Organismus* obligatorio, también, de Siber).

6.1.1.3. A partir de lo expuesto⁵⁷², queda claro que la vinculación intersubjetiva en la teoría de Haupt ocurría en virtud del *Sozial-kontakt* instaurado como consecuencia de las actividades propias de los integrantes de la colectividad social. Dicho “contacto” significaba que en ocasiones los sujetos veían expuestas sus esferas jurídicas como resultado de las relaciones sociales que se instauraban como consecuencia del desarrollo de la vida en sociedad, debiéndose reconocer en tales casos la existencia de una relación contractual de hecho fundada en el valor interpretativo del contacto social. De este modo, el reconocimiento de una relación de hecho en aquellos casos de vinculación por contacto social permitía advertir en tales escenarios un *Faktischen Vertrag*.

Tomando en cuenta lo señalado, debemos hacer énfasis en que en el esquema de Haupt - que, como veremos, se distinguirá de la posterior evolución de la temática en cuestión- el contacto social, en tanto fenómeno “de hecho” que dotaba de relevancia a la vinculación intersubjetiva de los

(⁵⁷¹) **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 29; añadiendo además que Haupt descarta la responsabilidad *ex delicto* en razón a la “debilidad” del régimen extracontractual, *v. VARANESE, Giovanni.* “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”... *óp. cit.*; pp. 20-21.

(⁵⁷²) Lo anterior también resulta extendible al otro supuesto estudiado por Haupt, el denominado transporte de cortesía; *v. HAUPT, Günter.* *óp. cit.*; p. 53 y ss.

ciudadanos en general en circunstancias “especiales”, fundaba no una mera “relación” (ni tampoco una *relación específica*) sino una auténtica relación (de confianza⁵⁷³) contractual (poniéndose el énfasis sobre este punto⁵⁷⁴), siendo por tanto efecto de este último el *Organismus* obligatorio; al menos en aquello concerniente al «deber de protección» y cuidado de la esfera jurídica ajena.

Independientemente de estar dentro del esquema de Haupt ante un *Faktischen Vertrag* (en estricto, un contrato), lo cierto es que, a nuestro criterio, la relación de hecho en estricto no representaba -en el extremo de la conformación del acuerdo- un contrato (partiendo del dogma del acuerdo), siendo que el hecho de ubicar al *Sozial-kontakt* como fuente del mismo nos permite advertir un fenómeno -en esencia- mucho más trascendente que dotar de una disciplina jurídica (esquema contractual) a una circunstancia “novedosa” del “moderno tráfico jurídico”: la desacralización del contrato a partir de sus dogmas⁵⁷⁵ y de la relación de obligación a partir de su fisonomía, la cual situada en la etapa pre-contractual, y asumida la existencia del *vinculum iuris*, presentaba un contenido “negativo” o de “protección” en defecto de aquél “positivo” de “prestación”. Pero no solo ello, sino que la propia particularidad del “contacto social”, el cual en cierto modo parecería escindirse del esquema del “contrato de hecho”, motivó a que otro autor, Dölle⁵⁷⁶ -como veremos más adelante- sustraiga esta última hipótesis de la doctrina de Haupt, reconduciéndola, en términos de *fattispecie* autónoma, al concepto de responsabilidad por “contacto social”⁵⁷⁷.

En lo que atañe exclusivamente al desarrollo dógmatico de los *Schutzpflichten*, la identificación de una relación contractual de hecho de contenido negativo en la etapa prenegocial significó una

(573) **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 29.

(574) **ANGELICI, Carlo.** *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof.* En: *Riv. dir. comm.*, I-II, 1977, p. 29.

(575) Era una época en donde incluso la categoría del derecho subjetivo venía siendo objeto de fuertes críticas, de modo que no sorprende que un autor de indiscutible autoridad haya afirmado que la relación contractual de hecho supone una amenaza a desacreditar la categoría del contrato; en ese sentido, v. **LEHMANN, Heinrich.** *Das «faktische» Vertragsverhältnis...* *óp. cit.*; p. 131 y ss. Para Betti, las relaciones contractuales de hecho corresponden a la idea de autonomía privada dentro de los límites en que esta encuentra su propia base en un comportamiento típico-social de los interesados. Así pues, dentro de tales límites, la fuente de la relación obligatoria (de hecho) puede ser calificada de naturaleza negocial, aun cuando esta no encaje ciertamente en la calificación de “contrato-acuerdo” según el sentido moderno, representando en cierto modo, a raíz de su orientación unilateral, un retorno al originario sentido del “contrahere obligationem”. v. **BETTI, Emilio.** *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; p. 371.

(576) Nos referimos a la ya citada obra de **DÖLLE, Hans.** *Aussergesetzliche Schuldpflichten...* *óp. cit.*; p. 67 y ss.

(577) v. **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 6.

extensión de la teoría de Stoll (aunque intuido por este) de naturaleza temporal, perfilándose la existencia de un *iter* dentro del *Schuldverhältnis* que daba la posibilidad de que los «deberes de protección» y de cuidado aparezcan en momentos sucesivos sin que importe para tal efecto, y como resultaba natural, un deber primario de prestación.

Por último, y con el bagaje de la teoría de Haupt, al menos en lo que respecta a la presente hipótesis, corresponde cuestionarse si es que dicho *iter* advertido por Siber y Stoll, y reafirmado por Haupt, es aquello que, siguiendo al autor de los «deberes de protección», hemos catalogado como *relación específica* y a la que aún no hemos dedicado un análisis especial. Sin embargo, para responder ello, resulta indispensable seguir con la evolución de la doctrina alemana en torno al contrato y a la relación de obligación; instituciones que, como cabe reafirmar, iban presentando “patologías” cuyos “remedios” solo terminaban por reformularlas estructuralmente desde sus postulados básicos hasta su eventual configuración, y que al parecer, como señala Haupt, no abarcaban suficientemente todo el universo de fenómenos de carácter obligatorio, formulándose con ello la existencia de una zona de confín entre el *contrato* y el delito.

En síntesis, y para efectos del presente trabajo, la valía de la obra de Haupt debe ser ubicado en al menos cuatro aspectos fundamentales: (i) la desacralización del contrato a partir de los alcances del dogma del “consenso” o “acuerdo”; (ii) el giro del *acuerdo* al *hecho*, y su valor como elemento (adicional) constitutivo de las relaciones de obligación, y la trascendencia del fenómeno factual; (ii.1) ... las prestaciones sin obligación y su reconducción al esquema contractual; (iii) la extensión temporal de la relación de obligación, la cual no solo resulta efecto del contrato, sino que también se encuentra presente en las relaciones pre-contractuales derivadas del contacto social; (iii.1) ... y la consecuente postulación de la existencia de un «deber de protección» *in contrahendo*; (iv) la hipotética existencia de una zona gris entre el *contrato* y el *ilícito* en la que se situarían las denominadas *relaciones contractuales sin contrato*, y que correspondería a un plano distinto; (iv.1) ... y la solución contractual a partir de la categoría del tercero y la vinculación de hecho.

Lo cierto es que aquello que en Haupt resultó fundamental cobraría igual importancia para el desarrollo subsiguiente de la doctrina alemana, la cual incidirá sobre los postulados presentes en la obra de Haupt y profundizará sobre la teoría de Stoll, como veremos a continuación.

6.1.2. Un ejemplo del complejo encuentro entre la doctrina y la realidad alemana, a propósito de los «deberes de protección», es el denominado *contrato con efectos de protección a terceros*, cuya configuración y desarrollo, en tanto categoría doctrinaria, yace en Alemania a inicios de la segunda parte del siglo XX, aunque su reconocimiento deba ser atribuido a la jurisprudencia alemana de las primeras décadas de dicho siglo, siendo por tanto imprescindible, al igual que para las demás instituciones estudiadas en este trabajo, presentar en forma sucinta su desarrollo y posterior posicionamiento como “extensión” de los «deberes de protección», a fin de comprender en forma cabal su real significado y trascendencia.

La relación de obligación, en tanto efecto del contrato, se encontraba sumamente vinculada a este último en lo que respecta a la particular concepción que la doctrina iba configurando de la misma. Ello quiere decir que si, como tuvimos ocasión de enfatizar, los dogmas del contrato fueron sometidos a controversia a propósito de la categoría de las relaciones contractuales de hecho, no debe sorprender en modo alguno que, como parte de dicha tendencia, la relación obligatoria, o más precisamente, el contenido del mismo, se redefina en su margen de actuación o límites.

Luego de la obra de Haupt, el resquebrajamiento de la noción de contrato construido a partir del dogma del acuerdo de voluntades se encontraba en ebullición. Pero no solo ello, sino que el desplazamiento del acuerdo de voluntades al hecho como elemento constitutivo de una relación

contractual trajo consigo que un principio de *larga data* en Europa Continental sea objeto de revisión: el principio de relatividad del contrato⁵⁷⁸.

6.1.2.1. Partiendo de la premisa que la autonomía de los particulares se *manifiesta* a través de la actividad de autoreglamentación que los privados ejercen en comunión (voluntaria) y cuyos efectos se limitan relativamente a quienes se ven inmersos en aquella (y por tanto presentan interés en dichos efectos)⁵⁷⁹, el contrato, en tanto expresión de autonomía, o más precisamente, sus efectos, solo podría incidir o afectar las esferas jurídicas de los *partners* contractuales, quedando proscrito que estos puedan alterar las respectivas esferas jurídicas de quienes no revisten tal condición; estos serán, por exclusión, terceros (*Dritte*) “ajenos” al contrato (y a sus efectos).

Cuando este principio de largo abolengo (fruto del adagio *Res inter alios acta aliis ne que nocere ne queprodesse potest*) fue acogido por el *Code Napoléon* en su artículo 1165 -“*Les conventions n'ont d'effet qu'entre*

(⁵⁷⁸) Consúltese, sobre todo, en la doctrina francesa, **SAVATIER, René**. *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*. En: RTD Civ., 1934, p. 525 y ss.; **GOUTAL, Jean-Louis**. Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ, 1981, *passim*; **BACACHE-GIBEILLI, Mireille**. La relativité des conventions et les groupes de contrats. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ, 1996, *passim*; **GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine**. *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*. En: RTD Civ, núm. 2, 1994, pp. 275-285; **DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe**. Le tiers à l'acte juridique. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ, 2000, *passim*. Recientemente, el *Relativitätsprinzip* ha sido en Alemania por **HASSEMER, Michael**. Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen: zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht. Tübingen: Mohr Siebeck, 2007, p. 13 y ss. (especialmente).

(⁵⁷⁹) *v.* **CASTRONOVO, Carlo**. Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 190.

les parties contractantes...”⁵⁸⁰, y en el párrafo 328 y siguientes del BGB⁵⁸¹, este devino en fórmula legal (de “construcción legislativa” habla nuestra doctrina⁵⁸²) y por tanto los diversos sistemas, más allá de sus particularidades, comenzaron a concebir una vinculación entre el contrato y los terceros.

Ahora bien, fue el carácter “inveterado” de tal principio (de *príncipe universel* habla la doctrina francesa⁵⁸³), cuyos antecedentes históricos debe ubicarse en la época romana, el que propició que, aunado a su condición “normativa”, aquellas hipótesis en donde los “efectos” del contrato

(⁵⁸⁰) A partir del cual la doctrina ha extraído dos principios de igual importancia: (i) principio de efectos obligatorios entre partes; y (ii) principio de oponibilidad hacia terceros de los efectos del contrato. Esto es: (i) los contratos no presentan fuerza obligatoria sino entre las partes -efectos internos-; y (ii) estos son oponibles a terceros -producen efectos externos respecto de terceros-. *v.* **BOUDOT, Michel**. “La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent”. En: BOUDOT, Michel, Marianne FAURE-ABBAD, Didier VEILLON. *L'effet relatif du contrat*, LGDJ, 2015, p. 1 (de la versión mecanografiada); **FEOLA, Maria**. “L'obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; pp. 142-143.

(⁵⁸¹) Como se sabe, la contraposición entre derechos de crédito y derechos reales es moderna, a pesar de que tiene raíces en el Derecho Común y, más aún, en el Derecho Romano. Naturalmente, en un autor como Savigny, esta contraposición se hizo manifiesta, derivando los derechos reales al dominio (de la voluntad) sobre una cosa y al crédito a un dominio parcial sobre el deudor. Ahora bien, en el desarrollo de las pandectas, el predominio de las concepciones clásicas de derechos reales llevó a acentuar a la mediación como característica de las obligaciones. El paso a las concepciones modernas que, respecto de los derechos reales, observaban un poder absoluto, *erga omnes* o *adversus omnes*, significó proyectar en las obligaciones una característica inversa: su relatividad. La relatividad en las obligaciones estaba implícitamente sostenida desde Savigny, en el sentido que la misma representaba una relación jurídica entre dos personas determinadas; relación que, al contrario, no se encontraba presente en los derechos reales (al poder ser opuestas a todos, se destaca su carácter absoluto). Lo cierto es que tal distinción quedó consagrada en el BGB, en el que su Libro II regula el “Derecho de las Relaciones Obligatorias”, por oposición al Libro III, en el que consta el “Derechos de las Cosas”. Así pues, puede plantearse algunas notas en torno a las diferencias existentes entre ambos institutos: (i) en el derecho de crédito habría una verdadera relación jurídica entre dos personas determinadas: el acreedor y el deudor; por el contrario, en el derecho real surgiría o una relación de aprovechamiento de la cosa o una “relación” universal: en ambos casos sería absoluto; (ii) en el derecho de crédito, el acreedor está legitimado para exigir el cumplimiento al deudor y solo a su deudor; por el contrario, en los derechos reales, el titular puede obtener la restitución de la cosa de parte de cualquier tercero, así como también de cualquier tercero puede procurarse el respeto de su condición de titular de un derecho real; (iii) en el derecho de crédito, solo el deudor puede incumplir incurriendo en responsabilidad contractual; en cambio, en los derechos reales, cualquier persona puede hacerse de la cosa, sujetándose cuando ello suceda a la responsabilidad aquiliana. Respecto a este punto, *v.* **CORDEIRO, António Menezes**. *Tratado de Direito Civil Português II/IV...* *óp. cit.*; p. 357.

(⁵⁸²) *v.* **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. *El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil*. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte – Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991, p. 105.

(⁵⁸³) **BOUDOT, Michel**. *óp. cit.*; p. 3; **FEOLA, Maria**. “L'obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 142. En nuestro *medio*, adoptando tal principio cuya fuente emanaría del art. 1363 del Código Civil de 1984, *v.* **ARIAS SCHREIBER, Max**. *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*. Tomo I. Tercera edición. Lima: San Jerónimo Ediciones, 1988, p. 113; **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. *El contrato en general*. Primera Parte/II... *óp. cit.*; p. 108 y ss.; bajo el Código Civil de 1936, y su art. 1329, **LEÓN BARANDIARÁN, José**. *Comentarios al Código Civil peruano III...* *óp. cit.*; p. 47 y ss.; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. *Derecho Civil. Obligaciones y contratos*. Versión taquigráfica. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, 1937, f. 22 y ss. (de la parte correspondiente a contratos).

ciertamente incidían sobre la esfera jurídica de terceros fueran concebidas -o mejor dicho, calificadas- bajo la impronta de la *exception au principe*.

Sin duda, lo anterior fue reflejo de la experiencia francesa, en donde el rol de la *exception* fue expresión de una clara tendencia por limitar la injerencia en la esfera ajena; no obstante, la realidad fue distinta en Alemania, en donde sí se admitió con carácter general la producción de efectos jurídicos sobre la esfera ajena. En cualquier caso, lo cierto es que en uno u otro sistema, el contrato sí podía producir efectos respecto a terceros; en un caso “excepcionalmente”, en el otro no.

La particularidad anotada puede verse reflejada en la configuración del instituto del “contrato a favor de terceros”⁵⁸⁴(acogido en nuestro sistema⁵⁸⁵, referenciable en otros bajo la rúbrica “*Stipulation pour autrui*” o “*Vertrag zugunsten Dritter*”), el cual representa en la tradición francesa la clásica *exception au principe*, y cuya particular configuración (aceptación del beneficiario), permite advertir en este una absoluta limitación a la producción de efectos jurídicos en la esfera ajena. Y es que un sistema en donde el efecto ocurre con la aceptación previa se muestra diametralmente opuesto a otro en donde la incidencia prescinde de ello. Esta particular circunstancia que distingue al sistema francés del alemán cobrará una marcada importancia en lo sucesivo.

6.1.2.2. Enfocándonos de momento en la experiencia alemana, y tomando en cuenta lo señalado, no resulta sorprendente afirmar que la *Vertrag zugunsten Dritter*, tal cual fue positivizada, sirvió

(584) *v. VAGNI, Laura. Il contratto a favore di terzi nella comparazione «Common Law – Civil Law»: dallo «ius commune» al diritto privato europeo. En: Riv. trim. dir. proc. civ., 2005, p. 1214.*

(585) En línea con lo planteado en la nt. 241 del presente trabajo, efecto de tales estipulaciones en favor de terceros será que el tercero adquiera el derecho “eficazmente” con el solo acuerdo del promitente y el estipulante, en línea con lo dispuesto en el BGB, a diferencia de la regla que prescribe la necesaria aceptación previa del tercero (para que pueda exigir el cumplimiento del promitente) y que impera en el *Code*. Adhiriéndose a la primera tendencia, el art. 1458 del Código Civil de 1984 siguió la orientación alemana, no precisándose de la aceptación previa del tercero (pero si pudiendo existir, a contrario, el rechazo del derecho conferido), descartando de este modo la solución francesa; en ese sentido, *v. FORNO FLÓREZ, Hugo. El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena... óp. cit.*; p. 179 y ss.; en contra, **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. XV. Segunda Parte – Tomo V. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991, p. 427 y ss.; y en adhesión a la solución alemana incluso durante la vigencia del Código Civil de 1936, **LEÓN BARANDIARÁN, José**. Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; p. 109 y ss.; y, sobre todo, **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 23 y ss. (de la parte correspondiente a contratos), quien luego de haber reconocido que el Código Civil de 1852 acogía la máxima romana de la intangibilidad de la esfera del tercero (hasta que no haya aceptación), afirmaba que el modelo del Código Civil de 1936 yacía en forma directa en el Código Civil de Brasil de 1916, y con ello, indirectamente, el BGB. La clara posición de este autor quedó consagrada incluso en el Segundo Anteproyecto del Libro Quinto del Código Civil (art. 325 y ss.), del cual fue artífice.

como “vehículo” para un propósito “mayor”: la extensión de “los efectos” del contrato hacia terceros incluso cuando ello no se encontraba expresamente previsto en la normativa, de acuerdo a las consideraciones que a continuación formularemos (y que expondrán una tendencia progresiva a la erosión del referido principio⁵⁸⁶).

Como tuvimos ocasión de anotar, durante la primera mitad del siglo XX, existía una tendencia en la doctrina y jurisprudencia alemana por repensar las hipótesis dañosas que en ejecución del contrato podían presentarse y perjudicar a alguna de las partes del mismo. En un primer momento, la sistematización de tal problemática, propuesta y solución correspondió a Stoll bajo la impronta de la reconfiguración del sistema de lesión del derecho de crédito en el seno del *Schuldrecht*. Sin embargo, en línea con lo que también hemos tenido oportunidad de comentar, los “casos” que configuraban dichas hipótesis dañosas no fueron consecuencia de la teoría de Stoll (siendo lo mismo aplicable para la obra de Haupt), sino viceversa. Se puede decir que en un primer momento el acercamiento al problema yace en un método casuístico-inductivo, a partir del cual surgió un pensamiento específico que en la obra de Stoll adoptó la forma de “regla” (deductiva). Lo propio sucedió con la doctrina del contrato con efectos protectores hacia terceros⁵⁸⁷.

En efecto, en ocasiones, durante o a propósito de la ejecución del contrato, ciertos terceros “cercanos” a las partes contractuales eran “víctimas” de daños de naturaleza patrimonial (bienes) o

⁽⁵⁸⁶⁾ Cfr. **MOSCATI, Enrico**. *I remedi contrattuale a favore de terzi*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 2003, p. 355.

⁽⁵⁸⁷⁾ Al respecto, en la doctrina alemana, v. p.e. **GERNHUBER, Joachim**. “Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe”. En: FS. Nikisch. Tübingen: Mohr Siebeck, 1958, pp. 249-274; ID. *Gläubiger, Schuldner und Dritte: Eine Kritik der Lehre von den „Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte“ und der Rechtsprechung zum „Haftungsausschluß mit Wirkung für Dritte“*. En: JZ, núm. 18, 1962, pp. 553-558.; **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen... óp. cit.*; p. 475 y ss.; **OSTROWICZ, Alexander**. *Vertragshaftung und Drittschutz: die Abhängigkeit des Drittanspruchs von der Rechtsposition des Vertragsgläubigers beim "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte"*. Frankfurt: Peter Lang, 1980, *passim*; **FROST, Marina**. *óp. cit.*; *passim*; **POULIADIS, Athanassios**. *óp. cit.*; *passim*; **KEITEL, Hans-Joachim**. *Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte*. Frankfurt: Peter Lang, 1988, *passim*; **KÖTZ, Hein**. *The doctrine of privity of contract in the context of contracts protecting the interests of third parties*. En: Tel Aviv University Studies in Law, 1990, p. 195 y ss.; **HIRTH, René-Alexander**. *Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr*. Schriften zum bürgerlichen Recht. Berlin: Duncker & Humblot, 1991, *passim*; **PLÖTNER, Michael** *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2003, *passim*; **HAFERKAMP, Hans-Peter**. “Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform – ein Auslaufmodell?”. En: AA.VV. *Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick*. Köln: Carl Heymanns Verlag, 2003, p. 171 y ss.; **MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ**. *Schuldrecht I... óp. cit.*; p. 414 y ss.

extrapatrimonial (persona), incluso cuando la esfera de los *partners* del contrato se haya mantenido inalterada como consecuencia de la producción del evento dañoso. Así pues, como puede advertirse fácilmente, a diferencia de la hipótesis sobre la cual Stoll construyó su teoría, en este caso el sujeto pasivo de la actividad dañosa no era alguna de las partes del contrato, sino un tercero ajeno al mismo.

De acuerdo a nuestra reconstrucción histórica de la categoría de los «deberes de protección», su antecedente yació en la doctrina de la *pVV* de Staub, cuya aplicación permitió durante años a la jurisprudencia alemana absolver (con apoyo en el BGB) los casos de violación de «deberes de protección». ¿Fue acaso dicha solución la misma que se empleó ante una hipótesis como la comentada?

La respuesta es negativa.

Como bien se ha reseñado, ya sea en 1915 y 1916 (respecto al contrato de transporte), en 1917⁵⁸⁸ y 1918 (a propósito del contrato de arrendamiento), o en 1930 (en función al contrato de servicios)⁵⁸⁹, el RGZ reconoció el deber de conservar la esfera jurídica de terceros (en un inicio, en aquél extremo relativo a los bienes de naturaleza personal, y no así patrimonial⁵⁹⁰) no a partir de la denominada “violación positiva del contrato”; al contrario, concedió la misma en base a una “creación jurisprudencial”: la extensión de la disciplina aplicable al contrato a favor de terceros (*Vertrag zugunsten Dritter*)⁵⁹¹ amparada en la existencia de una voluntad hipotética o presunta de las partes en tal dirección⁵⁹². Estos fueron los antecedentes “históricos” del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, una categoría de origen jurisprudencial⁵⁹³.

(⁵⁸⁸) Expone el caso **HAFERKAMP, Hans-Peter**. *óp. cit.*; p. 172.

(⁵⁸⁹) *v. FEOLA, Maria*. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 99.

(⁵⁹⁰) **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 420 (nt. 1); **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*. En: *Contr. impr./Eur.*, 2011, p. 513.

(⁵⁹¹) **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 198; **CABANILLAS, Antonio**. “El contrato con efectos protectores para terceros en el derecho alemán”. En: AA.VV. *Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo*. Madrid: Thomson Civitas, 2003, p. 1493; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 420.

(⁵⁹²) **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; p. 14.

(⁵⁹³) *v. CASTRONOVO, Carlo*. Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 191 (nt. 23). **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 420; **MOSCATI, Enrico**. *I remedi contrattuale a favore de terzi*... *óp. cit.*; p. 361 (nt. 16); **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; p. 513.

Ahora bien, la razón que motivó tal solución debe hallarse en un doble aspecto, en parte ya adelantado: (i) la concepción de *Vertrag zugunsten Dritter* en el seno del BGB, y (ii) el rol del *Vertrag zugunsten Dritter* frente al dogma de la relatividad. En relación a lo primero, la doctrina en torno al contrato a favor de tercero en el derecho alemán aceptaba que el “derecho” con el que el tercero ajeno a las partes se beneficiaba ingresaba a su esfera jurídica desde el momento en que ocurría el acuerdo entre el estipulante y promitente, correspondiendo al beneficiario el “rechazo” y no así la aceptación del mismo⁵⁹⁴. Fue la falta de necesidad de este último que allanó el camino para el reconocimiento jurisprudencial de ciertas hipótesis en donde el efecto del contrato (deber de mantener el *status quo*) podía ser extensible no solo a las partes sino también a terceros (quienes “adquirirían” el derecho al resarcimiento en caso de su violación⁵⁹⁵), cuya determinación fue objeto de diversidad de tratamiento por la jurisprudencia, presentándose pues una aparente discrecionalidad en torno a ello. Por otro lado, la figura del *Vertrag zugunsten Dritter* posibilitó a su vez que la solución jurisprudencial no colisione con el principio de relatividad del contrato, dado que si el fundamento de la extensión yacía en la figura del contrato a favor de tercero, este debía constituirse, al igual que aquél, en expresión de un sistema que posibilitaba la injerencia en la esfera ajena (y que no contradecía al principio de relatividad).

6.1.2.3. Como puede preverse, esta circunstancia, la cual antes que consecuente aparece como circunstancial (aunque repetitivo), mutó con el paso de los años, en gran parte porque durante la década de 1930 y 1940, la doctrina alemana intensificó el estudio de la relación de obligación, más propiamente, su contenido, reconociéndose con ello la existencia de los «deberes de protección»⁵⁹⁶, de modo que la conservación del “*status quo*” -reconocido jurisprudencialmente *ex ante* a la teoría de Stoll- encontró respaldo a nivel doctrinario con la colocación de esta última, allanándose el camino ahora sí para una cabal construcción teórica en torno al contrato con efectos de protección a terceros⁵⁹⁷, y con ello su asunción a categoría jurídica.

(⁵⁹⁴) v. FEOLA, Maria. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 100.

(⁵⁹⁵) VARANESE, Giovanni. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 513.

(⁵⁹⁶) PINTO, Carlos Alberto da Mota. *Cessão da posição contratual...* *óp. cit.*; pp. 421-422.

(⁵⁹⁷) v. CASTRONOVO, Carlo. *Problema e sistema nel danno da prodotti...* *óp. cit.*; p. 191; VARANESE, Giovanni. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 515.

Sin embargo, lo anterior no ocurrió simplemente como consecuencia de la obra de Stoll. Aunado a ello, debe reconocerse, a nuestro criterio, cuatro circunstancias muy marcadas, las cuales incidieron profundamente en la doctrina. En primer lugar, la desacralización del dogma del acuerdo, iniciado con Stoll y madurado posteriormente por Haupt. Con ello, el «deber de protección», el cual había sido concebido como expresión del actuar en buena fe no precisaba del “acuerdo”, tanto a nivel *inter-partes* como respecto del tercero “protegido”. En segundo lugar, al constituirse el elemento fáctico como decisivo, el rol del tercero ajeno a la relación contractual cobró relevancia jurídica, escindiéndose de la omnicomprendividad del *erga omnes* (no siendo cualquier “tercero”, se podría decir) y colocándose *al lado del* contrato en la medida que tal circunstancia resulte de *los hechos* en base a su “proximidad a la prestación” (*Leistungsnahe*). En tercer lugar, dado que se fue cimentando un claro reconocimiento por la extensión temporal de la relación de obligación, incluso desde la etapa precontractual hasta la pos-contractual, los terceros “protegidos” podrían incluso adoptar tal condición en ausencia de un contrato. En cuarto lugar, si es que la inserción en el contrato resultaba antes un ejercicio de “asimilación” que una real pertenencia de dichos terceros a este, la hipótesis de Stoll en torno a la *relación específica* o de confianza facilitó la construcción dogmática en torno a los mismos, por el mero hecho que dicha “relación” no se encontraba “limitada” al contrato o al acuerdo.

Fue este bagaje previo el cual permitió al principal artífice de la “doctrina” del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* plantear su posición en forma orgánica a mitad del siglo XX. Estamos haciendo referencia a Karl Larenz⁵⁹⁸.

(⁵⁹⁸) *v. LARENZ, Karl. Anmerkung zu BGH 25.4.56.* En: NJW, 1956, p. 1193 y ss. Los hechos materia de discusión ante el BGH fueron los siguientes: un proveedor entregó a una fábrica una determinada máquina en los términos contratados con su titular. La máquina estaba destinada, como era natural, a ser utilizada por terceros: los trabajadores de la fábrica. La máquina era peligrosa por lo que un trabajador terminó lesionado luego de entrar en contacto con esta. A raíz de ello, el trabajador demandó al proveedor el resarcimiento de los daños sufridos argumentando la violación de deberes contractuales a los cuales estaba obligado; el BGH falló en su favor. Para Larenz, se hacía evidente la existencia de un contrato con efectos de protección a terceros o una denominada “liquidación del daño de terceros”, cuya fuente sería la buena fe (como en la teoría de Stoll sobre el «deber de protección»). Sobre el caso, *v. CORDEIRO, António Menezes.* Tratado de Direito Civil Português II/IV... *óp. cit.*; p. 357. Reconociendo el rol de Larenz en la temática en cuestión, entre otros, *CASTRONOVO, Carlo. Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 126 (nt. 9); *TURCO, Claudio. óp. cit.*; p. 197 (nt. 313); *HIRTH, René-Alexander. óp. cit.*; p. 15; *HAFERKAMP, Hans-Peter. óp. cit.*; p. 173; *VARANESE, Giovanni. Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 515; *FEOLA, Maria. “L’obbligazione come rapporto complesso”...* *óp. cit.*; p. 102; *ID. Contratto e protezione del terzo”...* *óp. cit.*; p. 817.

6.1.2.4. A diferencia de la *praxis* jurisprudencial que fundaba la extensión (protectora) contractual a terceros a partir del contrato a favor de terceros *ex* § 328 BGB⁵⁹⁹ (por lo general en supuestos de hecho contractual típicos, aunque no siempre circunscritos a estos⁶⁰⁰), Larenz ubicó el fundamento de dicha protección a terceros en la doctrina de los «deberes de protección» (partiendo del presupuesto del *Organismus* obligatorio⁶⁰¹)⁶⁰².

En efecto, atendiendo a que los «deberes de protección» a cargo de cada una de las partes contractuales eran resultado de la existencia del denominado “interés de protección” (titularidad activa del «deber de protección»⁶⁰³) que era reconocido en ambas partes a efectos de ver cautelado su integridad personal y patrimonial, el eventual reconocimiento de dicho interés en la esfera jurídica de un tercero (reconocido jurisprudencialmente, distinto del genérico interés “extracontractual”) coadyuvó a redefinir el ámbito operativo en el que dicho deber (de protección) debía actuar (labor en la que se concentró el aporte de Larenz), quedando descartado que el mismo solo se ciña a la relación *inter partes* (gracias a la independencia de estos deberes en relación con el *nivel de prestación* (*Leistungsebene*)⁶⁰⁴, lo que a su vez permitía superar el escollo del principio de relatividad, el cual quedaba restringido a la *relación de prestación*⁶⁰⁵), y reconociéndose que en base a estos, el tercero (a partir de la existencia de una *relación de protección*⁶⁰⁶), cuyo interés resultaba “expuesto” como consecuencia de la actuación de la relación de obligación, era merecedor de la tutela contractual.

⁽⁵⁹⁹⁾ **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen...* *óp. cit.*; p. 477; **VARANESE, Giovanni.** *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 513.

⁽⁶⁰⁰⁾ *Ibíd.*

⁽⁶⁰¹⁾ *Cfr. FRADA, Manuel A. Carneiro da.* Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 135 (nt. 108).

⁽⁶⁰²⁾ **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen...* *óp. cit.*; p. 477.

⁽⁶⁰³⁾ **PINTO, Carlos Alberto da Mota.** Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 422.

⁽⁶⁰⁴⁾ *Cfr. TURCO, Claudio.* *óp. cit.*; p. 199; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 135 (nt. 108).

⁽⁶⁰⁵⁾ *Ibíd.*

⁽⁶⁰⁶⁾ *Ibíd.*

En sentido gráfico, podría decirse que el esquema planteado por Larenz funcionaba como un tipo débil de contrato a favor de tercero no regulado por la ley⁶⁰⁷ pero que representaba (en realidad) una extensión a terceros del efecto de los «deberes de protección»⁶⁰⁸.

Así pues, bajo la impronta del contrato con eficacia de protección *a* (en beneficio de) terceros, ciertos negocios “encubrirían” a determinados terceros dentro de su “manto” protector confiriéndoles un derecho resarcitorio⁶⁰⁹, no por la violación de un deber de prestar (pues este, por regla, solo existía entre las partes), sino por no respetar un específico deber de salvaguardar su integridad personal o patrimonial⁶¹⁰.

Ahora bien, simétricamente, también se admitió que el acreedor en la relación de obligación podría ver su esfera personal y patrimonial protegida no solo en ocasión del “cumplimiento” de los «deberes de protección» de la contraparte contractual, sino también por la extensión de estos a ciertos terceros próximos a su esfera jurídica (lo cual colocaba a dichos terceros en posibilidad de interferir dañosamente en detrimento del *partner* contractual). El contrato con eficacia de protección *contra* terceros otorgaba un derecho resarcitorio al acreedor contra terceros, no por la violación de su interés en la prestación (pues este solo puede ser hecho valer respecto del deudor), sino por la inobservancia de un «deber de protección» (y no del *alterum non laedere*) a cargo de dichos terceros⁶¹¹.

6.1.2.5. Partiendo de la premisa que con el *VSD* el término tercero unas veces representaba la antítesis de las partes contractuales y otras, servía como fórmula sintética de exclusión de terceros de la generalidad y comprensión de estos en la “relación de obligación” -de ahí su carácter anfibológico-, la jurisprudencia alemana, así como la doctrina, pasó a determinar en qué casos estábamos ante un tercero *no tercero* al contrato (de acuerdo al segundo significado) y cuando sí, en

(⁶⁰⁷) *v.* **VARANESE, Giovanni.** *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 515; **HAFERKAMP, Hans-Peter.** *óp. cit.*; p. 173.

(⁶⁰⁸) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen...* *óp. cit.*; p. 477.

(⁶⁰⁹) Incide sobre este punto, **ANGELICI, Carlo.** *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof...* *óp. cit.*; p. 24.

(⁶¹⁰) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 43; ID. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil...* *óp. cit.*; p. 135 (nt. 108); **VARANESE, Giovanni.** *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 513.

(⁶¹¹) *v.* **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 44.

atención a su primer significado⁶¹². Este hecho permitirá comprender a cabalidad el fenómeno de desacralización de los dogmas del contrato.

Teniendo como precedente el célebre caso de los rollos de linóleo (*Linoleumrollenfall*) o el *Capuzolfall* decidido por el BGH en 1959 (entendido como piedra angular en el desarrollo de la figura en cuestión por Hirth⁶¹³), este último tribunal, en 1976, atendió el caso de la hoja de hortaliza (*Gemüseblattfall*), en el que la hija de una señora, mientras esta se encontraba próxima a pagar los víveres escogidos al personal autorizado por el supermercado, resbaló y cayó contra el piso producto de haber pisado una hoja de hortaliza que se encontraba en el piso del establecimiento⁶¹⁴.

En ambos casos, la jurisprudencia alemana aceptó que en el marco contractual, e incluso pre-contractual⁶¹⁵, las partes, o tratantes, se deben mutuamente un mínimo deber de cuidado de la esfera jurídica ajena. No obstante, es en esta última sentencia, mas no por ello puede ser catalogada como la primera, como tuvimos ya ocasión de señalar, en que el tribunal empleó la figura del contrato con efectos de protección frente a terceros (incluso en etapa precontractual) a efectos de fundamentar que la hija (con quien la “tratante” -señora- presentaba un vínculo de dependencia en base a la relación familiar) cuenta con legitimidad para pretender el resarcimiento (contractual) por la culpa en la formación del contrato, descartando con ello que el caso pueda subsumirse dentro de los márgenes del ilícito.

De esta manera, en un inicio, el campo de aplicación del instituto del *VSD* se limitaba a las hipótesis en que el acreedor era responsable por el bienestar (*Wohl und Wehe*) del tercero⁶¹⁶ (como el

(⁶¹²) **CABANILLAS, Antonio**. “El contrato con efectos protectores para terceros en el derecho alemán” ... *óp. cit.*; p. 1505.

(⁶¹³) **HIRTH, René-Alexander**. *óp. cit.*; p. 27 y ss.; **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 516; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 102.

(⁶¹⁴) *v.* la nota de **KREUZER, Karl**. *Ammerkung zu BGH 28.1.76*. En: JZ, 1976, p. 1193 y ss.; igualmente, **ANGELICI, Carlo**. *óp. cit.*; p. 24 y ss.; **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 74; **TURCO, Claudio**. *óp. cit.*; p. 199; **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 515; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 105; ID. “Contratto e protezione del terzo”... *óp. cit.*; p. 822.

(⁶¹⁵) *Cfr.* **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 518 (nt. 31).

(⁶¹⁶) *Cfr.* **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen*. En: JZ, núm. 9, 1995, p. 442; **BRÜGGEMEIER, Gert**. *óp. cit.*; p. 420; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 141 (nt. 108); *v.* **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 100.

caso de la hija), incumbiéndole por tanto un “deber de asistencia⁶¹⁷” respecto a aquél, y por tanto restringido a las relaciones de carácter familiar (hijos, padres, entre otros), de derecho de trabajo e incluso de prestación de servicios⁶¹⁸. Así pues, de acuerdo con el tipo de prestación en causa, el daño resultante de la violación del deber tendría que conocidamente amenazar al tercero (o ser previsto por el deudor⁶¹⁹) y el acreedor tendría que estar conocidamente interesado en que el propio tercero adquiriese una pretensión resarcitoria⁶²⁰.

6.1.2.6. Ahora bien, la jurisprudencia del *Wohl und Wehe* (*leading case*), la cual exigía entre el acreedor y el tercero una relación de proximidad de carácter personal⁶²¹ (así como respecto de este último una inminente situación de contacto con la actividad del primero de la cual deriva el daño⁶²²), fue objeto de alargamiento en sucesivas decisiones del BGH a hipótesis en que solo forzosamente se podría hablar de la existencia de un *Fürsorge* o *Obhutspflicht* (deber de cuidado o custodia)⁶²³; no obstante, lo cierto es que aquél punto de referencia (o criterio de selección), el cual se hizo presente también en el *Testamentfall* decidido por el BGH en 1965 (aún cuando criticado a nivel de doctrina)⁶²⁴, constituiría en cualquier caso una barrera; esta fue, entretanto, sobrepasada, quedando a su vez las restantes exigencias (principalmente la intención o conocimiento del interés del acreedor en la protección del tercero) seriamente reducidas.

⁽⁶¹⁷⁾ v. **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)*... *óp. cit.*; p. 810; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*... *óp. cit.*; p. 141 (nt. 108).

⁽⁶¹⁸⁾ v. **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*... *óp. cit.*; p. 74; **ANGELICI, Carlo**. *óp. cit.*; p. 25.

⁽⁶¹⁹⁾ v. **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; p. 516; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 100.

⁽⁶²⁰⁾ **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*... *óp. cit.*; p. 74; **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; p. 513.

⁽⁶²¹⁾ Como ocurre con el padre o el hijo, **FROST, Marina**. *óp. cit.*; p. 127; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 101.

⁽⁶²²⁾ **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*... *óp. cit.*; p. 126.

⁽⁶²³⁾ *Cfr.* **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil*... *óp. cit.*; p. 135 (nt. 108).

⁽⁶²⁴⁾ En donde un padre contrató con un abogado para que con su cooperación pueda otorgar su testamento en favor de su hija en calidad de única heredera, pero que con su incumplimiento (debido a no acercarse al domicilio del testador en la fecha pactada con un notario) perjudicó a la hija al ocurrir primero el fallecimiento del padre antes que la emisión del testamento ológrafo a preparar; respecto al caso en cuestión, v. **LORENZ, Werner**. *Anmerkung zu BGH 6.7.65*. En: *JZ*, núm. 4, 1966, p. 143 y ss.; **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*... *óp. cit.*; p. 84; **LORENZ, Werner and Basil MARKESINIS**. *Solicitors' Liability towards Third Parties: Back into the Troubled Waters of the Contract/Tort Divide*. En: *The Modern Law Review*, núm. 4, 1994, p. 560; **PINTO, Carlos Alberto da Mota**. *Cessão da posição contratual*... *óp. cit.*; p. 421; **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; p. 519; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 103.

De acuerdo a lo que reseña un sector de la doctrina, el primer embate contra la anterior jurisprudencia ocurrió en 1977 con el caso *Lastschriftverfahren*⁶²⁵. En principio, cabe indicar que en dicha época el *Lastschrift* representaba una moderna e innovadora forma de pago que frente a la tradicional transferencia bancaria (*Überweisung*) y la utilización de cheques presentaba algunas ventajas considerables. En cierta forma, funcionaba al revés de una normal transferencia bancaria, dado que no es el deudor sino el acreedor el que ponía en marcha este proceso⁶²⁶.

Hipotéticamente, la operación con el *Lastschrift* funcionaba de la siguiente manera. El acreedor entregaba en su banco el denominado *Lastschrift*, un formulario que contenía el nombre, institución financiera y el número de cuenta del acreedor y el deudor, así como la especificación del importe a cobrar; el banco del acreedor abonaba provisoriamente el importe señalado en la cuenta bancaria de este último y enviaba el *Lastschrift* al banco del deudor, el cual debitaba el importe señalado de la cuenta bancaria referida de titularidad del deudor⁶²⁷.

En el *leading case* comentado, el demandante suministraba habitualmente piedra de caliza (*Kalksandsteine*) a una sociedad X, la cual autorizó el cobro a través de este proceso, entregando el primero en su banco, sucesivamente, 5 *Lastschriften*, los cuales fueron puntualmente abonados (a título provisorio) en su cuenta bancaria y enviados al banco del deudor. Como puede verse, no existía relación negocial entre el demandante y el banco del deudor. Lo cierto es que en el caso, este último no liquidó las órdenes de pago porque la cuenta bancaria de la sociedad X no contaba con saldo, pero, contrariamente a los usos y al propio acuerdo interbancario, no informó tal situación al instante, sino mucho después, al banco del acreedor, con la consecuente cancelación (e información al demandante) del haber provisorio. La demandante exigió entonces al banco del deudor un resarcimiento correspondiente al precio de la mercadería que continuó suministrando a la sociedad X,

(⁶²⁵) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 141 (nt. 108); **HAFERKAMP, Hans-Peter.** *óp. cit.*; p. 175; **FEOLA, Maria.** “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 108.

(⁶²⁶) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 75.

(⁶²⁷) *Ibíd.*

dado que si esta hubiese sido comunicada con la falta de fondos habría suspendido la provisión⁶²⁸. El BGH concedió el resarcimiento solicitado al considerar a la demandante dentro del ámbito de protección del contrato existente entre el banco del acreedor y el deudor⁶²⁹. Más precisamente, señaló que “la inclusión en el ámbito de protección se impone de acuerdo con el principio de buena fe cuando el proceso alberga en sí determinados riesgos de procesamiento típicos para un tercero que de este se sirve, siendo que a los participantes encargados de la ejecución puede ser exigido que atenúen dichos riesgos”⁶³⁰.

Este caso permite apreciar una variante en la extensión del sujeto comprendido dentro del término “tercero” (protegido). Si en un primer momento, la jurisprudencia alemana se decantaba por identificar al tercero a partir de un criterio de “dependencia del bienestar”, luego esta fue “relativizando” la condición de tercero a partir de la atenuación del referido criterio, al punto que incluso terceros ajenos al *Wohl und Wehe* podrían encontrarse dentro del marco de protección del contrato. Pero no solo ello, sino que además la jurisprudencia, alejándose de la postura de resarcir solo los daños de naturaleza personal (derivados de la lesión al derecho a la salud)⁶³¹, viró en sentido distinto admitiendo el resarcimiento de los daños patrimoniales, como podrá verse con claridad en lo sucesivo.

En 1983 se decidió otro caso en función a la doctrina del contrato con efectos de protección a terceros. El demandado, un perito públicamente nombrado y designado, elaboró en base al contrato que celebró con A, un reporte pericial sobre la capacidad de un predio que este último se encontraba interesado, conjuntamente con otras personas, en adquirir. A se desanimó de la compra, pero este fue adquirido por B, quien se encontraba presente en una de las conversaciones con el perito. Lo cierto es que el reporte pericial era incorrecto, de modo que la compra resultó contraproducente para los intereses de B, lo que finalmente conllevó a que el contrato fuera anulado. En vista de ello, B, en

(628) *v. FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... óp. cit.; p. 141 (nt. 108); MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... óp. cit.; p. 75 (nt. 108).*

(629) **FEOLA, Maria.** “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 108.

(630) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 76.

(631) **VARANESE, Giovanni.** *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 513.

tanto demandante, pretendió el resarcimiento por los costos resultantes de haber celebrado el contrato argumentando que para llevar a cabo ello confió en la pericia realizada por el perito demandado, a lo que este último rechazó señalando que desconocía su intención de compra.

Dado que el contrato del perito era con A, la interrogante se centró en si es que B podría demandar contractualmente al perito por los daños sufridos como consecuencia de la celebración del contrato.

En los hechos, nunca se pudo probar que el perito supiese exactamente que el predio iba a ser comprado por A y B conjuntamente; no obstante, no se terminó por descartar que el demandado conociera que detrás de A existía un grupo de personas interesadas. Para quien dirimió la causa, los «deberes de protección» podían constituirse incluso en favor de personas cuyo nombre no fuera indicado al *partner* contractual, no siendo siquiera necesario que el demandado conozca el número exacto de estas personas, sino tan solo que “el grupo de personas a proteger sea objetivamente delimitable”⁶³².

Esta decisión fue sometida a apelación, básicamente por el hecho que para el demandado no podía configurarse un contrato con efectos protectores a terceros si es que entre A y B no existía una vinculación basada en la dependencia del *Wohl und Wehe*⁶³³.

En sede de apelación, el argumento del recurrente demandado fue descartado. Las partes podrían pactar libremente los terceros que estarían incluidos dentro del manto protector del contrato sin que para tal efecto se precise que entre aquellos y la parte exista el vínculo *Wohl und Wehe*; sin embargo, en caso ello no ocurra (a través de una declaración expresa), nada obsta a que dichos terceros (ajenos al requisito del *Wohl und Wehe*) fueran determinados también a partir de la existencia de comportamientos concluyentes, y en este caso serán los hechos propios del mismo los que permitirán al juez identificar la existencia de tales terceros⁶³⁴.

⁽⁶³²⁾ MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 78.

⁽⁶³³⁾ *Ibíd.*

⁽⁶³⁴⁾ *Ibíd.*

Como puede apreciarse, el rasgo más marcado de la decisión de los tribunales alemanes radicó en la quiebra de la *Wohl und Weheformel* como *conditio sine qua non* para que el tercero adquiriera la calidad de destinatario de los efectos protectores del contrato. Así pues, la jurisprudencia anterior que partía de la “relación jurídica” de *cumbo pessoal* entre el acreedor y el tercero a incluir en el ámbito de protección (lo que explicaba en buena cuenta la tendencia a resarcir únicamente daños personales) debía intepretarse en el sentido que de esa forma se pretendía delimitar los presupuestos objetivos en base a los cuales, desde una perspectiva objetiva de la situación de los intereses y sin necesidad de apoyarse en las declaraciones o comportamientos de las partes, se aceptaba la estipulación tácita de un «deber de protección» en favor de terceros. No obstante, ahora la relación acreedor y tercero protegido también podría ser consecuencia de la existencia de una declaración expresa o de un comportamiento concluyente. Con ello, el efecto protector del contrato se extendió una vez más⁶³⁵.

En una fase experimental o primigenia, el estudio en torno a la figura en cuestión se centró en la calidad del tercero y su vinculación con los *partners* contractuales. Apoyado por una tendencia alemana que a nivel político se inclinaba por una *Sozialpolitik* la relación entre contrato y tercero no solo fue concebida desde una perspectiva jurídica, sino ante todo política. Los terceros, por adquirir tal calidad, no podían ser ajenos a la garantía institucional que sobre la figura del contrato el Estado alemán garantizaba a todos los ciudadanos. En ese sentido, la fórmula del *Wohl und Wehe* antes que jurídica, fue eminentemente política. Esto quiere decir que la calidad de tercero protegido a partir de tal criterio no era otra cosa que un juicio pre-jurídico sobre el cual al operador jurídico (doctrina y jurisprudencia) debía *ascertare*.

Fue la doctrina, a través del «deber de protección», la que dotó de significado conceptual al *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*, correspondiendo a la jurisprudencia su posterior evolución. Como parte de dicha labor, ésta, tal como reseñamos, vinculó la calidad de tercero a fenómenos jurídicos antes que políticos. Esto explica el giro del *Wohl und Wehe* a la declaración y la consecuente (y lógica) extensión de la categoría de tercero protegido.

(⁶³⁵) Ibid.

Superado el dogma de la relatividad contractual en el ideario alemán de segunda parte del siglo XX, no existía argumento jurídico que contradiciera o discutiera a la jurisprudencia la posibilidad de que la condición de tercero pueda derivar de la *voluntad* (declarada o actuada mediante comportamiento concluyente) del acreedor (o deudor). Solo ello fue suficiente para resquebrajar un esquema que construido sobre el *Wohl und Wehe* parecía forzado y artificioso, como diría Staub.

Esta última jurisprudencia significó la despedida del *Wohl und Wehe Rechtsprechung*.

6.1.2.7. Consecuencia directa del criterio jurisprudencial del *Wohl und Wehe* fue el requisito del denominado “interés concordante”.

La relación de asistencia que se exigía entre los *partners* contractuales y ciertos terceros a efectos de ser incluidos dentro del ámbito de protección del contrato permitió atender una circunstancia particular: la parte debía presentar un interés en que la esfera jurídica del tercero permanezca inalterable en ocasión del contrato, de modo que el interés de este último coincidía con el suyo (estar en el “mismo campo” o “mismo lado”⁶³⁶). Basado en el *Wohl und Wehe*, la presencia de un interés concordante entre parte y tercero resultó natural (*v.* el caso del padre y el hijo); no obstante, esta tendencia, al igual que el criterio del deber de asistencia comenzó a ceder.

En 1985, el BGH⁶³⁷ decidió un nuevo caso (*Konsulfall*) que involucraba también a un perito evaluador de inmuebles públicamente nombrado y juramentado.

El demandado, en su calidad de perito, había elaborado, a pedido de la propietaria, un informe sobre el valor de un predio sobre el cual se pensaba construir un centro turístico. El cónsul de Dinamarca en Munich se comunicó directamente con él a efectos de confirmar, dada la sugerencia de uno de los posibles prestamistas, su condición de nombrado y si el precio planteado era el correcto;

⁽⁶³⁶⁾ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 143 (nt. 108); VARANESE, Giovanni. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 519.

⁽⁶³⁷⁾ BGH, 23 de enero de 1985.

el demandado respondió afirmativamente ambas cuestiones, y por exigencia del cónsul procedió a enviar una comunicación por escrito en tal sentido⁶³⁸.

Tomando en cuenta la opinión del perito, que finalmente se develó errado (el valor del predio era inferior al estimado), el agente prestamista, un banco danés que había desembolsado un importante préstamo crediticio garantizado con hipotecas reales a efectos de desarrollar el proyecto de construcción de la *Feriendorf*, en lugar de recuperar su inversión en sede de ejecución de la garantía, reclamó los daños y perjuicios que había sufrido como consecuencia de la inversión basada en el informe pericial⁶³⁹.

Ahora bien, que la información brindada al cónsul danés haya sido a título gratuito, no fue impedimento para que el BGH pueda declarar la existencia de un contrato de información celebrado tácitamente, incluso con el banco danés, ya que el § 164, 2 del BGB no exigía que el representante, en su declaración, indique expresamente el dueño del negocio (representado), bastando simplemente que se pueda deducir de las circunstancias que el declarante no quería actuar en nombre propio. Siendo ello así, la cuestión viró a determinar si es que el cónsul actuaba en nombre del banco o Estado danés. En el fondo, lo que se discutía es si el demandante estaba en el ámbito de protección del contrato entre el perito y el cónsul.

Frente a tal interrogante, quedaba descartada cualquier argumentación que pretendiera rechazar la existencia de un contrato con efectos protectores a terceros por el hecho que no se presente entre el cónsul y el banco danés (en tanto demandante) un deber de asistencia, cuidado o custodia, atendiendo con ello los dictámenes contemporáneos de la jurisprudencia alemana que acabamos de relatar.

Acto seguido, se encaró y rebatió otro argumento que tradicionalmente impedía la aplicación del instituto del *VSD*: la necesidad del interés concordante⁶⁴⁰. En este caso, el interés en quien pide

⁽⁶³⁸⁾ *v. FEOLA, Maria*. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 109.

⁽⁶³⁹⁾ *MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde*. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 79.

⁽⁶⁴⁰⁾ *VARANESE, Giovanni*. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti...* *óp. cit.*; p. 520.

un informe pericial sobre un predio (valor elevado del mismo a efectos de lograr la concesión de un crédito) se contraponen al de quien otorga el financiamiento (menor valor a efectos de solicitar mayores garantías en respaldo del financiamiento).

Sin embargo, para el BGH, la inclusión del demandante en el ámbito de protección del contrato no podía negarse por el mero hecho de estar ante “intereses discordantes”⁶⁴¹; el perito, dada su condición, tenía que cumplir con deberes de cuidado frente a diversas personas cuyos intereses no necesariamente se dirigían en un mismo sentido. Así, respecto del informe pericial, no solo concurría el interés de quien encargaba su realización, sino que era usual que sobre el mismo recayera el interés de otras personas (grupo objetivamente delimitable) que eventualmente, en una etapa de negociación, asumirían posiciones “discordantes”.

Lo anterior puede sintetizarse en que el perito (a partir de la existencia de una operación de préstamo y en base al conocimiento de que el predio sobre el cual se opinaba habría de servir para constituir una garantía real) pudo “prever” la presencia de dicho tercero (banco danés), aun cuando no conocía siquiera su nombre.

En los años sucesivos, la misma tendencia podrá apreciarse en diversas sentencias alemanas sobre contratos con efectos de protección a terceros⁶⁴², no obstante que ello haya motivado que se ponga en cuestión la propia funcionalidad del instituto del *VSD*⁶⁴³.

Independientemente de lo anterior y en forma simplificada, puede decirse que los requisitos para la inserción del tercero en el ámbito del contrato fueron⁶⁴⁴: (i) la “proximidad con la prestación”; el tercero debe estar expuesto a los riesgos derivados de la prestación en forma análoga al

(⁶⁴¹) *v.* **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 109; **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 80; **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; p. 521.

(⁶⁴²) *v. p.e.* el *Dachbodenfall* (BGH de 10 de noviembre de 1994) relativo a la responsabilidad del perito en términos similares al caso comentado en el presente apartado. Para mayores alcances se remite a **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen*... *óp. cit.*; *passim*, igualmente, **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 129; **FEOLA, Maria**. “L’obbligazione come rapporto complesso”... *óp. cit.*; p. 109.

(⁶⁴³) **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 144.

(⁶⁴⁴) **VARANESE, Giovanni**. *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti*... *óp. cit.*; pp. 522-523.

acreedor/deudor, no siendo suficiente un simple contacto; (ii) el interés del acreedor en la “protección del tercero”, como ocurre en la hipótesis del *Wohl und Wehe*, aunque luego haya sido superado a nivel jurisprudencial; (iii) la cognoscibilidad de la cercanía o proximidad del tercero protegido por el contrato; las partes deberían ser capaces de advertir frente a quien podrían responder; (iv) la “necesidad de protección” del tercero, la cual se manifestaba a través de la inexistencia de otro medio de tutela para su interés.

A todo ello concluir simplemente que el requisito del interés concordante, antes catalogado como imprescindible, fue objeto de superación, en los términos expuestos.

6.1.2.8. Corresponde ahora sintetizar y valorar, a partir de su particular contexto histórico, la doctrina del *VSD*.

En principio, debe tenerse en cuenta que la comentada doctrina fue antes que todo una consecuencia de un particular momento que debe ubicarse entre la década de 1940 y 1950. En efecto, fue el contexto el que permitió que la técnica jurisprudencial que significó el *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* trascienda a la categoría de doctrina jurídica, siendo que su construcción se basó fundamentalmente en otra doctrina cuya influencia presentó un inusitado suceso, estamos hablando de los *Schutzpflichten*.

Sin embargo, para una cabal comprensión de la institución, es imperioso comprender que a la par de la concepción que ubicaba en la relación de obligación un auténtico *Organismus*, la desacralización de los dogmas del contrato se fueron asentando en la comunidad jurídica alemana, la cual, impulsada por el particular contexto político que tuvimos ocasión de relatar, cuestionó el rol del tercero en relación con el marco constante obligatorio. Y fue justamente el carácter móvil y abarcante de este último fenómeno el que explica el porqué del suceso de la *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* en el derecho alemán.

En efecto, la disociación del «deber de protección» del deber de prestación posibilitó que los sujetos de la relación obligatoria no se limiten a aquellos que por antonomasia se encontraban presentes en una relación de prestación. Así, la relación de protección (*Schutzverhältnis*) con efectos a

terceros no presentó como límite el principio de relatividad en la medida que la construcción histórica del mismo siempre se ciñó únicamente a la relación de prestación, de ahí que sobre la misma se hayan construido excepciones que como rasgo en común presentaban su vinculación a la prestación contractual.

Ahora bien, la propia construcción en torno al contrato con efectos de protección a terceros presentó tres giros importantes en asuntos de especial consideración: (i) el primero vinculado al resarcimiento incluso de los daños meramente patrimoniales, lo cual significó un cambio de la jurisprudencia alemana que solía resarcir únicamente los daños personales. A nuestro criterio, la razón de ello se justifica en que cuando ocurrió el cambio jurisprudencial, la doctrina del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* ya se había concentrado en torno a los «deberes de protección», siendo consecuencia de ello que la extensión de los intereses protegidos abarquen también los de naturaleza patrimonial; (ii) el segundo relativo a los terceros tutelados, en donde la delimitación de estos dejó de ser definido a partir del criterio del *Wohl und Wehe* (lo que bien visto el asunto representa una particular perspectiva de justicia contractual, si se quiere), extendiéndose incluso a terceros que respecto del *partner* contractual no presentaban una vinculación de *cumbo pessoal*; y (iii) en línea con lo inmediatamente anterior, la pérdida de vigencia del criterio del interés concordante como presupuesto para la aplicación de la figura del contrato con efectos de protección a terceros y la admisibilidad del resarcimiento del tercero con “interés discordante”.

Más allá de lo señalado, creemos que el estudio de los contratos con efectos de protección a terceros debe plantearse una circunstancia quizá no visible a simple vista. Y es que pareciera ser que detrás de la construcción de esta figura subyace la prístina referencia a la existencia de una *relación específica* que en un determinado momento y espacio aparece superpuesta a la relación de obligación de fuente contractual pero cuyos rasgos, al no ser del todo asimilables, serían capaces de envolver dentro de sus confines a terceros sin que para tal efecto importe el principio de relatividad. Al menos eso invita a pensar el hecho que se postule la existencia de una relación de protección autónoma *in tutto* a los postulados básicos de la relación de obligación de la cual, en teoría, formaría parte como contenido.

Sobre lo anterior volveremos más adelante cuando tengamos oportunidad de analizar críticamente el fenómeno de los «deberes de protección» en su conjunto. De momento, corresponde ahora reconducir el presente excursus histórico de la categoría referida contrastando la misma con la denominada obligación de seguridad (*Obligation de sécurité*), la cual, en Francia, cuenta con una historia independiente a los «deberes de protección», fruto de un particular contexto y metodología de estudio que precisamos comentar a fin de comprender a cabalidad, primero, la figura francesa, y luego, distinguirlo de aquella alemana.

VII. En la experiencia francesa, el proceso de elaboración de la *Obligation de sécurité*⁶⁴⁵ adoptó un cariz distinto cuando no inverso, siempre que nos refiramos a su germinación antes que a su connotación.

7.1. Al exordio del siglo XIX, antes que René Demogue ponga en evidencia la distinción entre “obligaciones de medios” y “obligaciones de resultados”⁶⁴⁶ -construyendo con ello una de las particiones que mayor influencia tuvo en el campo del derecho de las relaciones de obligación (sobre

(645) *v.*, en la doctrina francesa, entre otros, **JOSSERAND, Louis**. *Le contrat dirigé*. En: D.H. Chron, 1933, p. 89 y ss.; **RODIÈRE, René**. *Le régime legal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs*. En: La semaine juridique, I, 1952, p. 997 y ss.; **STARCK, Boris - Henri ROLAND - Laurent BOYER**. *Droit Civil. Obligations 2. Contrat et quasi-contrat. Régime général*. 2e ed. Paris: LITEC, 1986, p. 596 y ss.; **JOURDAIN, Patrice**. *L'obligation de sécurité. À propos de quelques arrêts récents*. En: *Gaz. Pal.*, 1993, p. 1171 y ss.; ID. *Le fondement de l'obligation de sécurité*. En: *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1196 y ss.; **LAMBERT-FAIVRE, Yvonne**. *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*. En: D. Chron., 1994, p. 81 y ss.; **HALPERIN, Jean-Louis**. *La naissance de l'obligation de sécurité*. En: *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1176 y ss.; **MAZEUD, Denis**. *Le régime de l'obligation de sécurité*. En: *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1201 y ss.; **REMY, Philippe**. *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept*. En: RTDCiv., 1997, p. 323 y ss.; **VIALARD, Antoine**. “L'obligation de sécurité du transporteur maritime de passagers”. En: AA.VV. *L'obligation de sécurité: actes du colloque franco-algérien, Université Montesquieu Bordeaux IV, Université d'Oran Es-Sénia, 22 mai 2002*. Bordeaux: Presses Univ de Bordeaux, 2003, p. 129 y ss.; **BLOCH, Cyril**. *L'obligation contractuelle de sécurité*. Collection de l'Institut d'études judiciaires de la Faculté de droit d'Aix-Marseille. Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille, 2002, *passim*; **FAURE-ABBAD, Marianne**. *Le fait générateur de la responsabilité contractuelle: contribution à la théorie de l'inexécution du contrat*. Paris: LGDJ., 2003, *passim*; **VINEY, Geneviève - Patrice JOURDAIN**. *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité*. Sous la direction de Jacques Ghestin. Paris: LGDJ., 2013, p. 532 y ss.; **VINEY, Geneviève and Anne GUÉGAN-LÉCUYER**. “The development of traffic liability in France”. En: ERNST, Wolfgang (edit). *The development of traffic liability*. Cambridge: Cambridge University Press, 2014, p. 50 y ss.

En general, *ib.* han abordado la materia, entre otros, **MELLER, Eberhard**. *Obligation de sécurité: Verbesserung des Schutzes des geschädigten Vertragspartners und Beispiel der Fortentwicklung des französischen Vertragsrechts durch die Rechtsprechung*. Berlín: Duncker & Humblot, 1974, *passim*; **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 232 y ss.; **MAYR, Vincent**. *óp. cit.*; *passim*; **PRÉVÔT, Juan Manuel**. *Obligación de seguridad*. 2da. ed. Bogotá: Temis, 2012, *passim*; **FEOLA, Maria**. *Le obbligazioni di sécurité...* *óp. cit.*; *passim*; ID. *L'obbligazione come rapporto complesso...* *óp. cit.*; p. 115 y ss.

(646) **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)...* *óp. cit.*; p. 141.

todo en la doctrina francesa⁶⁴⁷), e incluso precedentemente a que Stoll formule su teoría de los «deberes de protección», la doctrina y la jurisprudencia francesa ya había emprendido, con el “descubrimiento” de la *obligation contractuelle de sécurité*, aquella labor que solo décadas después -con total claridad- ocurrió en Alemania: delimitación del contenido obligatorio del contrato y consecuente redefinición de la relación existente entre la responsabilidad contractual y aquiliana.

En línea con lo señalado páginas atrás, no debe sorprender que las grandes innovaciones jurídicas respondan a soluciones de nuevos problemas que surgen en la sociedad, y cuyo fundamento muchas veces radica en aspectos ajenos al derecho; entre estos, el económico, político e histórico. Así, la multiplicación de los accidentes “biológicos” ocurridos en el curso de los transportes terrestres y ferroviarios, o al interior de las fábricas, donde los trabajadores subordinados estaban completamente expuestos a los efectos nocivos de los artefactos industriales todavía poco seguros, demandó nuevas soluciones con carácter de urgencia⁶⁴⁸. Aunado a ello, el desarrollo de la industria incidió sobre el modelo de reparación de los daños *dovuti al fatto delle cose*. De ahí que, frente a situaciones dramáticas que ningún texto de la ley permitía solucionar, los tribunales franceses hayan advertido la necesidad de inventar soluciones novedosas, teniendo que recurrir por ende a la doctrina que en ese entendido proponía alternativas a través de nuevas construcciones jurídicas⁶⁴⁹.

Ahora bien, tanto la *obligation contractuelle de sécurité*, por un lado, como el principio general de responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas (primer párrafo del art. 1384 del *Code*) representaban respuestas similares bajo el aspecto operativo, en la medida que ambos se caracterizaban por la exigencia de superar los esquemas de la responsabilidad contractual y delictual (art. 1382 del *Code*) fundados sobre la prueba de la culpa del agente dañoso a cargo de la víctima⁶⁵⁰.

⁽⁶⁴⁷⁾ Ibid.

⁽⁶⁴⁸⁾ FAURE-ABBAD, Marianne. *óp. cit.*; p. 95.

⁽⁶⁴⁹⁾ FEOLA, Maria. L'obbligazione come rapporto complesso... *óp. cit.*; p. 117.

⁽⁶⁵⁰⁾ Ibid.

Ello ha motivado a un sector de la doctrina a observar en este fenómeno una clara intención en reforzar la tutela de la víctima en diversos sectores de las relaciones civiles⁶⁵¹.

Fue en el sector del trabajo en donde este fenómeno comenzó a tomar forma⁶⁵².

7.1.1. En contra de una tendencia de la jurisprudencia laboral francesa que continuaba exigiendo al trabajador lesionado, en línea con el art. 1386 del *Code*, la prueba -diabólica- de la *faute précise* cometida por el empleador, algunos jueces empezaron a acrecentar las obligaciones de los empresarios, presumiendo su culpa para los casos de falta de precaución (y a contrario los accidentes serían consecuencia de un actuar negligente).

Ahora bien, como se ha dicho, esta jurisprudencia se inspira en aquella doctrina que propone alterar la responsabilidad extracontractual del patrón (por *faute prouvée*) con la invención de una obligación de seguridad⁶⁵³. Así, en un estudio de Vavasseur⁶⁵⁴ de 1881, este sostendría la necesidad de introducir una “obligación de garantía” que haga gravar sobre el empresario una presunción de responsabilidad respecto del trabajador, quien asumiría así el riesgo industrial incluso en ocasión de caso fortuito; luego, Sauzet⁶⁵⁵, en 1883, propondría una responsabilidad del empleador de naturaleza contractual, la cual encontraría su fuente en la obligación de este último en adoptar todas las medidas necesarias para garantizar la seguridad del operario a fin de conservarlo “sano y salvo⁶⁵⁶” y de “devolverlo” (al trabajador) en las condiciones en que lo “recibió”. Para este último autor, al recaer la carga de la prueba en el *employeur*, su exoneración dependerá del hecho que el accidente se haya producido por culpa del trabajador o sea consecuencia del caso fortuito. Finaliza Sauzet indicando

(651) **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 37; ID. L'obbligazione come rapporto complesso... *óp. cit.*; p. 117; *v.* igualmente el arrêt de 1 de agosto de 1929 (Hespel C. chem. de fer de l'Est), en D.P. (1930-I), con anotación de **JOSSERAND, Louis**, pp. 25-27.

(652) **FAURE-ABBAD, Marianne.** *óp. cit.*; p. 97; **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 38.

(653) **VINEY, Geneviève - Patrice JOURDAIN.** *óp. cit.*; p. 538.

(654) La referencia es *De la responsabilité des accidents de fabrique* (1881).

(655) **SAUZET, Marc.** *De la Responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels.* En: *Rev. crit. lég. et jur.*, 1883, p. 596 y ss.

(656) **BOZA, Edilberto.** *óp. cit.*; p. 11.

que en caso la causa del accidente sea desconocida, el *employeur* debería ser exonerado, resultando por ello necesario introducir un régimen de seguros capaz de cubrir este tipo de circunstancias⁶⁵⁷.

Posteriormente, Saintelette⁶⁵⁸, en 1884, contribuirá con la idea de la obligación de seguridad, reconociendo en el contrato de transporte una “garantía contractual de seguridad” y en el contrato de trabajo una “deuda de seguridad” del empleador frente a sus propios operarios. Para tal propósito, no resultaba extraño que este autor haya distinguido dicha garantía de la responsabilidad delictual, señalando que la primera se encontraba delimitada por el “propio contrato”. Añadirá que el *employeur* podrá liberarse de la responsabilidad solamente probando la culpa del trabajador o la fuerza mayor, quedando a su cargo los accidentes cuya causa permaneciese ignota⁶⁵⁹.

De acuerdo a un sector de la doctrina, luego de estas contribuciones, la jurisprudencia y doctrina francesa comenzaron a mostrarse favorables a la aplicación del “principio de la responsabilidad contractual por los accidentes ocurridos en la ejecución de las relaciones de trabajo y de transporte”⁶⁶⁰. De un lado se encontraba la jurisprudencia en materia de accidentes ferroviarios; del otro, sobre todo respecto a los accidentes laborales, la doctrina más autorizada, que si bien en un inicio defendió la regla de la *faute prouvée* afirmando que no debía considerarse injusto un sistema que en ausencia de la prueba positiva de la culpa dejaba el daño en el operario, varió a partir de 1885 su posición, admitiendo la regla de la responsabilidad contractual⁶⁶¹.

Cabe añadir, finalmente, que a pesar de lo anterior, se consideraba lícita la cláusula de exoneración y la propia presunción de culpa no impedía al empleador probar la ausencia de culpa demostrando haber adoptado las precauciones requeridas a fin de evitar el daño⁶⁶².

(⁶⁵⁷) SAUZET, Marc. *óp. cit.*; p. 596 y ss.; v. tb. FEOLA, Maria. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 39.

(⁶⁵⁸) SAINCTELETTE, Charles. De la responsabilité et de la garantie. (Accidents de transport et de travail). Bruxelles-Paris: Bruylant-Christophe, 1884, p. 95 y ss.

(⁶⁵⁹) FEOLA, Maria. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 39.

(⁶⁶⁰) Ídem, p. 40.

(⁶⁶¹) Ibíd.

(⁶⁶²) Ibíd.

En lo sucesivo, como consta en los trabajos de Glasson⁶⁶³ y Planiol⁶⁶⁴ (en clara tendencia por rechazar los postulados anteriores), se volverá a “revertir” la carga de la prueba, afirmándose, como en un inicio, que el trabajador, para ser resarcido, debía probar la negligencia del empleador. Un símil de esta regla se sostendrá a propósito del transporte de personas, exigiéndose la prueba de la culpa del transportista por parte de la víctima, mientras la “obligación” del primero llegaba hasta la adopción de las medidas idóneas de seguridad. Se ha dicho por esto que así configurada la responsabilidad contractual, esta no aportaba mejora alguna a la situación de la víctima de los accidentes y llegaba a los mismos resultados de la vieja idea del riesgo “voluntariamente” asumido por el contratante⁶⁶⁵.

7.1.2. Ahora bien, bajo la impronta de los postulados de Planiol, la civilística francesa de fines del siglo XIX abandonará la tesis del fundamento contractual de la obligación de seguridad, decantándose por el “principio revolucionario” de la responsabilidad por riesgo. Muestra de ello son los escritos de Saleilles⁶⁶⁶ o Josserand⁶⁶⁷, partidario este último de la responsabilidad objetiva por el riesgo creado de las *choses inanimées* (interpretación del art. 1384, párrafo 1. *Code*). No sorprende, entonces, que, en línea con la “moderna doctrina”, se haya tratado de reconducir la responsabilidad del transportista a dicha disciplina, siendo la misma beneficiosa para la víctima⁶⁶⁸.

Advertido que a nivel de doctrina la obligación de seguridad, salvo las excepciones enunciadas, no caló totalmente en la doctrina francesa, corresponde ahora abocarnos a la jurisprudencia, la cual, al parecer, y mayormente, entre fines del siglo XIX e inicios del siglo XX, siguió un camino distinto.

7.2. Lo cierto es que este recuento, incluso, podría comenzar con algunos pronunciamientos de los tribunales franceses de primeras décadas de siglo XIX. Basta observar una sentencia de la Corte Real francesa en la que se admitía que la empresa de transporte debía asumir frente a los viajeros una

⁽⁶⁶³⁾ **GLASSON, Ernest Désiré.** Le code civil et la question ouvrière. Paris: Librairie Cotillon, 1886, *passim*.

⁽⁶⁶⁴⁾ *v.* **PLANIOL, Marcel.** Examen doctrinal. *Jurisprudence civile*. En: *Rev. crit. lég. et jur.*, 1888, p. 273 y ss. (en especial, III).

⁽⁶⁶⁵⁾ **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 40.

⁽⁶⁶⁶⁾ **SALEILLES, Raymond.** Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. Paris: Librairie Cotillon, 1890, *passim*; ID. Les accidents de travail et la responsabilité civile: (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle). Paris: Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897, *passim*.

⁽⁶⁶⁷⁾ **JOSSERAND, Louis.** De la responsabilité du fait des choses inanimées. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence, 1897, *passim*.

⁽⁶⁶⁸⁾ **FEOLA, Maria.** Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 41.

obligación de garantizar su seguridad personal ante cualquier accidente, ya sea que esto último se deba a la culpa de las personas a las que encargó el servicio o a defectos inherentes al vehículo. Incluso si es que para un autor como Josserand el alcance de esta decisión debía centrarse en la limitación de la responsabilidad del transportista a las dos causas señaladas, ello no ha impedido hoy observar en dicha sentencia un antecedente de la obligación de seguridad cuya fuente, al mismo tiempo, derivaba de la ley y del contrato⁶⁶⁹.

En otras ocasiones, la jurisprudencia francesa se decantó por la solución extracontractual, incidiendo en que el transportista estaba obligado a velar por la seguridad de los viajeros, encontrándose el régimen de exoneración limitado únicamente al supuesto de fuerza mayor (incluso interpretado en forma restrictiva)⁶⁷⁰.

A medida que el progreso de la ciencia y tecnología iba acentuándose con mayor visibilidad, la cantidad de accidentes fue incrementando, sobre todo cuando el desarrollo del transporte ferroviario comenzó a tener preponderancia en el *life style* francés. Así, la mayor cantidad de casos en materia de transporte resueltos por la jurisprudencia francesa no encontró su causa directa en el surgimiento de un tipo “nuevo” de transporte masivo; al contrario, tuvo relación directa con el número de accidentes producidos.

Si en 1842, en ocasión del descarrilamiento de un tren dirigido a Versalles que ocasionó la muerte de 57 personas y más de cien heridos, los tribunales penales absolvieron a los imputados dada la ausencia de la prueba de la culpa, la situación cambió en ocasión de la intervención del legislador (Ley de 18 de julio de 1845), quien consideró a los concesionarios ferroviarios responsables frente a los pasajeros por los daños causados “a cualquier título”, imponiendo una serie de medidas tendentes a garantizar la seguridad en el transporte (ord. 15-21 noviembre de 1846)⁶⁷¹. En efecto, la “seguridad de los pasajeros” es nuevamente considerada como la “primera obligación”, tanto contractual como legal, del transportista. Y con ello, no solo las cortes penales, sino también los juzgados civiles, como

⁽⁶⁶⁹⁾ Ídem, p. 43.

⁽⁶⁷⁰⁾ Ídem, pp. 43-44.

⁽⁶⁷¹⁾ Ídem, p. 44.

la Corte de Apelación de París en 1866, responsabilizaron a los agentes transportistas por los daños sufridos por los pasajeros (quienes no tendrían de este modo que probar la culpa de los primeros para ser resarcidos)⁶⁷².

En lo sucesivo, básicamente luego de la guerra de 1870-1871, cierto será que la tendencia de dicha jurisprudencia será sometida nuevamente a cuestionamientos; algunas veces, los tribunales fallarán imponiendo al perjudicado la prueba de la culpa (a partir de la cual se fundaría la responsabilidad de las compañías de transporte)⁶⁷³; en otras ocasiones, sobre todo cuando el accidente solo tenía un pasajero perjudicado, se excluía la aplicación del art. 1784 *Code* (descartándose con ello la presunción de culpa), y aplicándose al contrario el art. 1382 *Code*, de modo que cuando el actor no acreditaba la negligencia del demandado, la demanda era desestimada⁶⁷⁴.

El hecho es que incluso hasta lo que vendrá a significar el *revirement* de 1911, la Corte de Casación sentó como precedente y regla la aplicación del régimen general delictual *ex* art. 1382 *Code*, descartándose con ello la extensión del régimen contractual a las víctimas del transporte (*ex* art. 1784 *Code*), e imponiéndose a estas últimas la carga de probar una culpa que usualmente no era factible de ser aportada⁶⁷⁵.

En el fondo, podría decirse pues que los jueces se mostraban más sensibles a los argumentos de las compañías, de los patrones y de los mismos abogados, quienes no tenían la intención de soportar las consecuencias de accidentes considerados como “inevitables”, y que temían la aprobación de una ley sobre la responsabilidad por riesgo⁶⁷⁶.

Como señala Halperin, la decisión de la casación sobre el *affaire Recullet* abre un periodo de incerteza jurisprudencial de cerca de treinta años⁶⁷⁷. Así pues, aun cuando desde los tribunales y cortes de apelación pudieron haber hecho pensar que se presentaba un direccionamiento claro en la fórmula

(⁶⁷²) Ibid.

(⁶⁷³) Ibid.

(⁶⁷⁴) FAURE-ABBAD, Marianne. *óp. cit.*; p. 97.

(⁶⁷⁵) FEOLA, Maria. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 45.

(⁶⁷⁶) Ibid.

(⁶⁷⁷) HALPERIN, Jean-Louis. *La naissance de l'obligation de sécurité... óp. cit.*; p. 1178.

propuesta por la judicatura, debía advertirse que se trataban en el fondo de decisiones que recayeron sobre casos en donde los accidentes “individuales” eran caracterizados por la imprudencia cometida por la víctima en la gestación de estos⁶⁷⁸.

La *Cour de Cassation*, reafirmando su postura en sucesivas decisiones, no pretenderá inmiscuirse en la “labor del legislador”, limitándose a expresar su contrariedad a la idea de una obligación contractual de seguridad a favor de los trabajadores, máxime cuando el Parlamento francés se encontraría dividido sobre tal cuestión hasta la aprobación de la ley de 1898⁶⁷⁹.

Sin perjuicio de lo anterior, cierto es que algunos jueces de mérito, y, en particular, del Tribunal de Comercio de París, admitían que los accidentes (ferroviarios) “creaban una situación del todo particular”, de modo que, incluso sin pretender aplicar el art. 1784 al contrato de transporte, eran propensos a reconocer que el transportista se obligaba *-implícitamente-* a transportar a su destino a los pasajeros *sanos y salvos* (protegidos estos últimos por la ley sobre el contrato, siendo aplicable ante la ocurrencia de un accidente la figura de la responsabilidad contractual *ex arts. 1147 y 1315 Code*). Aun con esto, el orientamiento no parecía ser único, ni mucho menos⁶⁸⁰.

A partir de lo señalado, se ha afirmado con razón que fueron las dudas en torno al régimen aplicable lo que, en parte, explica la evolución que se verificaría entre 1905 y 1907 y que precede a las sentencias famosas de los años 1911 y 1913. Así, ya sea en 1905, en donde el Tribunal de Tolosa -en el juzgamiento de un accidente ferroviario- impuso al transportista una presunción de responsabilidad basada en la “imposibilidad” o “impracticabilidad” del pasajero para aportar la prueba directa de la *faute*, o en el *affaire Zbidi Hamida ben Mahmoud* (1907-1908), en donde la Corte de Apelación de París “incrementó” la obligación de las empresas ferroviarias en favor de los agentes postales ambulantes que sufriesen accidentes en el curso del transporte ferroviario⁶⁸¹, lo único cierto en relación al desenvolvimiento jurisprudencial de la materia en cuestión era su marcada ambivalencia.

(⁶⁷⁸) FEOLA, Maria. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 45.

(⁶⁷⁹) Ídem, pp. 45-46.

(⁶⁸⁰) Ídem,

p.

46.

(⁶⁸¹) *Ibíd.*

Tal ambivalencia, sin embargo, no ha impedido a un sector de la doctrina advertir en este periodo “incierto” una evolución jurisprudencial que puede ser dividida en tres etapas⁶⁸²:

(i) La primera que comenzó en 1804 con el *Code* y se expandió hasta 1884, caracterizada por una marcada indiferencia frente a la problemática en cuestión, y preservando así el carácter inveterado de la responsabilidad extracontractual;

(ii) La segunda, fundada a partir de la proliferación de accidentes propios de una época marcadamente industrial y en una tendencia “generosa” por socorrer a las personas “víctimas de las máquinas y del progreso”, en donde las “incertezas” en torno a la problemática en cuestión fue el rasgo distintivo de una jurisprudencia que promovió (a) o una legislación especial sobre los accidentes de trabajo, (b) o la interpretación objetiva del primer párrafo del art. 1384 *Code*, (c) o “audazmente” -como alude un sector de la doctrina⁶⁸³-, la existencia de una obligación contractual de seguridad, y cuya data se extenderá hasta el *revirement* de 1911; y,

(iii) La tercera, que partiendo de la fecha anterior, atestigua el fin del “reino de la responsabilidad delictual” extendiéndose, no sin rechazo (de algunos sectores), durante los años venideros, incluso hasta antes de la reciente reforma del *Code*.

Corresponde entonces abordar el *revirement* de 1911 y su influencia respecto del desarrollo de la tercera etapa jurisprudencial.

⁽⁶⁸²⁾ Ídem, p. 47.

⁽⁶⁸³⁾ FAURE-ABBAD, Marianne. *óp. cit.*; p. 95.

7.2.1. En el origen de la nueva jurisprudencia francesa tuvo lugar una “cosa curiosa”, a propósito de un “miserable acuerdo” que dio lugar a una controversia en torno a una “secundaria cuestión de competencia” (arrêt de 21 de noviembre de 1911)⁶⁸⁴.

Los hechos ocurrieron sobre un barco que hacía el trayecto entre las ciudades de Túnez y Annaba (durante la ocupación francesa, esta ciudad de Argelia era denominada Bône).

En dicha circunstancia, un pasajero fue herido en el pie como consecuencia de la caída de un barril que había sido colocado (acomodado) en forma negligente. La víctima demandó a la Compañía General Transatlántica ante el Tribunal Civil de Bône a fin de obtener el resarcimiento del daño; sin embargo, la demandada planteó una excepción de incompetencia del juez invocando el art. 2 de la cláusula del contrato de transporte que se encontraba en el reverso del pasaje, y en donde se fijaba como foro competente al Tribunal Comercial de Marsella⁶⁸⁵.

A efectos de decidir el pleito, la Corte de Apelación de Argelia consideró infundada la excepción de incompetencia y confirmó la decisión del 8 de agosto de 1907 dictada por el Tribunal de Bône, afirmando que la cláusula inserta en el reverso del ticket regulaba propiamente el mero contrato de transporte, así como las consecuencias derivadas de su actuación; al contrario, el pasajero no accionaba en virtud de dicho contrato y sus estipulaciones, sino en razón de un cuasi-delito a partir de cual imputaba a la compañía responsabilidad civil *ex art. 1384 Code*⁶⁸⁶.

Si allí hubiese culminado el proceso, el caso señalado hubiese representado una anécdota; sin embargo, no fue así.

(⁶⁸⁴) Cass., Civ. 21 novembre 1911, en Recueil Sirey (1912), con anotación de **LYON-CAEN, Charles**; igualmente, en Recueil Dalloz (1913), con anotación de **SARROUT, Louis**; **RODIÈRE, René**. *óp. cit.*; p. 997; **JOSSERAND, Louis**. *Le contrat dirigé...* *óp. cit.*; p. 90; **BENATTI, Francesco**. *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»...* *óp. cit.*; p. 1346; **STARCK, Boris - Henri ROLAND - Laurent BOYER**. *óp. cit.*; p. 596; **DI MAJO, Adolfo**. Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 232; **VIALARD, Antoine**. *óp. cit.*; p. 129; **FAURE-ABBAD, Marianne**. Le fait générateur de la responsabilité contractuelle: contribution à la théorie de l'inexécution du contrat... *óp. cit.*; pp. 95-98.; **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sicurezza... *óp. cit.*; p. 49 y ss.; **MOREILLON, Laurent**. “L'obligation de sécurité du vendeur en droits français et suisse”. En: Mélanges en l'honneur de Bernard Dutoit. Genève: Librairie Droz, 2002, p. 166; **BRIESKORN, Konstanze**. Vertragshaftung und responsabilité contractuelle: ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa. Tübingen: Mohr Siebeck, 2010, p. 60.

(⁶⁸⁵) **VIALARD, Antoine**. *óp. cit.*; p. 129.

(⁶⁸⁶) **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sicurezza... *óp. cit.*; p. 50.

La referida compañía interpuso recurso por violación y falsa aplicación de los arts. 1146 y ss., 1134 y ss., y 1382 y ss., pero, en su afán por lograr casar la sentencia de la Corte de Apelación de Argelia, consigue una “victoria pírrica”, que, con el transcurrir de los años, significará una verdadera catástrofe para todos los transportistas que resultasen obligados a efectuar transporte marítimo, terrestre o aéreo⁶⁸⁷. En efecto, en dicha sentencia, que devendrá en auténtico *leading case*, la Corte francesa afirmó que la ejecución del contrato de transporte comporta para el transportista la obligación de transportar al pasajero sano y salvo (*sain et sauf*) a su destino⁶⁸⁸, de modo que el juez debió advertir que fue en el curso de la ejecución contractual que el demandante sufrió los daños cuya reparación reclamó («souffle d'équité»⁶⁸⁹). Dicho esto, la Corte concluirá que la Corte de Apelación de Argelia decidió, en forma errónea, no dar efectos legales a la cláusula de competencia discutida⁶⁹⁰.

Con ello, si bien la sentencia fue casada, el efecto *a posteriori* fue tanto más pírrico como importante: el *revirement* y la contractualización de la obligación de seguridad en el panorama jurídico francés.

En línea de confirmación de la solución comentada, se encuentra un caso de 1913, en donde el actor, aprovechando la regla establecida en la Casación de 1911, demanda a la Compañía ferroviaria *du Midi* ante el Tribunal comercial de Bayonne sobre la base de los arts. 1147 *Code* y 420 del Código Procesal Civil francés, a fin de exigir el resarcimiento de los daños causados a su hijo producto de un accidente ferroviario, sustentando la misma a partir del incumplimiento del contrato de transporte respecto del menor. En este caso, la demandada plantea una excepción de incompetencia, afirmando que dicha responsabilidad es delictual o quasi-delictual y estaría fundada en el art. 1382 *Code*. Sin embargo, la Casación, al rechazar el recurso interpuesto contra la sentencia de la Corte de Apelación de Pau que había declarado legítimamente competente al Tribunal comercial de la sede del contrato, afirmó que la emisión de un boleto al pasajero implica, sin necesidad de estipulación expresa en tal sentido, la obligación para la compañía ferroviaria de trasladar a este *sain et sauf* a su destino; en caso

⁽⁶⁸⁷⁾ Ídem, p. 51.

⁽⁶⁸⁸⁾ **VIALARD, Antoine.** *óp. cit.*; p. 130; **BENATTI, Francesco.** *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»...* *óp. cit.*; p. 1347; **MOREILLON, Laurent.** *óp. cit.*; p. 166.

⁽⁶⁸⁹⁾ *v.* **FAURE-ABBAD, Marianne.** *óp. cit.*; p. 98.

⁽⁶⁹⁰⁾ **FEOLA, Maria.** *Le obbligazioni di securité...* *óp. cit.*; pp. 50-51.

ello no ocurra, se estará ante la violación de su obligación y consecuente incumplimiento del contrato⁶⁹¹.

Lo anterior motivó a un sector de la doctrina francesa caracterizada por la defensa de la tesis contractual de la obligación de seguridad a precisar que al ser “obligación” del transportista velar por la seguridad física del pasajero, la forma de exonerarse de la misma era aportando la prueba del caso fortuito, la fuerza mayor, el vicio propio de la cosa, o la *culpa* del viajero⁶⁹² (arts. 1784 *Code*, 103 y 104 del Código Comercial francés). No bastaba para el empresario probar que había actuado con el cuidado del buen padre de familia, que adoptó todas las precauciones necesarias, observando todos los reglamentos, o que en él se encontraba exenta la culpa⁶⁹³. Siendo ello así, no debe sorprender que se haya afirmado que la doctrina y la jurisprudencia habían adoptado una fórmula que, al contrario, parecía inexacta: “se presumía la culpa del transportista”. Así pues, siguiendo a Planiol, Sarrut concluirá que no era necesario demostrar la culpa del deudor para condenarlo (como ocurre en el sistema *ex delicto*); era suficiente constatar que existía una obligación cuya extinción no estaba probada⁶⁹⁴. En cualquier caso, el hecho que la víctima no cargue con la prueba de la culpa del empresario (ahora el descarte correspondía a este último, quien se encontraba para tal propósito en “mejor aptitud”⁶⁹⁵) hizo “indemnizable” -en la práctica- los accidentes ocurridos en ocasión del transporte⁶⁹⁶.

Dicha doctrina reafirmará además su posición por descartar que la hipótesis en estudio pueda ser tutelada mediante la responsabilidad extracontractual (régimen general *ex art. 1382 Code*, o por el hecho de la cosa inanimada *ex art. 1384.1*) debido a que dicha solución prescinde del análisis de un importante elemento de hecho: el contrato de transporte. En efecto, el art. 1382 *Code* presupone la ausencia de un vínculo contractual, siendo el delito la “causa jurídica de la responsabilidad”; sin

⁽⁶⁹¹⁾ Ídem, p. 51.

⁽⁶⁹²⁾ Ídem, p. 52.

⁽⁶⁹³⁾ *Ibid.*

⁽⁶⁹⁴⁾ **SARRUT, Louis.** *óp. cit.*; p. 254.

⁽⁶⁹⁵⁾ **FAURE-ABBAD, Marianne.** *óp. cit.*; p. 98.

⁽⁶⁹⁶⁾ **FEOLA, Maria.** *Le obbligazioni di securité... óp. cit.*; p. 53.

embargo, en el caso del transporte, la relación entre transportista y pasajero se encontraba disciplinada por un contrato. En cualquier caso, el pasajero no era pues *un tercero*⁶⁹⁷.

Por otra parte, con la Casación de 21 de abril de 1913, el *leading case* al cual hicimos referencia encontró ulterior aplicación, agregándose, además, que la aplicación de la disciplina contractual implicaba que la acción de resarcimiento ejercitada por la demandante no se encontraba sujeta al plazo de prescripción de tres años previsto en el art. 638 del código de instrucción criminal francés de 1808⁶⁹⁸.

Asimismo, la nueva tendencia jurisprudencial presentaba como mérito el haber superado la “laguna” del *Code* en materia de transporte de personas. En efecto, la solución en este último caso no derivó de la aplicación directa o por analogía de los arts. 1784 *Code* y 103 del Código Comercial francés -los cuales, encontrando fundamento en la teoría del depósito de las cosas ciertas e individualizadas, no eran extensibles a las persona en la medida que no podía ser esta objeto de depósito- sino en la interpretación de las reglas del incumplimiento *ex art.* 1147 *Code* (descartándose la presunción de culpa -que invitaba a pensar que la *non culpa* era fuente de exoneración- e imponiéndose al acreedor la obligación hasta el límite de la imposibilidad), respecto de la cual el propio art. 1784 representaba una específica manifestación. Y, si bien la responsabilidad del transportista por los daños a la persona no se fundaba en la “responsabilidad por el transporte de mercaderías”, la misma no debía reconducirse, por antonomasia, a la responsabilidad *ex art.* 1382 *Code*⁶⁹⁹.

7.2.2. Visto en perspectiva la evolución doctrinaria y jurisprudencial de la *Obligation de sécurité*, parece claro que esta, en el ámbito del transporte de personas, nació no como una obligación de medios (o diligencia) sino como una de resultados⁷⁰⁰.

Dicha distinción pretende delimitar los confines entre la responsabilidad objetiva y subjetiva, sustrayendo de la *obligation de moyens* el rigor probatorio del caso fortuito o la fuerza mayor. Así pues,

⁽⁶⁹⁷⁾ SARRUT, Louis. *óp. cit.*; p. 255.

⁽⁶⁹⁸⁾ FEOLA, Maria. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 54.

⁽⁶⁹⁹⁾ Ídem, pp. 55-56.

⁽⁷⁰⁰⁾ Ídem, pp. 56-57.

en el caso de la obligación de seguridad, esta imponía al transportista a conducir, desde el inicio, al pasajero sano y salvo hasta su destino, de modo que el solo hecho que tal resultado no fuera conseguido, habilitaba al pasajero a obtener el resarcimiento de los daños generados, salvo que el transportador probara la causa extraña no imputable a él, conforme al art. 1147 *Code* (asumiendo la responsabilidad incluso si la causa del accidente resultaba desconocida)⁷⁰¹.

La tendencia expuesta vino a ser confirmada luego por la Corte Suprema (Cas. 10 de mayo de 1921), quien decidió casar la sentencia del juez de apelación que había rechazado la responsabilidad del transportista sobre la base de la sola declaración del demandante de haber sido golpeado en el brazo producto de un objeto que había venido del exterior en el momento en que el tren se encontró con otro. En este caso, la Corte Suprema afirmó que no se estaba en presencia de una simple presunción de culpa o de responsabilidad, en la medida que ello presupone un juicio de valor sobre el comportamiento del deudor a efectos determinar si este ha actuado bien o mal; al contrario, el incumplimiento de la obligación de seguridad conducía a una responsabilidad sin culpa u objetiva dado que la prueba de la causa *étrangère* prescindía de cualquier juicio sobre la conducta del deudor. De esta manera, no bastaba que el demandado pruebe que no había cometido una *faute* o que su comportamiento había sido diligente; necesitaba demostrar que su conducta no era la causa del daño del demandante⁷⁰².

7.3. Aun cuando la llamada *Obligation de sécurité* encontró tierra fértil en el contexto francés, ello no quiere decir que su tratamiento se haya limitado a Francia, máxime cuando el modelo de aquél país fue importado a numerosos ordenamientos jurídicos civiles en Europa Continental, en cuya tradición y abolengo primó lo francés. Ciertamente es pues que existieron diversas irrupciones de la categoría en cuestión, incluso con anterioridad a la fecha de nacimiento “oficial” de la obligación de seguridad en Francia, y cuyo detalle corresponde abodar brevemente.

Un primer ejemplo es Bélgica, en donde la jurisprudencia no quiso acoger la teoría de Saintelette, pero el propio legislador dispuso a fines de 1891 (Ley de 25 de agosto de 1891) que el

⁽⁷⁰¹⁾ Ídem, p. 57.

⁽⁷⁰²⁾ Ídem, p. 58.

transportista podía exonerarse de la responsabilidad contractual frente al pasajero solamente probando la fuerza mayor o la culpa de la víctima⁷⁰³.

En Luxemburgo, la Ley de 8 de febrero de 1908 reguló tanto la degradación o la pérdida de la mercadería, como los accidentes sufridos por los pasajeros, extendiéndose para tal efecto la solución de los arts. 1784 *Code* y 103 del Código Comercial francés⁷⁰⁴.

Incluso en Líbano, la obligación de seguridad fue objeto de materia legislativa. A pesar de la indudable influencia de Josserand en la redacción de su código de las obligaciones y de los contratos, el segundo párrafo del art. 688 dispuso que el contrato de transporte de personas ponía a cargo del transportista la obligación de transportar al pasajero sano y salvo a su destino y dentro de los límites de tiempo previstos; en caso de accidente, la responsabilidad contractual del transportista sucumbía a la prueba de la fuerza mayor o de la *faute* de la propia víctima⁷⁰⁵.

Por otra parte, en Italia fue la propia jurisprudencia la que introdujo la obligación de seguridad⁷⁰⁶, incluso antes que su posterior aceptación por la Corte de Casación francesa. En efecto, la Corte de Apelación de Genova afirmó que la obligación de seguridad era un elemento esencial del contrato de transporte de personas, de modo tal que el transportista, además de trasladar al pasajero, debía salvaguardarlo de los accidentes, concluyendo que la acción de resarcimiento de los daños no podía ser otra que la contractual, toda vez que el hecho controvertido yacía sobre la correcta ejecución de un contrato. De igual parecer fue la Corte de Casación de Roma, la cual sostuvo que el objeto del contrato de transporte comprendía la obligación del transportista de salvaguardar la integridad física de la persona, al punto que el juez no podía dudar que el contrato de transporte implicaba virtualmente la obligación para el transportista de garantizar la seguridad del pasajero⁷⁰⁷.

(703) Ídem, p. 60.

(704) *Ibid.*

(705) **RODIÈRE, René.** *óp. cit.*; p. 997 (nt. 7); **FEOLA, Maria.** *Le obbligazioni di sécurité... óp. cit.*; p. 60.

(706) Como refiere Rodière y, a partir de ello, Feola, fue Josserand quien dejó constancia de la existencia de una sentencia de la Corte de Casación de Napoli de 25 de mayo de 1895. *v. RODIÈRE, René.* *óp. cit.*; p. 997; **FEOLA, Maria.** *Le obbligazioni di sécurité... óp. cit.*; p. 61.

(707) *Ibid.*

Finalmente, incluso en Argentina se introdujo “indirectamente” la obligación de seguridad, y es que a propósito de la regulación del contrato de transporte, contenida en el Código de Comercio de 1889, se estableció en el art. 184 que “en caso de muerte o lesión de un viajero, acaecida durante el transporte en ferrocarril, la empresa estará obligada al pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, no obstante cualquier pacto en contrario, a menos que pruebe que el accidente provino de fuerza mayor o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien la empresa no sea civilmente responsable”. Según un sector de la doctrina de aquél país, esto significaba que “implícitamente existía la garantía para el pasajero de ser transportado y de llegar ileso al punto de destino. Es por ello que debía colocarse la disposición dentro del sistema de la culpa contractual (...)”⁷⁰⁸.

7.4. Advertido el suceso de la obligación contractual de seguridad en Francia, no sorprende que la jurisprudencia francesa haya extendido en forma progresiva y rápida el instituto, primero, a todo el sector de transporte de personas, independientemente del método de locomoción empleado, luego a contratos considerados análogos al transporte, y finalmente a supuestos de hecho totalmente distintos.

Solo para centrarnos en el transporte, la tesis de la responsabilidad del transportista fundado sobre la promesa contractual de trasladar al pasajero sano y salvo a su destino comenzó a regir al transporte a caballo, ferrocarril, tranvía, taxi, camión, autobus, barco, e incluso el transporte aéreo (aun cuando resultaba admisible la cláusula de exoneración, conforme a la Ley de 31 de mayo de 1924)⁷⁰⁹.

La sentencia de la Corte de Casación de 21 de abril de 1913, además de reafirmar la tesis contractual, fue más allá que el *leading case* de 1911, extendiendo al transportista el régimen de responsabilidad contractual incluso en ausencia de un contrato entre el agente postal y la compañía de transporte. En este caso, el transportista no había emitido un ticket sino solamente una tarjeta de identificación, la cual permitía la libre circulación al interior del tren, conforme al § 1 del art. 56 del

(708) *v. p.e.*, **RIVAROLA, Mario**. Tratado de derecho comercial argentino. Estudio y correlación de la legislación argentina vigente. Tomo III. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda., 1939, pp. 465-466. Sobre la experiencia argentina (a propósito del art. 12 del Código Civil de 1984) ahondaremos en el Cap. IV.

(709) **FEOLA, Maria**. Le obbligazioni di sécurité... *óp. cit.*; p. 62.

pliego de la compañía ferroviaria, según el cual para cada tren de pasajeros, la empresa transportista debía reservar dos compartimentos especiales de forma gratuita para el servicio de la oficina postal⁷¹⁰.

Ubicados en un momento en donde la ciencia jurídica no había resuelto el problema del transporte gratuito en clave contractual, y distinguiendo tal problemática del transporte amistoso terrestre, un sector de la doctrina que tuvo a su cargo el comentario de la sentencia objeto de análisis, a fin de justificar esta inédita solución, refirió a la figura de la “estipulación en interés de sus agentes”, a través de la cual la Administración Postal, tácitamente, celebró en favor de estos un contrato de transporte⁷¹¹.

La invención jurisprudencial referida adoptó un cariz relevante en la medida que permitió aplicar al transporte de personas no las reglas del cuasi-delito sino del incumplimiento, a pesar de la ausencia de un contrato directamente celebrado entre el transportista y la víctima. El atestiguar la presencia de una relación jurídicamente relevante, no formalizada explícitamente, que obligaba al deudor de la prestación de transporte a resarcir el daño sufrido por un “tercero” que no es parte del contrato, significará un momento significativo en el desarrollo de la obligación de seguridad⁷¹².

Así pues, en este caso, la *Cour de Cassation* dio vida a un fenómeno mucho más complejo que la mera obligación de seguridad. Por regla, esta venía inserta, incluso implícitamente, en un contrato estipulado entre el transportista y el pasajero, como obligación “accesoria” a la obligación de transportar. En el caso decidido en abril de 1913, en ausencia de un contrato, la *Obligation de sécurité* tendría su fuente en una *stipulation pour autrui*, la cual se creía tácitamente estipulada entre la Administración Postal y la compañía de transporte, en exclusivo interés de los agentes de la primera⁷¹³.

(710) Ibíd.

(711) Ibíd.

(712) Ídem, p. 63.

(713) Ibíd.

Se puede decir que el caso de 1913 fue el hito que derivó en una expansión de la *Obligation de sécurité*, aunque ello solo es así si es que se relaciona tal fenómeno al concepto antes que a la mecánica de la figura, como veremos.

De acuerdo a como estaba planteada la figura de la obligación de seguridad, esta no podría presentarse en ausencia de un contrato de transporte, representando aquella una necesaria consecuencia de este último; de ahí que la obligación de seguridad grave sobre todos los transportistas, empresarios, que en el ejercicio de su actividad profesional prometen el traslado de los viajeros mediante un medio de transporte. Lo cierto es que ello significaría que el transportista asumiría la obligación de transportar sano y salvo solo en caso el contrato de transporte se encuentre formalmente celebrado, por lo que, al contrario, la “relación de seguridad” no cubriría a sujetos que no se vinculasen con el transportista por algún contrato, ni a aquellos *partners* que han suscrito otros contratos diferentes con el transportista.

Así pues, para graficar lo anterior, cabría señalar que no podría haber sido tutelado en virtud de una obligación de seguridad el pasajero al que no se le haya entregado un válido ticket de viaje, o aquél que hubiera seguido en el medio de transporte pese a que la estación de destino ya había sido superada, o el que viajaba sin haber acordado ningún contrato de transporte con el transportista. En la misma línea, la obligación de seguridad tampoco estaría en beneficio del titular o sus empleados de un puesto de periódicos o de cualquier otra actividad comercial desenvuelta en el interior de una estación ferroviaria⁷¹⁴.

Pese a lo anterior, es importante precisar dos cuestiones: (i) por un lado, que la obligación de seguridad podía abarcar casos en los cuales no se presentaba una formal celebración de un contrato de transporte entre el transportista y el pasajero, o hipótesis en las cuales si bien no cabía alegar la existencia de dicho tipo de contrato, la jurisprudencia hacía extensible dicho instituto a otros contratos seleccionados en función a una analogía estructural y funcional con el contrato de transporte; y (ii) por el otro, que la obligación de seguridad no es siempre exigible por el mero hecho

(714) Ídem, p. 143.

que un contrato de transporte ha sido celebrado. En efecto, podría ocurrir que el evento dañoso se verifique en un momento anterior o posterior respecto a la ejecución de un contrato de transporte incluso ya concluido, de modo que en tales escenarios la obligación de seguridad sería inexigible⁷¹⁵.

Atendiendo la primera cuestión, y dado que la figura del transporte gratuito no había sido contemplada en el *Code*, la jurisprudencia francesa consideró protegido por una obligación de seguridad también a aquellos sujetos que, incluso en ausencia de un contrato de transporte, viajaban sobre la base de una “relación jurídicamente calificada”; tal y como consta del citado caso de 21 de abril de 1913, en donde la Corte percibió en el art. 56 del *Cabier des charges des Compagnies de chemin de fer* (que obligaba a las empresas ferroviarias al transporte gratuito de los agentes necesarios para el servicio postal), la fuente de una obligación de seguridad que imponía tácitamente a las empresas transportar a dichos agentes como cualquier otro pasajero: sano y salvo a su destino⁷¹⁶.

Lo cierto es que para juzgar la existencia de una obligación de seguridad, como en el caso anterior, la persona del *solvens* terminó de resultar irrelevante (el transportado, la Administración de la cual depende este último, o “cualquier” tercero) así como la forma en la que venía pagada la contraprestación. En otras palabras, el “pasajero” al cual la seguridad era contractualmente debida era quien finalmente resultaba transportado en virtud del contrato, no el *solvens*. Así pues, el ganadero que llevaba a los animales en el tren será considerado pasajero protegido por una obligación de seguridad, pese a que el precio del boleto haya sido pagado por la persona para quien este trabaja (incluso si el costo de viaje del ganadero se encontraba comprendido en el de los animales)⁷¹⁷.

Como un atento sector de la doctrina señala, esta regla fue extensible para el transporte de familiares, grupos deportivos y religiosos, entre otros⁷¹⁸.

Ahora bien, cuando la presencia de una persona en un determinado medio de transporte se justificaba en función a una orden de alguna autoridad, como ocurrió en el caso de los soldados en

⁽⁷¹⁵⁾ Ídem, p. 144.

⁽⁷¹⁶⁾ Ídem, p. 63.

⁽⁷¹⁷⁾ Ídem, p. 145.

⁽⁷¹⁸⁾ *Ibid.*

licencia (durante la Primera Guerra Mundial) habilitados a abordar el transporte ferroviario (del frente a casa, y viceversa) por decisión de la autoridad militar respecto a las empresas transportistas, y ante la ocurrencia de un accidente, las cortes francesas (en sede de casación o incluso por el Tribunal *des Conflits*), sostuvieron que el Estado había estipulado en favor de los soldados el beneficio de la obligación de seguridad a cargo del transportista, encontrando la fuente de dicha “relación” en una *stipulation pour autrui tacite* de naturaleza no convencional, sino legal⁷¹⁹.

Sobre esto, las críticas no se hicieron esperar, aduciendo que la orden militar no era un contrato sino un acto unilateral de la administración, de modo que la *stipulation pour autrui* no podía ser aplicable, dado que precisaba indefectiblemente de un acuerdo contractual (entre estipulante y promitente)⁷²⁰.

Luego de lo expuesto, debemos señalar que el discurso en torno a la categoría de la *stipulation pour autrui tacite* presentó una doble característica: (i) fundaba una relación de “seguridad” entre un tercero y el acreedor contractual; y (ii) ligaba dicho vínculo a partir de un acuerdo “tácito” entre ambos sujetos. Sobre lo primero, la categoría entró en conflicto con el principio de relatividad del contrato, el cual, a diferencia del modelo alemán, si representaba la regla general. Esta circunstancia derivó necesariamente en la segunda característica, y es el acuerdo “tácito” entre ambos sujetos. Dado que el sistema francés requería la aceptación del tercero en la categoría del *stipulation pour autrui*, la única forma que podía haber para que el “beneficio” del tercero sea exigible (seguridad) era “presumir” su aceptación tácita.

VIII. Para comprender en su real dimensión la categoría de la obligación de seguridad y su pretendida extensión mediante la *stipulation pour autrui tacite*, resulta aleccionador el confrontar el modelo francés con el alemán del «deber de protección» y el *VSD*.

8.1. (a) El largo camino que hemos recorrido para presentar el excurso histórico dogmático de los *Schutzpflichten* se justifica por una razón: la necesidad de observar en la figura un pasado sin el cual su germinación no hubiese sido posible. Ubicados a mediados del siglo XIX, la

⁽⁷¹⁹⁾ Ídem, p. 146.

⁽⁷²⁰⁾ Ídem, p. 147.

dogmática alemana comenzó a florecer y germinar conocimiento a partir de la puesta *en duda* de las categorías que compusieron el estudio de las Pandectas y cuya herencia romana significó una necesaria ligazón entre un pasado y un presente que debía ser leído y estudiado en conjunto, y sin el cual el método deductivo no hubiese resultado suficiente. Significó pues la revalorización de la historia como herramienta para lograr el conocimiento.

No cabe duda que este escenario representó en realidad un pequeño espectro dentro de un cuadro general del desarrollo del conocimiento humano y más precisamente de las ciencias sociales que hizo de Alemania el centro del saber. Así pues, atraído por una filosofía moderna entre cuyos exponentes se ubicaban Kant y Hegel, el derecho alemán cobró una nueva dinámica. Había que dejar de lado un rezago histórico propio de los filósofos: la creación a partir de la destrucción. Y fue la filosofía de Hegel la que coadyuvó a desterrar tal práctica. Entonces el pasado significó un momento particular en un espacio tiempo que debía ser superado pero en donde justamente este último debía ser a su vez un momento consecuente dentro de una mecánica que se repetiría sucesivamente hacia adelante, con base en el “atrás”.

La obligación comenzó a ser repensada a partir de la búsqueda de su “concepto”. Como vimos, en la posición de Savigny reposa la filosofía Kantiana, otros recurrieron al pasado, e indefectiblemente fue necesaria la crítica; una tras otra. Ello resultó fundamental porque sin tal circunstancia no se hubiese podido desligar la noción de “obligación” de otros vínculos de carácter intersubjetivo. Se asentó así la diatriba entre obligación y deber. Luego vino el derecho postestativo y su autonomía; la excepción y su carácter histórico; la carga frente al deber; la expectativa; entre otras categorías dogmáticas que el método deductivo conceptualizó para regir la casuística imperante de fines de siglo XIX e inicios de siglo XX.

Fueron muchas categorías que coexistían en el desarrollo de la relación de obligación. Esta, por otra parte, sufrió una implosión cuando se advirtió que ella no se limitaba a unir un derecho de crédito con una deuda. No tardó así de postularse una vinculación entre las posiciones jurídicas que convivían con la “obligación” y esta última. Coadyuvó a este escenario la *p/V* de Staub, sin duda, dado que como señalamos, su principal aporte, desde nuestra óptica, excedió la constatación de una

laguna, centrándose esta en la identificación del deber accesorio como categoría autónoma al deber de prestar. La relación de obligación entonces dejó de ser estudiada preponderantemente en función a su concepto y pasó a ser tratada a partir de su contenido; uno en el cual se encontraban las posiciones jurídicas antes referidas. Fue este el bajage previo a la nueva concepción de la relación de obligación; una que representaba un «*sistema móvib*».

No debe sorprender así que a la par de todo este fenómeno histórico, la dogmática fue remplazando la jurisprudencia de los conceptos por la jurisprudencia de los intereses.

Sin nada de lo anterior no hubiese podido existir Stoll, y con ello los «deberes de protección».

Así pues, referirse a estos deberes implica necesariamente tener en cuenta cada momento y circunstancia particular que vivió la ciencia del Derecho Civil alemán y de las cuales fue un producto consecuente y lógico.

Esta síntesis discursiva nos permite observar una cuestión fundamental: *la génesis de los «deberes de protección» fue ante todo una labor de la doctrina alemana, de modo que esta devino en una categoría jurídica de alcance genérico y sistemático*. De ahí que el «deber de protección» presente rasgos completamente definidos y logre autonomía conceptual de las demás categorías (a nivel teórico).

¿Podemos decir que lo mismo ocurrió con la obligación de seguridad?

No.

En Francia, el método de estudio del Derecho Civil no fue similar al alemán. Alejado de la dogmática, el civilista francés del siglo XIX fue ante todo un exégeta, en gran medida porque el *Code*, como pudimos ver, representó, ante todo, un programa político.

La exégesis comportó la valoración de la casuística y del estudio en función de aquél. Quedaba rezagada cuando no descartada la posibilidad de una real construcción dogmática en torno a la categoría, si es que lo que se quería era “descubrir” el pensamiento del legislador. Así, no fue necesario un estudio sobre el concepto de la obligación, recayendo sobre este una variedad de significados que

permitieron advertir en este una real condición polisémica anclado sobre la noción de *vinculum iuris* y bajo el legado de la *obligatio* romana. Esto conllevó a que todo fenómeno de carácter obligatorio adopte el *nomen* “obligation”, el cual se encontraría caracterizado en principio por la relación entre deudor y acreedor definido por una “obligación” de prestar”, sin que ello impida advertir que cualquier “obligación” *au-delà* de la prestación también sea concebida a partir de dicho término -de ahí que no sorprende que se hayan formulado clasificaciones en torno a la “obligación”-.

De esta manera, en la fórmula francesa, el término “obligación” podía describir tanto el vínculo intersubjetivo de naturaleza patrimonial, la propia prestación comprometida, cuando no al propio deudor obligado. Incluso, en lo que respecta a lo primero, este término servía también para describir aquellas actividades exigibles al deudor que no representaban en estricto el deber primario de prestación (obligaciones accesorias). Lo cierto es que la ubicación del sintagma “obligación” en varios fenómenos de relevancia jurídica trajo consigo la imposibilidad de desarrollar una dogmática que tenga por objeto estudiar la vinculación que existía entre todos los fenómenos que la “obligación” representaba. Todo lo contrario, lo que se enraizó en el ideario francés de fines de siglo XIX fue una clara tendencia por ampliar aún más el alcance del significante “obligación”; antes siquiera de pensar en la alteración de su “significado”. Una vez estudiada la experiencia peruana, ello quedará mucho más claro.

Ahora bien, este proceso de “ampliación” o “ensanchamiento” de aquello que connotaba la “obligación” adoptó básicamente el método exegético e inductivo. Cuando ocurrió lo primero, el fenómeno en cuestión tuvo por fuente el *Code* o las normas sectoriales; cuando ocurrió lo segundo, la fuente fue la jurisprudencia de las cortes francesas; siendo ejemplo de ello la *Obligation de sécurité*.

Dicha “obligación” fue síntesis y resultado de la necesidad teleológica de que el acreedor en una relación contractual soporte el cuidado y la seguridad de su contraparte. En tanto “resultado inductivo”, este se extrajo de la casuística que una a continuación de otra fue conociendo la jurisprudencia francesa desde fines de siglo XIX y que iría a consolidar durante el primer decenio del siglo XX.

Esto quiere decir que la solución francesa presentó un rasgo diametralmente opuesto a aquella alemana, y es que la obligación de seguridad, antes que representar una categoría jurídica de orden sistemático⁷²¹, fue en realidad un discurso jurídico-político que incidió sobre un aspecto de derecho: el comportamiento del acreedor en la fase de actuación de la “obligación”.

Si pudiéramos graficar un trazo evolutivo de ambas figuras, bien podríamos advertir en ellas un desenvolvimiento inverso. En Alemania, los *Schutzpflichten* representaron una auténtica categoría jurídica, en tanto que estos fueron una creación doctrinaria que buscó enmarcarlos dentro de un fenómeno aún más complejo: la relación de obligación. De este modo, hubo comunicación entre ambas categorías, y -sucesivamente- de estas con otras que sobre el seno de la *Schuldverhältnis* fueron ocupando una posición específica. Se puede decir pues que en la construcción de Stoll estuvo siempre una tendencia totalizante, en la medida que su categoría buscó “perfeccionar” el sistema de la lesión del crédito a partir de la recompreensión de la propia relación de obligación, y es por ello que detrás de esta categoría la doctrina cumplió un rol de dirección e influencia sobre el RGZ y, luego, el BGH⁷²².

Al contrario, en Francia, dado que la obligación de seguridad no fue una categoría de orden doctrinario, sino un recurso jurisprudencial, no se pudo establecer los vasos comunicantes necesarios para vincular sistemáticamente a la *Obligation de sécurité* con la *obligation*, y por ende, con cada uno de sus significados materializados en “posiciones jurídicas”. Esta imposibilidad esperable de parte de la jurisprudencia (aun cuando esta sea el padre de la misma) no fue vencida por la doctrina francesa, la cual reservó para la *Obligation de sécurité* el mismo destino que las tantas clasificaciones elaboradas en torno a la “obligación”: una pétrea relación de género-especie entre este último y el primero.

En otras palabras, a diferencia de la experiencia jurídica alemana que se presenta mucho más teorica y que privilegia la reconstrucción de la relación obligatoria como «*sistema móvib*» (o estructura

(721) Esto explica además el modo de proceder de la doctrina francesa al estudiar la obligación de seguridad: desarrollo histórico alimentado por la evolución jurisprudencial de una figura que se comprende no de forma general (como la *Schutzpflichten* que se integra al contenido de la propia relación de obligación como idea abstracta) sino a partir de cada contrato específico en el que surge este deber, a saber, el trabajo, el transporte, los espectáculos públicos, entre otros; de ahí su necesidad por estudiar la figura a partir de tales casos concretos. Para mayores referencias, v. **DELEBECQUE, Philippe**. *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*. En: *Gaz. Pal.*, 1997, p. 1184 y ss.

(722) **FEOLA, Maria**. *L'obbligazione come rapporto complesso... óp. cit.*; p. 116.

compleja), la experiencia francesa tiene una connotación prevalentemente pragmática y “remedial” (o lo que denominaremos a continuación “instrumental”)

Lo dicho será vital para comprender no solo la distinción de ambas “categorías” (llamémosle así por razón de discurso) a partir de un criterio de nacimiento, sino también de desenvolvimiento, si es que por esta última entendemos el aspecto funcional.

8.2. (b) La particular historia de la *Obligation de sécurité* y el «deber de protección» definió su aspecto funcional. Como observamos, la primera presentó un carácter netamente instrumental y frente a ello el segundo devino un recurso sustancialmente dogmático: ¿qué significa ello?

Dado que la obligación de seguridad tuvo su origen en la dinámica de la jurisprudencia francesa de fines e inicios de los siglos XIX y XX, esta fue pensada siempre desde un aspecto operativo o “instrumental” (como “remedio” útil y funcional), dado que debía *servir* para concretizar una exigencia teleológica (criterio de nacimiento) que buscaba imponer al acreedor una “obligación” de salvaguardar la esfera ajena. En efecto, la obligación de seguridad fue el instrumento que permitió viabilizar los fines jurídico-político que dominaron la realidad jurídica francesa de dichos años.

Fue su calidad de instrumento lo que impidió advertir la existencia de obligaciones de seguridad “en estado puro” o “autónomo⁷²³”, y lo que explica la razón de sus principales peculiaridades, las cuales se pueden ver contrastadas con aquellas que son adscribibles a los «deberes de protección»:

(i) Si se presta atención, la obligación de seguridad solo buscaba gravar la posición del acreedor, lo cual era consecuente si es que se pretendía reforzar la posición del deudor. Si se quiere, y solo a nivel referencial, puede verse en esta figura un rezago “especial” del *favor debitoris*. Lo cierto es que esta característica no varió incluso luego de que la *Obligation de sécurité* se consolidara en el ideario francés de la segunda década del siglo XX. ¿La razón? La ausencia de una construcción dogmática en torno a esta figura. En efecto, la obligación de seguridad no fue vista como una real

(723) Ídem, p. 121.

posición jurídica dotada de independencia y autonomía. De ahí que ella no haya podido ser extendida también al deudor, procurando con ello la tutela contractual del acreedor.

Al contrario, los «deberes de protección» fueron integrados dentro de la mecánica de la relación de obligación, de modo que si la premisa era la “protección de la esfera jurídica de la contraparte contractual”, nada justificaría “telológicamente” que una imposición jurídica en tal sentido solo quede en beneficio del deudor y no así del acreedor. Este hecho no debe sorprender desde que la categoría de los *Schutzpflichten* propugnaron su independencia jurídica dentro del *Organismus* obligatorio, dotando a este del elemento que faltaba para cubrir así, en su totalidad, el sistema de perturbación del programa obligatorio. No podía verse cubierta la “laguna gigantesca” si es que tales deberes no hubieran sido impuestos al deudor.

(ii) Como pudimos ver, la obligación de seguridad fue ligada por regla general al contrato, de ahí que frente a la inexistencia de este último, se haya pretendido descartar su presencia. Aún cuando esta tendencia fue matizada por la jurisprudencia francesa, lo cierto es que la existencia de dicha obligación fue adscrita al contrato antes que a las *obligations*.

Dicha circunstancia fue diametralmente opuesta a la solución alemana de los «deberes de protección», en donde, los *Schutzpflichten* fueron estudiados y teorizados a propósito de la *Schuldverhältnis* antes que al *Vertrag*. Esto no quiere decir que los «deberes de protección» no se encontraban en el contrato, sino que la razón de su asimilación yacía en que el contrato representaba, en estricto y abstracto, un vínculo obligatorio. Muestra de ello es la *relación específica* propuesta por Stoll, la cual representaba el “reverso” de la *Schuldverhältnis*, y cuya existencia prescindía del fenómeno formativo propio del contrato.

En esa línea, la afiliación a la relación de obligación (si es que no a la *relación específica*) primero que al contrato posibilitó que la doctrina alemana experimente un fenómeno de extensión de la categoría de los «deberes de protección» sobre un aspecto subjetivo y un aspecto temporal. Con el primero vino el denominado contrato con efectos de protección a terceros (apoyado en una construcción dogmática fundada en la categoría de Stoll, y dejando de lado el recurso al contrato a

favor de terceros de clave jurisprudencial); y con el segundo, el momento en el cual surgía el «deber de protección» se desvinculaba del instante en que se formaba el acuerdo contractual, pudiendo entonces surgir en una etapa “precontractual”, “post-contractual”, e incluso, daba cabida a sostener -preliminarmente, como vimos- el surgimiento de dicho deber incluso en ausencia de una obligación de fuente contractual.

Aun cuando con la obligación de seguridad sucedió un fenómeno parcialmente parecido, debe tenerse en cuenta que el mismo tuvo un fundamento distinto: el contrato. Así, desde un aspecto subjetivo, la obligación de seguridad fue reconocida en beneficio de terceros no a partir de la suficiencia o independencia de una teoría cuya particular composición lo permitía (modelo alemán), sino desde la “consideración” o “acreditación” de una estipulación “tácita” (mejor dicho, contrato) en beneficio de terceros; esto permite dimensionar correctamente el valor o la función del contrato como fuente de la *Obligation de sécurité*. Por el contrario, desde un aspecto temporal, la obligación de seguridad no terminó siendo ubicada en la etapa precontractual, quizá en gran parte porque la teoría de Jhering de la *c.z.c.* no tuvo el mismo impacto en Francia que en Alemania, y menos aún en la etapa “post-contrato”, la cual parece una metáfora alejada de los confines del modelo francés de la obligación.

La proximidad de la *Obligation de sécurité* al contrato y la progresiva toma de distancia de este último con los «deberes de protección» motivó (acentuó en realidad) un fenómeno de carácter disociativo en la experiencia alemana (iniciado por Stoll con la denominada *relación específica*), la cual ceñida sobre la *Schuldverhältnis* vio allanado el camino para estudiar el asunto desde la óptica del “vínculo” (en abstracto); lo cual finalmente servirá luego para comprender las razones por las cuales las soluciones al problema de los «deberes de protección» en la experiencia alemana han sido bastante originales y disímiles de aquellas preferidas para la obligación de seguridad en la experiencia francesa, en donde como consecuencia de estudiar la *obligation (accessoria) de sécurité* en términos “de prestación”, se llegó a defender, incluso, su distinción a partir de su calidad de “obligation” de medios y de resultados.

(iii) En relación con lo último, y a partir de su connotación “remedial”, la obligación de seguridad presentó como función principal no solo servir de vehículo para otorgar a la parte dañada el remedio contractual, sino especialmente determinar el régimen de imputación de la responsabilidad aplicable al caso en concreto. En este caso, la tendencia generalizada en la jurisprudencia francesa fue catalogar a la obligación de seguridad como de “medios” o “resultados”, en clara afinidad por tratar esta categoría “contractual” a partir de la distinción de Demogue. Sin embargo, lo cierto es que pese a tales intentos, no se logró dotar de una disciplina unitaria a la obligación de seguridad, existiendo jurisprudencia contradictoria que en unos casos catalogaba a la *Obligation de sécurité* como de medios y otras veces como de resultados, planteando incluso (como tercera alternativa) una obligación de seguridad de medios “reforzada” o “agravada”⁷²⁴ (aunque para otros en realidad se trataría de una obligación de resultados “atenuada”) a partir de una presunción de culpa.

Esta circunstancia no tuvo correlato en Alemania. En efecto, ni en la obra de Stoll, ni en aquella sucesiva a este, los «deberes de protección» fueron objeto de distinción a partir de la celebre partición medios-resultado. La razón de ello se explica en que en la doctrina alemana era un presupuesto de la teoría su distinción con el deber primario de prestación, de modo que fue la autonomía del «deber de protección» el que escindió al mismo del binomio medios-resultado.

(iv) Aunado al hecho que a la *stipulation pour autrui tacite* y al *VSD* se les hace extensible los criterios de nacimientos planteados para la obligación de seguridad y los «deberes de protección» (el primero fue fruto exclusivamente de la jurisprudencia francesa y el segundo, a pesar que tuvo un antecedente jurisprudencial marcado, adquirió autonomía conceptual a partir de la labor de la doctrina germánica), no cabe duda que entre ambas figuras también se presentaron diferencias de orden funcional.

(a) En primer lugar, existió una diferencia cuantitativa que se explica en razón al carácter instrumental o de recurso de la obligación de seguridad en Francia en contraposición con la experiencia alemana. Para profundizar en ello, basta señalar que la *stipulation pour autrui tacite* no tuvo

(724) Ídem, p. 134.

el mismo alcance que el *VSD*, en la medida que el primero estuvo confinado -preferentemente- al sector transporte (accidentes ocurridos en ocasión del contrato de transporte) y por tanto raramente extendido más allá de aquél, y el segundo, al contrario, tuvo una expansión inusitada a todo tipo de casos no subsumibles únicamente en un determinado tipo contractual. ¿Cuál es la explicación de ello?

En Francia, la *stipulation pour autrui tacite* funcionó como recurso antes que como categoría jurídica, de modo que el reconocimiento de *victimes par ricochet* representó un hecho aislado que dependía del caso concreto y de la posición de la jurisprudencia antes que de la construcción dogmática en torno a una figura específica. Al contrario, la figura alemana, al devenir categoría jurídica como consecuencia de la labor de la doctrina no se redujo al contrato de transporte (no fue un recurso para un tipo contractual), sino que se extendió a otros casos, de toda clase y medida. En buena cuenta, esto último encontró su correlato en que al ser categoría jurídica, su carácter abstracto y general impidió que se ligase a un hecho concreto y particular.

(b) En segundo lugar, aquella distinción basada en la influencia del contrato para la obligación de seguridad y los «deberes de protección», también fue significativa entre la *stipulation pour autrui tacite* y el *VSD*. La muestra de ello se encuentra en la forma en que fue afrontado el “problema” del principio de relatividad del contrato en ambos modelos. En efecto, en la experiencia francesa, dicho principio de carácter universal significó una barrera contra la aceptación y proliferación de la *stipulation pour autrui tacite*, de ahí que con una jurisprudencia y doctrina que vinculaba la obligación de seguridad al contrato, dicha figura precisase de construcciones artificiosas o presuntas a partir de las cuales confirmar la “existencia” o “presencia” de un contrato tácito, cuando en realidad no lo había.

Por el contrario, en la experiencia alemana las cosas fueron diferentes. Al ligarse los «deberes de protección» a la relación de obligación antes que al contrato, la incidencia del principio de relatividad fue menor que en Francia. Así, en un sistema en donde la intangibilidad de la esfera jurídica no adoptó el cariz de regla “inquebrantable” y por tanto las hipótesis reconocidas por el ordenamiento no se configuraron como *excepción a la regla*, no sorprende que las bases aparecieran cimentadas para que una “categoría” como el *VSD* logre su particular desarrollo.

(c) Finalmente, otra diferencia muy marcada estuvo en el tercero “beneficiario” de la seguridad/protección. Como pudo apreciarse, dicho tercero en el modelo francés se centró básicamente en aquél que como consecuencia de su relación con el deudor se veía expuesto a sufrir daños derivados del accionar del acreedor. Y, en gran medida, tal vinculación se ceñía a aquello que en la experiencia alemana se denominó *Wohl und Wehe*: familiares, trabajadores, amistades, entre otros. Lo cierto es que la jurisprudencia alemana superó dicha “limitación” (si se quiere llamar así), al punto que dada la tendencia por extender cada vez más el marco de actuación de esta categoría, la vinculación entre los terceros y el *partner* contractual (tanto acreedor como deudor) podía incluso ser “conflictiva” o “discordante” (contrario al *Wohl und Wehe*).

8.3. c) Hemos visto que los «deberes de protección» y la obligación de seguridad surgieron en medio de un contexto en donde se presentaba una particular (y distinta) regulación de la responsabilidad por incumplimiento tanto en el *Code* como en el BGB; sin embargo, cierto es que esa *Spezialität* (y diferencia entre sistemas) en la responsabilidad *ex contractu* también se presentó en la responsabilidad *ex delicto*. Así pues:

(i) En el BGB se presentó, hasta antes de su posterior “modernización” (veremos más adelante), una particular regulación de la responsabilidad contractual, la cual se encontraba ceñida a la categoría de la imposibilidad, tanto aquella definitiva como aquella *pro tempore*. Se puede decir que al concentrarse el sistema alemán en la imposibilidad, quedaron reducidas las hipótesis de no cumplimiento a una particular fisonomía: el comportamiento negativo (violación negativa) como elemento fundante de la imposibilidad. Siendo que tal comportamiento negativo que causaba la imposibilidad debía ser imputado en base al criterio clásico de la culpa.

La configuración de la responsabilidad *ex contractu* explica necesariamente el surgimiento de la *pVV* de Staub; ello en la medida que el comportamiento negativo vinculado por defecto a la imposibilidad de *non facere* impedía contemplar como hipótesis de no cumplimiento el comportamiento positivo que representaba el *facere*.

Lo propio, sin embargo, no se puede decir respecto de la teoría de Stoll. En efecto, si el sistema alemán hubiera conocido una cláusula general de incumplimiento, ello hubiese resultado más trascendente para el trabajo de Staub que del primero, toda vez que entre el espacio temporal que hubo entre uno y otro la discusión pasó de la aceptación o no de una violación positiva contractual -la cual ciertamente tuvo suceso en la jurisprudencia alemana-, a una discusión sobre si la prestación se constituía como único objeto de protección por parte de la tutela contractual. Esto último, como lo demuestra la experiencia francesa, no se resolvía a partir de la existencia de una cláusula general de incumplimiento.

Así pues, en Francia, en donde el eje de la responsabilidad contractual yacía en la *inexécution*, surgió una figura (obligación de seguridad) que, desde un aspecto teleológico, funcionaba simétricamente (desde un aspecto hermenéutico) a los «deberes de protección», aunque con las diferencias anotadas, pero que como resulta claro no encontró oposición para su aparición en el “sistema abierto” de la *responsabilité ex contractu* presente en el *Code*; al contrario, incluso en un sistema que contaba con una cláusula general de incumplimiento, la figura de la obligación de seguridad surgió motivado quizá en otra circunstancia como fue la carga de la prueba de la víctima en los accidentes que ocurrían en ocasión de los contratos de transporte.

Esta diferencia contextual, o de sistema, y también su real incidencia, debe tenerse presente al momento de valorar y estudiar ambas categorías en clave comparatista.

(ii) Una ulterior diferencia de sistema o contexto que apareció alrededor de la categoría de los «deberes de protección» y la *Obligation de sécurité* se encuentra en la responsabilidad *ex delicto*, básicamente en la tipicidad y atipicidad del ilícito. En efecto, la categoría alemana surgió en un contexto donde la *Enumerationsprinzip* y la *Exkulpationsmöglichkeit* definían el modelo de responsabilidad civil, siendo que su particular “debilidad”, o mejor dicho “inconveniencia”, respecto de la posición de la víctima trajo consigo una “suprepticia necesidad” por contractualizar hipótesis que en otros sistemas encontrarían tutela bajo las reglas aquilianas.

Al contrario, en Francia, la obligación de seguridad surgió en un contexto en donde su sistema de responsabilidad civil reposaba sobre una cláusula general (*ex art. 1382 Code*) que no limitaba los daños que podían ser resarcidos *ex delicto*, pero en donde la regla del *non-cumul* exigía a la víctima decantarse necesariamente por uno de los dos regímenes de responsabilidad civil.

Si estas eran las condiciones normativas que regían ambas experiencias jurídicas, no debe sorprender que la doctrina (y/o jurisprudencia), tanto alemana como francesa, hayan teorizado las figuras aquí estudiadas con el objetivo indirecto de “remediar” cualquier problema que a su criterio presentara su ordenamiento.

Ahora bien, que ambos contextos motivaron un fenómeno de “contractualización” es innegable; sin embargo, la relevancia de ello, y el juicio positivo o negativo sobre el mismo puede ser consecuencia de un estudio comparado de la cuestión. Así pues, tal cual adelantamos, será cuando estudiemos el sistema peruano en que valoraremos la relevancia de los criterios de sistema en contraste con la valía dogmática de los «deberes de protección» y la obligación de seguridad, sobre todo el primero, puesto que el segundo aparecerá en nuestro discurso como un “recurso” antes que como una “categoría” dogmática (Cap. II y III).

De momento, basta tener en cuenta la diferencia entre una y otra figura.

Finalmente, igual de importante es concluir ahora que desde un aspecto únicamente hermenéutico, entre la solución alemana y la francesa no había otra cosa que una ligazón por representar ambos un intento por tutelar contractualmente bienes que no se deducían en el interés de prestación *strictu sensu*. Esto es lo que se desprende del sustrato final de la experiencia alemana y francesa en comparación histórico-dogmática.

Teniendo claro los grandes ejes que definieron, alejaron y acercaron al modelo alemán con el francés, es momento de ubicar y descubrir los grandes rasgos que definieron la experiencia peruana en la materia. Solo determinando el problema que esta presenta, sea idéntico o distinto a los aquí estudiados, es que un estudio de los «deberes de protección» en clave histórica y como solución de

un verdadero problema nacional encontrará sentido. Demás está advertir que incluso los sistemas que parecen menores o “subdesarrollados” a nivel jurídico dogmático pueden contribuir a reformular las cuestiones que se discuten hoy en día en el Derecho Continental.



CAPÍTULO II

La experiencia histórica peruana en materia de tutela de la persona y el patrimonio anterior al Código Civil de 1984: entre el contrato y el ilícito

Parte I

La técnica jurídica y política del derecho en el *medio* peruano: obligaciones y contratos entre 1821 y 1852

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición. – I. *Primera etapa:* contexto histórico. – 1.1. a) El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre: obligaciones y contratos – 1.1.1. La tutela de los bienes patrimoniales y personales en la obra y Proyecto de Vidaurre. – 1.2. b) El Código Civil de la Confederación peruana-boliviana. – 1.2.1. (*sigue*)... obligaciones y contratos en el lenguaje jurídico del *Código Civil Santa-Cruz*. – 1.2.2. (*sigue*)... el peculiar régimen de responsabilidad contractual. – 1.2.3. (*sigue*)... la responsabilidad extracontractual. – 1.2.4. (*sigue*)... la tutela de los bienes patrimoniales y personales en el *Código Civil Santa-Cruz*. – 1.3. c) El Proyecto de Código Civil del Perú de 1847. – 1.3.1. Obligaciones. – 1.3.2. Contrato. – 1.3.3. Responsabilidad civil: a) contractual y b) extracontractual. – 1.3.4. (*sigue*)... la tutela de los bienes patrimoniales y personales en el Proyecto de 1847. – II. El tortuoso tránsito de la República al Código Civil de 1852. La compleja ausencia “formal” de disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, y la consecuente carencia de categorías ordenantes: el caso del «deber de protección».

§. El excurso histórico que tuvimos oportunidad de presentar en el capítulo anterior, nos ha mostrado que una categoría jurídica en su sustrato final siempre responde a un contexto particular, sea normativo, económico o social. Y ello no sorprende si es que advertimos que el derecho, en general, y las categorías jurídicas, en particular, son construcciones que no buscan satisfacerse por sí mismas, sino que tienden necesariamente a servir como instrumento en beneficio de una determinada colectividad regida bajo el imperio de la norma.

Sin embargo, a pesar de ello, existe otra realidad que debe ser valorada en conjunto con lo anterior: los problemas de orden social y económico no presentan una nacionalidad *per se*, sino que estas, en tanto expresiones humanas, son de carácter universal, siempre que dentro de un determinado contexto se presenten similares o idénticas circunstancias. Esto quiere decir que los problemas foráneos son potencialmente identificables en sede nacional siempre que así lo permita el contexto del país. Dicho de otro modo, en caso esto último no se presente, el problema no existirá y mucho menos tendrá valor el hecho de trasplantar soluciones dogmáticas que (son pensadas y) responden a realidades foráneas “no compatibles” (o más concretamente, problemas no asimilables) con la realidad peruana.

La pregunta que a continuación surge es evidente: ¿la categoría de los «deberes de protección» de origen alemán resulta necesaria en el sistema (si es que así podemos llamarle) peruano? En otras palabras, ¿esta categoría explica y soluciona algún problema de orden nacional?

Como puede anticiparse, para responder estas cuestiones existe una interrogante previa: ¿es posible identificar en nuestro *medio* el contexto que permitió el surgimiento de la teoría de Stoll? Con una particularidad: ¿dicho contexto es suficientemente capaz de provocar una contradicción dentro del sistema jurídico; a saber, la disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*? Solo en la medida que el contexto peruano sea capaz de generar la referida contradicción es que podría tener lugar una teoría como la del «deber de protección» alemán si seguimos fielmente la experiencia de aquel país.

Al ser estas las condiciones en donde surgió la teoría de Stoll, el primer indicativo para absolver las interrogantes formuladas es advertir tales contradicciones. Sin embargo, debemos aclarar que en la búsqueda de ello podríamos encontrar también que otras condiciones que no se deducen en la *necesidad extrajurídica* (alemana de siglo XX) también podrían haber coadyuvado al surgimiento de una línea de pensamiento “similar” (mas no exactamente) a aquella.

Siendo este el propósito, no basta únicamente seguir con un análisis de corte normativo; al contrario, para ser coherentes con una categoría de orden histórico como la que es objeto de tratamiento en esta sede, la interrogante planteada no puede ser resuelta si es que no se adopta también para ello un análisis en clave histórica (usualmente ausente entre nuestros autores), y a partir del cual se pueda precisar la situación en la que se encuentra la materia (tutela de los bienes personales y patrimoniales de la persona), sea que la problemática ya se haya discutido o las fluctuaciones por la que esta atravesó, y/o develar un hilo conductor dentro de la historia peruana que nos permita afrontar con mayores argumentos las grandes cuestiones que el asunto exige en la actualidad.

Ahora bien, llevar a cabo una reconstrucción histórica detallada de la evolución del Derecho Peruano en materia civil no es el propósito del presente trabajo, máxime cuando dicha labor ya ha

sido llevada a cabo por un sector de nuestra doctrina con suficiente prolijidad y detalle⁷²⁵. Sin embargo, la cuestión cambia si es que el fin del análisis histórico tiene por objetivo abordar la tutela del patrimonio y de la persona, básicamente desde un aspecto contractual, en línea con el desarrollo de la categoría de los «deberes de protección» (o incluso la propia obligación de seguridad), y sobre

(725) Nos estamos refiriendo naturalmente al trabajo de Carlos Ramos Nuñez, *Historia del derecho civil peruano*, el cual ha sido publicado en varios tomos por el Fondo Editorial de la PUCP, y cuyo citado correspondiente constará en las sucesivas páginas. En general, en materia de historia del derecho peruano (con acento civil), v. **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, *passim*; ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. E-Z (Suplemento). Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, *passim* (hay edición posterior de 1879, pero sin modificaciones sustanciales en lo que respecta a las voces que conformaban la enciclopedia en su primera edición. En adelante, el citado corresponderá a la edición referenciada); **ALZAMORA, Román**. Curso de historia del derecho peruano. Lecciones dadas en la facultad de derecho. Lima: Imprenta del Estado, 1876, *passim*; **ROMERO, Eleodoro**. Derecho peruano. Segunda parte. Resumen de las lecciones dadas por el catedrático del curso en la Facultad de Jurisprudencia. Lima: Tipografía italiana, 1901, *passim*; **OLIVEIRA, Pedro**. La política económica de la metrópoli. Lima: Imprenta La Industria, 1905, *passim*; **ARÉVALO, Juan Manuel**. Resumen de las lecciones de historia del derecho peruano. Dictadas por el catedrático del curso en la Universidad del G.P. San Agustín. Arequipa: Tip. Medina, 1909, *passim*; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Historia del Derecho Peruano. 2do cuaderno de propiedad de Tomas Ramírez. Lima: S/E, S/A, ff. 101-196 (en el manuscrito mecanografiado y custodiado por la Biblioteca Nacional aparece identificado el año 1915; no obstante Olaechea haber regentado la cátedra de Historia del Derecho durante los años 1908-1909); **OSORES, Juan Manuel**. El medio y la legislación: Contribución a la historia del derecho peruano. Lima: Impr. Gil, 1918, p. 199; **BENAVIDES LOREDO, Alfonso**. Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época Republicana del Perú. Tesis para el doctorado en Jurisprudencia. Universidad Mayor de San Marcos. Lima: P. Acevedo, 1918, *passim*; ID. Antecedentes de los códigos peruanos. Tesis. Lima: Universidad Mayor de San Marcos, 1918, *passim*; **UGARTE, César Antonio**. *La evolución jurídica del Perú*. En: *Mercurio Per.*, año IV, vol. VI, 1921, p. 365 y ss.; **BARRENECHEA, José Antonio**. “Lecciones de legislación civil comparada”. En: Jose Antonio Barrenechea 1829-1889, su vida y su obra (1829-1889). Lima: Imprenta Torres Aguirre, 1929, p. 550 y ss.; y sobre todo, **BASADRE, Jorge**. Historia del derecho peruano. Biblioteca peruana de ciencias jurídicas y sociales. Lima: Antena, 1937, *passim* (hay ediciones posteriores); ID. Los fundamentos de la historia del derecho. Lima: Librería Internacional del Perú, 1956, *passim*; **SILVA VALLEJO, José Antonio**. Historia general del derecho. Lima: Universidad Alas Peruanas, 2005, *passim*; ID. Nueva historia general del derecho. 2da ed. Lima: Universidad Alas Peruanas Fondo Editorial, 2005, *passim*; **BASADRE AYULO, Jorge**. Historia del derecho universal y peruano. Lima: Ediciones legales, 2011, *passim*.

Es oportuno adelantar que el citado de los textos (legislativos y doctrinarios) de siglo XIX y XX preservará su tenor original (en la medida de lo posible), sugiriendo no juzgar (desde la óptica moderna) como incorrecto el uso del español (y sus reglas gramaticales) “antiguo”, en comparación con el actual.

todo por el hecho que la doctrina nacional, incluso aquella que ha dedicado sus páginas a ambos temas⁷²⁶, no ha abordado tal empresa hasta el día de hoy.

La razón de lo anterior debe ubicarse en una situación bastante particular que se presenta en nuestro *medio*. Y es que a primera vista, y con cargo a profundizar más adelante, pareciera usual que los pocos trabajos dedicados a los «deberes de protección» comiencen a partir de la recepción, más o menos crítica, de la doctrina extranjera -a la cual ya hemos hecho amplia referencia en el Cap. I-, en una clara propensión por estudiar la materia desde la óptica de la (crítica a la) importación foránea antes que de la solución de un problema de orden jurídico. Esta situación permitir advertir una

(726) Al respecto, nuestra doctrina carece de una monografía dedicada exclusivamente a la materia; sin embargo, el tema de los «deberes de protección», y conexas la obligación de seguridad, ha sido tratado por nuestros autores, aunque la mayor de las veces en forma accesoria, *v.* puntualmente, **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo. Discursos parlamentarios (1905-1908). Lima: Imprenta y Fábrica de Fotogramas Sanmartí y Cía, 1912, *passim*; **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 62 y ss.; **GARCÍA SAYÁN, Enrique**. Las nuevas tendencias en el derecho contractual y la legislación peruana. Tesis (Dr.). Lima: UNMSM, 1942, p. 175 y ss. (especialmente); **REY DE CASTRO, Alberto**. La responsabilidad civil extracontractual. Lima: Imprenta UNMSM, 1972; **GIGLIO BASTO, Celia Esther**. El derecho medico en el Perú. Tesis (Lic). Lima: Universidad de Lima, 1999, p. 174; **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las relaciones obligatorias”... *óp. cit.*; p. 613 y ss.; **ZAMUDIO ESPINAL, Carlos**. *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea*. En: Revista Jurídica del Perú, *núm.* 77, 2007, p. 195 y ss.; ID. *¿Es necesaria la codificación de los deberes de protección en materia de obligaciones? A propósito de la reforma del Código Civil*. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 50, 2017, p. 229 y ss.; **BELTRÁN PACHECO, Jorge**. “Tecnología, responsabilidad civil y deberes de protección: una reflexión sobre el servicio de transporte de pasajeros”. En: AA.VV. El derecho frente a la ciencia y la tecnología : libro homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2007, p. 285 y ss.; **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; *passim*; **HOWARD DEJO, Paul Iván**. Los deberes de protección a favor del deudor-consumidor: ¿exceso de protección del Estado o la obligación como medio efectivo de cooperación intersubjetiva?. Tesis (Mag.). Lima: PUCP, 2010, *passim*; **MORALES HERVIAS, Rómulo**. *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*. En: *Der.* PUCP, *núm.* 71, 2013, p. 53 y ss.; **MORENO MORE, César**. *Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Ius et Veritas*, *núm.* 49, 2014, p. 222 y ss. (ahora *ib.* en AA.VV. Estudios sobre la responsabilidad civil. Colección jurídica derecho privado contemporáneo. Lima: Ediciones Legales, 2015, p. 407 y ss.; en adelante, el citado corresponderá a esta versión); ID. *Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrahendo y el contacto social*. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 36, 2016, p. 193 y ss. (aunque indirectamente); **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**. *Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social...* *óp. cit.*; p. 145 y ss.; ID. *Nota sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante transformación?* En: *Themis*, *núm.* 70, 2016, p. 43 y ss.

Adicionalmente, comentando la jurisprudencia, *v.* Sent. 3° Sala Civil de Lima (Exp. N° 1615-00) de 24 de mayo de 2000, en *Diálogo Jur.*, *núm.* 108, 2007, con nota de **MORALES HERVIAS, Rómulo**, *Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada*; Cas. N° 599-2006.

En formato web, *v.* **CONTRERAS GRANDA, Vladimír**. ¿Resolver un contrato por incumplimiento de deberes de protección? En; Enfoque Derecho – Portal Web, 2014 (disponible en <http://www.enfoquederecho.com/2014/09/15/resolver-un-contrato-por-incumplimiento-de-deberes-de-proteccion/>); y **BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo**. La protección de la integridad en el Derecho Civil francés: Notas sobre el desarrollo de la obligación de seguridad. En: *Ius 360 – Portal Web*, 2017 (disponible en <http://ius360.com/columnas/la-proteccion-de-la-integridad-en-el-derecho-civil-frances-notas-sobre-el-desarrollo-de-la-obligacion-de-seguridad-2/>).

situación de base -a nivel de doctrina- aún más marcada pero menos advertida: la presunción de inexistencia de un problema jurídico con relación a los «deberes de protección» en el ámbito peruano.

La conjunción entre la escasa bibliografía nacional relevante dedicada a la materia y la presunción referida ha conllevado a que en nuestro *medio* no se haya estudiado el problema de la tutela del patrimonio y la persona en el contrato desde un enfoque histórico que rompa con la premisa de la ausencia de un problema digno de atención jurídica.

Corresponde entonces determinar si los problemas de coyuntura que motivaron el surgimiento de la categoría de los «deberes de protección» (y conexamente de la obligación de seguridad) se presentaron en nuestro *medio*, y si es que ello fue, en algún momento, suficiente para que se instale un debate en torno al mismo que haya demandado una solución de orden jurídico como hemos podido apreciar en las experiencias extranjeras, y que en buena cuenta justifique en lo sucesivo la necesidad de tratar un tema que visto desde lejos pareciera divorciado de la realidad peruana.

I. Advertido que las dos primeras décadas de nuestra vida independiente, anárquicas por excelencia, no fueron propicias para la codificación⁷²⁷, es preciso comenzar nuestro repaso con la etapa que va desde el inicio de la República independiente hasta la promulgación del primer código.

Aunque hacia 1828 Vidaure había ya presentado en Boston un proyecto de código penal, qué duda cabe que dentro de la historia de la codificación, la obra insigne de este autor fue el proyecto correspondiente al ámbito civil, lo que no significa que su fama se funde únicamente en su condición de pionero en materia codificadora, sino también, y quizá más importante, por su calidad de estudioso

(727) OLIVEIRA, Pedro M. *La revisión del Código Civil*. En: *Rev. Univ.*, IX, núm. 1, 1914, pp. 64-97 (ahora *ib.* reproducido mediante folleto independiente en Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 14; en adelante el citado corresponderá a esta versión).

del Derecho Civil⁷²⁸, más propiamente, en el área de obligaciones y contratos, como veremos a continuación.

1.1. Partamos por describir sumariamente el Proyecto de Código Civil de Vidaurre, para luego ingresar en la compleja cuestión de si en su discurso mereció especial atención la cuestión de la tutela de los bienes personales y patrimoniales.

Compuesto por tres partes, Vidaurre dedicó la Segunda Parte de su Proyecto de Código Civil al dominio y a los contratos, ubicándose en el Título 8º la parte general de las obligaciones. En lo que respecta principalmente a estas materias, se aprecia un marcado encuentro y desencuentro entre dos momentos singulares dentro de la historia del Derecho Civil patrio: la precodificación y la codificación. Ello se explica por el momento histórico en el que Vidaurre confeccionó su Proyecto de Código Civil; uno en donde el país buscaba una identidad jurídica en medio de un ambiente constituido por el pasado pero testigo de la “modernidad”; esto es, entre la Colonia y la República⁷²⁹.

Así pues, a lo largo de la *exposición* (especie de exposición de motivos y antecedentes legislativos) de cada uno de los títulos que componían el Proyecto de Código Civil, Vidaurre confiesa que la solución normativa escogida para cada caso encuentra correlato o en las leyes que rigieron nuestro país en la época colonial, especialmente lo dispuesto en las Siete Partidas, o en el otrora novedoso

(728) De ahí que haya quien coloque a Vidaurre como exponente de la fase auroral de lo que denomina “escuela civilista peruana”, v. **SILVA VALLEJO, José**. *óp. cit.*; p. 443. La colocación de estudiosos de Vidaurre, antes que por el propio Proyecto de Código Civil, se sustenta en su “extensa y erudita Exposición de Motivos, en la que, en estilo brillante y castizo, resume la ciencia jurídica de su época”; v. **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario I... *óp. cit.*; p. 9. El propio **VIDAURRE, Manuel Lorenzo**. Proyecto del código civil peruano dividido en tres partes. 2da parte. Dominio y contratos. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León, 1835, *passim*, reconocía que su Proyecto de Código Civil era “un tratado de Derecho Civil útil, no solo á los jóvenes que quieran estudiar por sí la jurisprudencia, sino tambien á los abogados nuevos, que por falta de facultades no tienen los muchos libros que son necesarios en el foro”. Sobre lo primero profundizaremos más adelante; respecto a lo último, lamentablemente, ello aún persiste en nuestros días.

(729) Para Basadre, “colocado entre dos mundos y dos siglos, Vidaurre tuvo de la Colonia, la erudición, la solemnidad y la ampulosidad; y de la República, el apasionamiento, la inquietud y la veleidad”. Cfr. **BASADRE, Jorge**. *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847*. En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 1, MCMXXXIX (1939) (ahora *ib.* reproducido en ID. Historia del derecho peruano. IV ed. corregida. Lima: Librería Studium, 1988, p. 327; en adelante, el citado corresponderá a esta versión).

*Code*⁷³⁰. Pero no solo ello, Vidaurre se inclina también por el Derecho Natural y el código prusiano, en desmedro del Derecho Romano, el Derecho Español y el Derecho Canónico⁷³¹.

Para graficar lo anterior, conviene introducirnos más a fondo en el Proyecto de Código Civil de Vidaurre, en lo relativo a las (i) obligaciones y (ii) los contratos.

(i) Según Vidaurre obligación “est iuris vincunlum quo necessitate adstringimur alicujus rei solvendae vel prestandae”, o lo que es lo mismo, “la obligación es propiamente de la persona, aunque venga por sus efectos á recaer en la cosa; no comprende á un tercero directamente, bien que por incidencia resulte obligado (...)”⁷³². En buena cuenta, se puede decir que “obligación es la promesa espresa ó tácita que resulta de un pacto ó de un hecho y que el imperio de la ley nos precia á cumplir”⁷³³.

A lo largo de su *exposición* del Título 8 (De las obligaciones), Vidaurre evidencia una clara adhesión a concebir a la “obligación” a partir *vinculum iuris*. Dicha circunstancia resulta paradójica dado su rechazo al Derecho Romano. Sin embargo, fue la fervorosa influencia francesa que se

(730) **VIDAURRE, Manuel Lorenzo.** *óp. cit.; passim.*

(731) **BASADRE, Jorge.** *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847...* *óp. cit.*; p. 332-333. este encuentro y desencuentro comentado no solo se exhibe en la influencia normativa del Proyecto de Código Civil (antecedentes), sino también en la técnica de estudio que subyace a la obra de Vidaurre, básicamente en el tratamiento de ciertas categorías jurídicas propias de las obligaciones y los contratos. A igual conclusión debe llegarse en lo que respecta al manejo bibliográfico en donde aparecen Covarrubias, González, Diego Pérez, Gregorio López, Antonio Gómez, Matienzo, Acevedo, Juan del Castillo, Molina, Ayllón, Sarmiento, Carpio, Pablo de Castro, Solorzano (derecho indiano), Ramos del Manzano, Villarroel y Frasso, Heinecio, Grocio, al lado de Rousseau, Montesquieu, Bentham, Domat, Portalis y Savigny.

(732) **VIDAURRE, Manuel Lorenzo.** *óp. cit.*; 127.

(733) *Ibíd. tb.* da cuenta de ello, **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico. Este volúmen contiene los principios generales relativos á los contratos, con las controversias y cuestiones de detalle á que han dado lugar, y las leyes especiales que con ellos se relacionan. Lima: Librería Francesa Científica Galland E. Rosay, 1906, p. 10; y **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** “Fuentes de las obligaciones”. En: AA.VV. Instituciones del Derecho Civil peruano (Visión Histórica). Tomo III. Lima: Fundación M. J. De La Fuente – UNIFE, 1996, p. 1806.

desplegaba en nuestro país por medio de la clase ilustrada la que incidió y definió la concepción de obligación de Vidaurre⁷³⁴.

En esa línea, no sorprende que en Vidaurre el término “obligación” presente el carácter polisémico propio de la experiencia francesa. Prueba de ello es que el término obligación representa en la obra de Vidaurre la “relación⁷³⁵”, la “prestación⁷³⁶” y toda forma de constricción que por imperio de la voluntad o la ley se impone a un determinado sujeto⁷³⁷ (en buena cuenta, el “deudor” como sujeto obligado).

Sin duda, la ausencia de una construcción teórica con respecto al contenido de la “obligación”, en tanto relación, impidió estudiar el fenómeno obligatorio desde el cariz del “deber” (*Pflicht*) alemán. Esta circunstancia imposibilitó descomponer connotativamente el término “obligación”, lo que trajo como consecuencia la imposibilidad de diferenciar conceptualmente entre los deberes a los cuales se “obligaba” el deudor (reservando una calificación específica según su tipología).

Así pues, en Vidaurre, la noción de obligación, en cualquier caso, solo mostraba una faceta positiva o de prestación, mas no incorporaba una faceta negativa o de protección. Esta circunstancia no viró tampoco como consecuencia del régimen de responsabilidad *ex contractu*.

En efecto, en lo que refiere al incumplimiento, hemos visto en el Cap. I dos regímenes disímiles entre sí a partir de la existencia de una cláusula general de incumplimiento. Sin embargo, la colocación de Vidaurre en una etapa limítrofe entre la Colonial y la República le impidió, consciente e inconscientemente, reproducir fielmente un esquema normativo foráneo para su Proyecto de Código

(734) Recuérdese que Vidaurre tuvo oportunidad de tener acceso directo a las obras de quienes fueron autores de la codificación más importante del siglo XIX, en gran medida por sus viajes a Europa, Francia concretamente, e incluso Norteamérica, lo que finalmente le permitió el uso pionero en nuestro país de la técnica comparatista. *v. BASADRE, Jorge. Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847... óp. cit.; p. 333.* La referida influencia francesa de Vidaurre queda acreditada, por otro lado, en la composición de su biblioteca privada, en donde abunda y domina el lenguaje francés a nivel jurídico y no jurídico, *Cfr. LOHMANN VILLENA, Guillermo. La biblioteca de Manuel Lorenzo de Vidaurre.* En: Boletín del Instituto Riva-Agüero, *núm. 25, 1998, pp. 475-491.*

(735) Como se extrae de la definición de obligación planteada por el autor, *v. VIDAURRE, Manuel Lorenzo. óp. cit.; p. 127.*

(736) *Ibíd.*

(737) *Ibíd.*

Civil. De ahí que el régimen del incumplimiento no haya presentado un tratamiento orgánico similar a la experiencia francesa o, más adelante, alemana.

Para comprobar lo anterior, basta advertir que el Título 8 correspondiente a las obligaciones solo contiene un artículo al respecto. En efecto, en la concepción de nuestro autor, “el que está obligado á un hecho, no cumple ofreciendo el interés equivalente. Será precisado á cumplir su obligación, en los términos en que es contraída, por todo rigor de derecho, à no ser que intervenga causa no voluntaria, que absolutamente se lo impida” (art. 17). Lo cierto es que al contrario de lo que demandaba la importancia del citado dispositivo, Vidaurre confeccionó el art. 17 -sobre todo- en aras de determinar si “el que se obligò à hacer alguna cosa, estará obligado precisamente á hacerlo ò cumplirá pagando el interes que resulta á la parte de aquel hecho⁷³⁸”.

Esta circunstancia, sin embargo, no debe ser óbice para rastrear en su *exposicion* algunas luces que nos permitan captar en Vidaurre lo que en Alemania se conocerá como el régimen de perturbación del programa obligatorio.

Así pues, si bien el Proyecto de Código Civil de Vidaurre presentaba la ausencia de una fórmula general en materia de responsabilidad por inexecución de las obligaciones, lo cierto es que en los títulos correspondientes a los contratos en especial sí se reconocieron diversas hipótesis de incumplimiento (aunque vinculados a un determinado tipo contractual), susceptibles de dar lugar a responsabilidad civil, tal y como podía apreciarse con relación al contrato de comodato (título 12), en donde la culpa (en su “gradualidad” clásica) aparecía como criterio para atribuir responsabilidad contractual; en el contrato de depósito (título 13), en donde la responsabilidad del depositario, *p.e.*, en caso de depósito gratuito, se medía a partir de la culpa (sea “lata” o dolo); en el contrato de mandato (título 15), en donde la diligencia aparecía como patrón de medida del cumplimiento y la culpa susceptible de agravamiento en caso el mandatario haya recibido dinero (art. 17)⁷³⁹; en la compraventa (título 17), en donde el incumplimiento del precio de transferencia era juzgado a partir de culpa; o en materia de arrendamiento (título 19), en donde el incumplimiento de la conservación

⁽⁷³⁸⁾ VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *óp. cit.*; p. 136.

⁽⁷³⁹⁾ Ídem, p. 247.

del bien arrendado (“como lo hace un buen padre de familia con lo que le es propio⁷⁴⁰”) era imputable al arrendatario, y por tanto surgía responsabilidad, siempre que mediara dolo, culpa, negligencia o impericia; en fin, en el contrato de sociedad (título 23), en donde el socio respondía “del dolo, culpa lata ò leve”.

Como puede verse, en todos estos casos se presentaba como dato característico el hecho que el sistema de Vidaurre, aun cuando no contaba con una fórmula general en el título correspondiente a las obligaciones en general, se erigió sobre el presupuesto que el incumplimiento asumía la calidad de cláusula general capaz de comprender diversos modos de comportamiento capaz de lesionar el interés crediticio; uno ceñido a la prestación, o lo que llamaba “obligación principal⁷⁴¹”.

El comportamiento *debetoris* susceptible de lesionar la esfera del acreedor debía ser necesariamente culposo, entendiendo a esta última como antítesis de la diligencia que era exigible a todo deudor en fase de cumplimiento de la obligación. Esta circunstancia no debía sorprender, en la medida que Vidaurre confeccionó su Proyecto de Código Civil en una época en donde la culpa se colocaba como criterio preponderante, por no decir absoluto, en materia de “juicio de valor” sobre el comportamiento de los ciudadanos en todo tipo de relaciones intersubjetivas; de ahí su adhesión a la gradualidad de la culpa y al rol “sancionatorio” reservado para el dolo⁷⁴².

La razón de la falta de sistematización del régimen de incumplimiento de las obligaciones y la colocación de la culpa como fundamento de la responsabilidad solo puede ser explicado a partir del hecho que en Vidaurre la impronta de la codificación francesa no fue lo suficientemente preponderante para socavar totalmente el rezago del Derecho Colonial expresado a través de sus innumerables leyes.

La incongruencia planteada no solo es reductible en materia de incumplimiento, sino también en el recurso a la cláusula general. En efecto, aunado a la ausencia de un régimen general de incumplimiento (presente en el *Code*), Vidaurre pretendió descartar de su Proyecto de Código Civil

(740) Ídem, p. 341.

(741) *v. p.e.*, Ídem, p. 336.

(742) Ídem, pp. 215-219, con relación al comodato.

cláusulas generales como la equidad (“suprimo la palabra equidad, porque huyo de todo lo que por lo general ha de dar mérito á pleitos⁷⁴³”). Sin embargo, la obra de Vidaurre sí contiene referencias a “buena moral” (límites a la autonomía), “hechos buenos o malos” (fuente de las obligaciones), pero más aún, el discurso de Vidaurre sí contiene referencias expresas a la buena fe (respecto a la “igualdad perfecta” entre los derechos y obligaciones de cada una de las partes⁷⁴⁴), aunque acto seguido se lee que el art. 12 “no requiere interpretaciones⁷⁴⁵”, lo que ha llevado a un autor sostener -a pesar de lo anterior- que en materia de contratación, Vidaurre buscó “simplificación y cautela⁷⁴⁶”.

Una circunstancia parecida a la que observamos en tema de obligaciones aconteció respecto del contrato.

(ii) En principio, es importante destacar que en la concepción de este autor, “la ley es la fuente primaria o mediata de la obligación, pues ella otorga fuerza obligatoria a la promesa que resulta de un pacto o de un hecho, los cuales adquieren así la calidad de fuentes inmediatas⁷⁴⁷”.

Dejado de lado la ley, Vidaurre, aun cuando partidario de las definiciones, no presentaba en su Proyecto de Código Civil una definición de “contrato” (ni siquiera una no técnica). Tal circunstancia no debe ser óbice para advertir que en la concepción de Vidaurre el contrato era una especie de una “palabra general⁷⁴⁸”: la convención⁷⁴⁹. Influenciado por Domat, esta última comprendería “toda clase de pactos, contratos, tratados⁷⁵⁰”, siendo función del “convenir” “dar auxilios y recibir⁷⁵¹”, o lo que es lo mismo, “lo que se ha de tomar y en el modo de recompenzarlo⁷⁵²”.

(743) Ídem, p. 133.

(744) Ídem, p. 291.

(745) Ídem, p. 133.

(746) v. **BASADRE, Jorge**. *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz; El Proyecto de 1847...* *óp. cit.*; p. 336.

(747) **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1806.

(748) **VIDAURRE, Manuel Lorenzo**. *óp. cit.*; p. 126.

(749) Ídem, pp. 126-127.

(750) Ídem, p. 127.

(751) *Ibíd.*

(752) *Ibíd.*

En la concepción de “contrato” de Vidaurre, resulta evidente aquello que un autor comparatista sentenció a propósito de la visión francesa de contrato⁷⁵³: la fórmula de Vidaurre reducía el “contrato” al “consenso” como aquella presente en el *Code*.

Pero no fue solo una cuestión de concepción de contrato lo que vinculó la obra de Vidaurre al *Code* (en donde el contrato es “definido” (aunque no técnicamente) en términos de “convención”⁷⁵⁴), sino que la propia regulación de dicha “convención” adoptaría el modelo francés⁷⁵⁵. Así, según este autor, el “objeto de las convenciones son las cosas o las personas: ó se ha de hacer, ó se ha de dar ó recibir⁷⁵⁶”; “cuatro son las condiciones necesarias para los contratos: consentimiento de los contrayentes; capacidad de contratar; objeto cierto que forme la materia del contrato; causa lícita en la obligación” (art. 10); y “en los contratos se pueden poner todas las condiciones y modificaciones que se quieran, como no se opongan á la buena moral y á las leyes” (art. 11).

Dicho esto, el hecho que se hayan establecido “condiciones necesarias” para los contratos (fuera del consentimiento), no trajo consigo desestimar la noción que lo reducía al consenso.

Lo propio ocurrió con el lugar que ocupó la voluntad en la obra de Vidaurre⁷⁵⁷, sea en lo que respecta a la formación del contrato (consentimiento), al régimen del contrato en favor de terceros (que requeriría aceptación previa como en el *Code* -sobre ello no hubo regla expresa en el Proyecto de Código Civil-)⁷⁵⁸, o simplemente porque “de cualquier modo que conste la voluntad de obligarse, subsiste la obligación⁷⁵⁹”.

(753) *v.* **MONATERI, Pier Giuseppe**. La sindecdoque... *óp. cit.*; p. 137.

(754) Ídem, p. 140. Al respecto, *v.* el art. 1101 *Code*.

(755) **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1818.

(756) **VIDAURRE, Manuel Lorenzo**. *óp. cit.*; p. 127.

(757) Sobre el punto, situando el pensamiento de Vidaurre en la corriente que exaltó el principio de la autonomía de la voluntad, llegando a pensar que constituía un dogma científico, *v.* **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1805.

(758) Ídem, p. 141.

(759) art. 9.

Y de igual manera, en Vidaurre se presentaba también la disyuntiva en torno al objeto del contrato (cuando no de la obligación⁷⁶⁰), a veces identificado en la *prestación*, otras en la *cosa*, como se comprueba cuando nuestro autor afirmaba que “todo contrato tiene por objeto una cosa, que una parte se obliga á dar, á hacer, ó no hacer⁷⁶¹”; “el simple uso ó la simple posesión puede ser como la cosa misma objeto del contrato⁷⁶²”; y “solo las cosas que estan en comercio pueden ser objeto de las convenciones⁷⁶³”.

La influencia francesa en el Proyecto de Código Civil de Vidaurre (obligaciones y contratos), tuvo tanto de *sistematización* como de *asistematización*; en buena cuenta, vale repetir lo dicho por Francisco García Calderón casi medio siglo después: fue el primer intento de codificación en una República aún no preparada para ello.

Sin perjuicio de lo anterior, si en algo el modelo francés influyó decisivamente en la obra de Vidaurre fue en la técnica de estudio. El Proyecto de Código Civil de Vidaurre resultó un código trunco, es cierto; sin embargo, quizá más importante que ello fue la importación de una práctica que, alejado de la política, se constituía como estrictamente jurídica: el método francés en el estudio de la ciencia del Derecho. Esto no quitaba, sin embargo, que el rezago del Derecho Colonial siguiera vivo en el discurso de este autor.

Dicho esto, el Proyecto de Código Civil de Vidaurre representó el intento de actualizar el Derecho Colonial a la luz de la modernidad (la codificación). Si por el hecho de dotar de un *uso moderno* a las disposiciones contenidas en las Siete Partidas, el Derecho Colonial terminaba siendo rezagado, entonces ocurría el procedimiento de descarte y por tanto “renovación” de las leyes peruanas civiles conforme a la nueva realidad. La mecánica de “descartar y renovar” es lo que distinguió a Vidaurre; y todo ello se concentraría en un código capaz de dotar de autonomía a la República, tal como lo sugerían las modernas corrientes codificadoras. Esta es la razón por la cual el

(760) De ahí que sea “preciso que la obligación tenga por objeto una cosa (así sea “futura”), á lo menos determinada (o determinable) en cuanto á su especie” (Ídem, pp. 140-141). Se presentaba un problema de identificación del objeto del contrato y la obligación.

(761) Ídem, p. 140.

(762) *Ibid.*

(763) *Ibid.*

Proyecto de Código Civil de Vidaurre no se presentó en forma “orgánica” y “sistemática”; este no fue el resultado (consecuencia) de un progreso científico en estricto, sino el comienzo del mismo en el Perú, a partir de las leyes heredadas del pasado.

A los albores del “Derecho Peruano”, la exégesis no tuvo por objeto “un” cuerpo de leyes, sino “todas”. En el proceso de “descarte y renovación”, la exégesis significó la técnica de estudio que posibilitó a Vidaurre decidir el destino de una norma jurídica en su Proyecto de Código Civil.

Sin duda, en perspectiva, “Vidaurre era un hombre soberbio y no tomó como punto de partida ningún código extranjero⁷⁶⁴”; agregaríamos nosotros, un hombre ambicioso que pretendió emular al codificador francés, no copiarlo, lo que finalmente -aunado a su poca capacidad política- derivó en el fracaso de su Proyecto de Código Civil (“extracto de un estudio continuo por cerca de cincuenta años⁷⁶⁵”), pero en la perpetuidad de su “tratado de Derecho Civil útil⁷⁶⁶”.

En apariencia podría decirse que la obra de Vidaurre se presenta como un Proyecto de Código Civil con su respectiva exposición de motivos; todo lo contrario, fue un tratado con su respectiva propuesta normativa.

Contextualizado y ubicado el Proyecto de Código Civil de Vidaurre en su momento histórico, este autor trató y resolvió, desde una óptica hermenéutica, el problema de la tutela de la persona y del patrimonio que hemos visto presente en la experiencia alemana y francesa?

1.1.1. Para resolver tal cuestión, lo primero que debemos determinar es si es que el contexto social peruano de las primeras décadas del siglo XIX promovió eso que hemos advertido como disociación entre *necesidad extrajurídica y realidad normativa*. A diferencia de lo que veremos más adelante, la respuesta a esta interrogante parece sencilla y va en sentido negativo. Quizá porque no había norma cuya autoridad sea contestada o simplemente porque la producción de nuevos fenómenos sociales de carácter jurídico ajenos a los regulados durante la época de la Colonia no era una constante en nuestra

⁽⁷⁶⁴⁾ Ídem, p. 338.

⁽⁷⁶⁵⁾ VIDAURRE, Manuel Lorenzo. *óp. cit.*; 378.

⁽⁷⁶⁶⁾ *Ibíd.*

embrionaria Nación, lo cierto es que el Proyecto de Código Civil de Vidaurre no solo no podía contener una normativa “particular” en relación con la protección de la esfera jurídica personal y patrimonial de los contratantes, sino que el propio tratamiento de la cuestión desde un aspecto teórico dogmático se encontraba vedado por la ausencia de constatación de un problema.

Aun cuando lo anterior se hubiese presentado (esto es; un problema de relevancia jurídica), la sola concepción de Vidaurre de las obligaciones y los contratos hubiera hecho estéril la construcción de una teoría como la de los «deberes de protección». En efecto, si el presupuesto de una teoría como la alemana radicó en la tediosa evolución histórica de la *Schuldverhältnis*, no debe sorprender una afirmación como la anterior, máxime cuando en Vidaurre brota una concepción clásica de la obligación como *vinculum iuris*, en donde la relación deuda-crédito domina y rige la misma. La ausencia de sistematización y producción de ciencia jurídica fue un rezago del Derecho Colonial, pero también una afirmación que se confirmaba con el tinte francés que nuestra novel doctrina representada por Vidaurre comenzaba a mostrar.

Pese a ello, cierto es también que incluso prescindiéndose de una construcción teórica y conceptual que soporte una teoría como la de los *Schutzpflichten*, nuestro sistema pudo dar cabida a un recurso jurídico como lo fue la *Obligation de sécurité*. Finalmente, lo realmente importante, más allá de la distinción propia entre ambas figuras -ampliamente ya estudiadas en el Cap. I-, es el sustrato final como cuestión hermenéutica: la tutela de los bienes personales y patrimoniales desde el ámbito contractual. Más aún, y siendo ello así, podría darse el caso que en diversas experiencias a las estudiadas se haya sido capaz de promover una auténtica figura cuyo objeto radique en la protección *lato sensu* distinto al «deber de protección» alemán o a la obligación de seguridad francesa. ¿Podríamos decir que este fue el caso peruano? No es momento aún de responder ello a nivel general, pero si en lo que refiere a la obra de Vidaurre.

El art. 20 del Proyecto de Código Civil de Vidaurre establecía que “no consiente la ley contrato que se oponga á la subsistencia, abundancia, seguridad y tranquilidad”. ¿La referencia a “seguridad” resultaba una muestra de que en la concepción de Vidaurre los contratos tenían una función negativa o de protección? No.

En realidad, dicho artículo responde a un tema que sí preocupó realmente a Vidaurre: las denominadas *obligaciones ob turpem causam*. De ahí que ante la disyuntiva de la regulación de los contratos inmorales o en contra de las buenas costumbres y la obligación restitutoria, a propósito de la actuación del *solvens* y el *accipiens*, nuestro autor se haya decantado por crear una fórmula genérica que, curiosamente, buscaba evadir el problema: el contrato y su juicio moral a raíz de la discusión en torno al meretricio como actividad comercial⁷⁶⁷. En buena cuenta, “cerremos para siempre el libro de estas cuestiones y digamos que solo son impedidos por la ley los contratos que ofenden la subsistencia, la abundancia, la seguridad y tranquilidad⁷⁶⁸”.

A igual conclusión no necesariamente se llega si es que analizamos la regulación de Vidaurre en materia de comodato.

Según Vidaurre, “el comodato es un préstamo gratuito, por el que el comodatario se sirve de la cosa para uso y para el tiempo pactado, con cargo de restituir la misma, ó su lejítimo valor, si notablemente se deteriorase ó perciese, á no ser por caso natural ò fortuito⁷⁶⁹”. Así pues, objeto del contrato de comodato eran las “cosas muebles, inmuebles, derechos, servidumbres, y de todo aquello que no se consume en el acto de usarlo” (art. 17). Ahora bien, ¿qué sucedía si es que como parte del comodato, el comodante, a sabiendas, prestaba alguna cosa sin descubrirle el vicio al comodatario, y en virtud de ello se generaban daños?

Esta interrogante es por demás interesante. Si se advierte -y trae a colación lo que en su momento tuvimos ocasión de comentar a propósito de la obra de Staub-, podríamos establecer un paralelo entre el caso propuesto por Vidaurre y el abogado berlinés, quien introducía dentro de la casuística de la *pVV* la hipótesis en donde un comerciante vendía una sustancia luminiscente de su producción, sin advertir al comprador que dicha sustancia contenía elementos explosivos; lo que finalmente ocasionaba daños severos en el negocio del comprador⁷⁷⁰. La única diferencia radicaba en

(767) Sobre esto último, Vidaurre dirá que “este es un comercio triste, deshonesto, pero es un comercio que no se puede impedir, y que impedirlo en las grandes capitales, sería dar un golpe mortal á la moral”. *v.* Ídem, p. 139.

(768) *Ibid.*

(769) Ídem, p. 209.

(770) *v.* Cap. I.

que el primer caso ocurría en ocasión del comodato, y el segundo en la transferencia de propiedad. Sin embargo, nótese que a nivel teórico, en tema de «deberes de protección», no resulta relevante el tipo contractual en el que convergen los *partners*, entonces, encontrarnos frente a un comodato o a una compraventa (o suministro), no resulta relevante *strictu sensu*.

Como se sabe, el caso presentado por Staub como hipótesis de *pVV* supondría, desde la perspectiva de Stoll, un auténtico expediente en materia de lesión al interés de protección, sea por afectación al patrimonio -como en el caso concreto-, o a la persona -lo que hubiera podido suceder sin duda alguna-. ¿Cómo resolvió Vidaurre este asunto?

Para tratar el problema, Vidaurre recurre en primer término a las Leyes de Partidas, en donde se establecía que *tenudo es de pechar todo el daño que le viniere por razon de aquella cosa que le prestó*. Según nuestro autor, aquél era “muy lijero castigo á hecho tan indigno⁷⁷¹”. Así que lo correcto era que al comodante “se le castigue con él doble del interés⁷⁷²”. Evidentemente, Vidaurre está pensando en los daños de naturaleza patrimonial que pudiera experimentar el comodatario.

Pero, ¿qué sucedía si la afectación no era patrimonial sino personal (física)? Para Vidaurre, “pudiendo resultar un daño no solo pecuniario, sino físico, como sería prestando una bestia mañosa, que causase la muerte, herida ó contusion del comodatario, ó de un tercero, la causa civil entonces se convertirá en criminal⁷⁷³”, en donde responsabilidad criminal significaba responsabilidad proveniente del delito.

Lo importante para nosotros es lo siguiente: si bien Vidaurre ubicó en el régimen general de responsabilidad criminal a los daños generados al comodatario por parte del comodante en ocasión del contrato de comodato, esto solo se limitó a aquellos daños de naturaleza física, mas no así a los daños patrimoniales, los cuales, a contrario, debían seguir la vía contractual. Sin embargo, esta última circunstancia no era consecuencia de la existencia de una autónoma posición jurídica como aquella alemana de los «deberes de protección» (lo cual hubiese precisado una construcción teórica de mayor

(771) Ídem, p. 218.

(772) Ibíd.

(773) Ibíd.

alcance), sino de considerar (sin explicación jurídica) que como parte del comportamiento del comodante, este debía cautelar la esfera jurídica del comodatario, de lo contrario (esto es, ante la constatación de daños patrimoniales), acontecería un incumplimiento contractual.

De ahí que nuestro autor proponga normativamente que “el comodante, que sabiendo oculta el vicio de la cosa que presta, satisfará el doble del daño que resultó de ello al comodatario, y si el mal recayese en la persona, será sujeto á un juicio criminal –no podrá imputarsele sino la culpa lata ó dolo”.

Esta fórmula legal no presentaba un correlato idéntico en el *Code*⁷⁷⁴.

Así pues, la perspectiva de Vidaurre (materializada finalmente en el art. 15 de su Proyecto de Código Civil) presentó una característica particular: la *faceta protectiva* solo se redujo al contrato de comodato (de modo que no aparece en ninguna otra norma ni en la exposición de motivos de otros títulos); o lo que es lo mismo, el reconocimiento de una tutela de los bienes patrimoniales (solo estos) se ligó a un contrato en especial y con ello *la tutela conferida se presentó con carácter típico*.

La real trascendencia de esto último podrá ser apreciado recién más adelante.

De momento debemos concluir que en la obra de Vidaurre sí parece haber rastros de una tutela contractual de los bienes patrimoniales de los *partners* contractuales que no se deduce en el interés de prestación, lo cual resulta singular, sobre todo, porque en Vidaurre no estaba en juego una circunstancia social que propiciaba (o demandaba) una contradicción en el sistema legal (inexistente hasta dicho entonces, en materia civil).

1.2. Sabido es que pese al encomiable esfuerzo de Vidaurre, su Proyecto de Código Civil terminaría por no adquirir carácter oficial; en gran parte por la situación política de la República y la indecisión de la clase política en torno a ello. El propósito codificador que resultó inherente en cierta

⁽⁷⁷⁴⁾ La norma concebida por Vidaurre difiere del art. 1891 del *Code*.

forma a la República quedaría relegado como consecuencia de un suceso político *sui generis*: el surgimiento de la Confederación Peruana-Boliviana (1836).

Reservado para la historiografía, que tan importante desarrollo académico ha alcanzado en nuestro país, el tratamiento que en esta sede debemos hacer respecto de la Confederación Peruana-Boliviana se encuentra limitado a un suceso en particular: la vigencia del primer Código Civil de la República.

Conforme se ha señalado, establecida la Confederación, el protector Andrés Santa-Cruz, ordenó, el 22 de junio de 1836, que los códigos de Bolivia (Código Civil, Código de Procedimientos y Código Penal) fueran promulgados en el Sur del Perú (Estado Sud-Peruano⁷⁷⁵); y posteriormente, con fecha 1 de noviembre de 1836, lo propio ocurriría respecto al Estado Nor-Peruano⁷⁷⁶, de modo tal que estos rigieron en el Perú como leyes de estado⁷⁷⁷.

En 1838, el General Orbegoso declaró insubsistente los códigos Santa-Cruz, así como el Reglamento Orgánico de Juzgados y Tribunales de 10 de diciembre de 1836. Por consiguiente, se restableció la vigencia de la legislación pre-existente (Derecho Colonial), ordenándose -mediante decreto de 31 de julio de 1838 (para el Estado Nor-Peruano)⁷⁷⁸- a los juzgados y tribunales “que se arreglasen a ella hasta que la representación nacional resolviese lo conveniente”⁷⁷⁹.

(775) Mediante asamblea de Sicuani (17 de marzo de 1836) se declaró que los departamentos de Arequipa, Ayacucho, Cuzco y Puno se erigían en un estado libre e independiente, bajo la denominación de Estado Sud-Peruano, adoptando para su gobierno la fórmula popular representativa, y que este se comprometía a celebrar con el estado que se formara en el norte y con Bolivia, vínculos de federación. Esta sería la Gran Confederación. En tal sentido, *v. ROMERO, Eleodoro. óp. cit.*; p. 307.

(776) La asamblea de Huara (6 de agosto de 1836) declaró que los departamentos de Amazonas, Junín, Libertad y Lima se constituían en un estado libre e independiente, que se denominaría Estado Nor-Peruano, confederado con los del Sur y Bolivia, bajo la forma de gobierno popular representativo y que confiaba la plenitud del poder público en la persona del Gran Mariscal Santa Cruz con el título de supremo protector del Estado Nor-Peruano. Así, *Ídem*, p. 308.

(777) *v. GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Código”*. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 456; **BASADRE, Jorge. Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847...** *óp. cit.*; p. 338; **UGARTE, César Antonio. óp. cit.**; p. 367.

(778) En el sur duraron seis meses más, hasta la caída de la Confederación en enero de 1839. *v. Ídem*, p. 346.

(779) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Código”...** *óp. cit.*; p. 456.

Esta última circunstancia no resultó una casualidad. Todo lo contrario, al ser la adopción⁷⁸⁰ de los códigos Santa-Cruz fruto de una cuestión eminentemente política y de orden exógeno, su destino se encontraba ligado al de la propia Confederación Peruana-Boliviana, por lo que, la inestabilidad absoluta de esta última provocó que el propio Santa-Cruz (art. 4 del decreto de 16 de noviembre de 1838) haya dejado en suspenso los códigos “hasta que el cuerpo legislativo resolviera lo que tuviese a bien”⁷⁸¹.

Los códigos Santa-Cruz duraron lo que la Confederación: llegado a su fin, se cumplió el decreto de Orbegoso⁷⁸².

Más allá de su suerte, el *Código Civil Santa-Cruz* se constituyó como la primera experiencia en materia de codificación que experimentó nuestro país en su historia, y aunque ella haya sido fruto de la imposición extranjera (para variar con nuestra historia), ello no quita que durante el plazo en que se mantuvo vigente, las relaciones sociales se adecuaron bajo la impronta del novísimo *Código Civil Santa-Cruz*⁷⁸³.

En tal sentido, veamos cómo se configuró el Derecho Civil en el *Código Civil Santa-Cruz* (para estos efectos nos centraremos en el que correspondía al Estado Nor-Peruano), sobre todo en lo que respecta a las obligaciones y los contratos, si es que el objetivo final es estudiar en sentido histórico la existencia de una tutela de los bienes personales y patrimoniales (de los sujetos de la relación de obligación) desde el ámbito contractual.

En contexto histórico, la codificación en el siglo XIX siguió principalmente la influencia francesa, de modo que el *Code* se convirtió en el principal referente en la materia. Tal influencia no solo se limitó a la producción de sendos códigos en los países del Derecho Continental, sino que además se dirigió a los proyectos de código y, sobre todo, a la doctrina que poco a poco fue germinando en los diversos países caracterizados por la “recepción”.

(780) UGARTE, César Antonio. *óp. cit.*; p. 367.

(781) *Ibíd.*

(782) *Ibíd.*

(783) *Ibíd.*

Lo anterior nos permite terminar por ubicar correctamente el escenario jurídico político en el que surgió el *Código Civil Santa-Cruz*, por lo que no sorprende que su regulación en materia de obligaciones y contratos siga, en gran medida, lo dispuesto por el legislador francés para el *Code*.

1.2.1. Al igual que en el Proyecto de Código Civil de Vidaurre, se omitió una definición de “obligación”; no obstante que de una lectura sistemática del *Código Civil Santa-Cruz* se llegase necesariamente a la misma conclusión que para el primero: la existencia de una perspectiva (adquirida por recepción acrítica) que identificaba la obligación en el *vinculum iuris* a partir del cual el *debitoris* se encontraba compelido a cumplir en favor del *creditoris* una determinada prestación, la cual podía consistir en un dar, hacer o no hacer (art. 695).

Si lo anterior era así, no debe sorprender que en el *Código Civil Santa-Cruz*, el término “obligación” asumió una connotación diversa. Así pues, en ocasiones adoptaba el significado de “relación” (inc. 4, art. 702; arts. 723, 725, etc.), otras de “prestación” (arts. 730, 741, etc.), e incluso de “deudor” (arts. 729, 733, 743, etc.).

Esta tendencia por comprender dentro del sintagma “obligación” varios fenómenos jurídicos de distinta naturaleza, trajo como consecuencia que en el *Código Civil Santa-Cruz* “obligación” signifique en general todo tipo de comportamiento al cual se encuentra adscrito el deudor en beneficio del acreedor. Dado que este cuerpo normativo siguió, *in extremis*, el *Code*, sus disposiciones no previeron en modo alguno que los comportamientos a los cuales se “obligaba” el deudor (“obligado”) podían presentar una diversa fisonomía que impedía asimilarlos unos con otros.

Visto el asunto en perspectiva, fue propiamente la carencia de una doctrina que estudiase el fenómeno obligatorio en su integridad más que la previsión legislativa en estricto lo que impidió descomponer la obligación en forma científica, tal y como ocurrirá a inicios del siglo XX en Alemania. Si lo último hubiera antecedido la labor legislativa, quizá otro hubiese sido el resultado.

De hecho, y como profundizaremos más adelante, el *Código Civil Santa-Cruz* contenía referencias que permiten inferir (en forma intuitiva), una “diversidad” en las obligaciones. Así, su art. 1063 reconocía la existencia de una “principal obligación”, lo mismo que su art. 1142 hacía referencia

a que “el inquilino y el colono tienen dos obligaciones principales”. Ahora bien, las referencias a una obligación “principal” supone por antonomasia la existencia de obligaciones “no principales”. Pero sobre ello no se ahondó.

Esta intuición de la existencia de obligaciones no principales se veía confirmada desde que el *Código Civil Santa-Cruz* reconocía también que el deudor se encontraba obligado a cumplir con otras obligaciones *más allá* de la principal. Así por ejemplo, en materia “de la venta” (Título VI, Cap. 1), el art. 1021 disponía que como parte de las obligaciones principales del vendedor la “de entregar (...) la cosa que vende”, lo cual suponía “(...) el traspaso que el vendedor hace de la cosa vendida, al poder y posesión del comprador” (art. 1022), siendo que en materia de inmuebles dicha obligación “(...) se llena (...) por la entrega que hace de las llaves” (art. 1023), y en muebles “(...) por tradición real, o por la entrega de las llaves del edificio en que están cerrados, o por solo el consentimiento de las partes, si el traspaso no puede hacerse en el momento de la venta, o si el comprador tenía ya los bienes en su poder por otro título” (art. 1024).

Ahí no quedaba la “obligación principal” del vendedor. En efecto, además de que la obligación de entregar la cosa comprendía “la de entregar sus accesorios, y todo lo que estaba destinado para su uso perpetuo” (art. 1033), el *Código Civil Santa-Cruz* también dispuso en la esfera del deudor una obligación de conservar la cosa en el estado en que se encontraba en la fecha de venta hasta una vez ocurrida la *traditio* (art. 1032). Esta última obligación no presenta autonomía propia que invite a concebir a la misma bajo la expresión “obligación principal”; al contrario, la misma cumplía una función accesoria respecto a la de entregar la cosa, al punto que su ausencia de realización importará un defecto en el cumplimiento de la última. Adicionalmente, el vendedor también se encontraba “obligado” a una “obligación” de información, ya sea para advertir al comprador sobre el estatus jurídico (declaración de cargas y gravámenes, conforme a los arts. 1042 y 1054) o físico (art. 1056 y ss. respecto de vicios) de la cosa. En fin, similares obligaciones “no principales” pueden ser ubicadas también en diversos contratos típicos regulados en el *Código Civil Santa-Cruz*, como es el caso del arrendamiento (arts. 1137 y ss.), entre otros.

De cualquier manera, lo que queda claro es la ausencia de una doctrina y legislación capaz de descomponer conceptualmente la obligación, y virar de la discusión en torno a su concepto a su contenido; básicamente, lo que ejemplifica el proceso alemán.

Descartado lo anterior, con mayor razón entonces quedaba vedada cualquier posibilidad de que durante la vigencia del *Código Civil Santa-Cruz*, la obligación, como instituto jurídico y concepto, haya asumido un rol negativo de protección de la esfera jurídica ajena. Esto quedará comprobado a propósito de la concepción de contrato.

El *Código Civil Santa-Cruz*, a diferencia del Proyecto de Código Civil de Vidaurre, si contempló una definición expresa de contrato en su art. 695: “el contrato es una convención, por la que una o muchas personas se obligan acia una o muchas, a dar o hacer, y a no dar o no hacer alguna cosa”. Esta circunstancia (la definición) resulta más anecdótica que trascendente, toda vez que a lo largo de los artículos que componen el *Código Civil Santa Cruz* se exhibe con total naturalidad la equiparación del contrato al consenso, subsumido el primero dentro del “genero⁷⁸⁴” “convención”. No resulta un despropósito en ese sentido señalar que, al igual que en Vidaurre, la fórmula legal (en este caso prevista en el citado art. 695) reducía el “contrato” al “consenso”.

Aquello que ligó al *Código Civil Santa-Cruz* con el *Code* no solo quedó ahí, sino que, como ocurrió con la obra de Vidaurre, la regulación del contrato en general, no limitado únicamente a sus *Disposiciones Jenerales* (Cap. I), también seguiría el modelo francés, sea en lo que respecta a los requisitos esenciales para la validez de las convenciones (Cap. II)⁷⁸⁵, el principio de relatividad (Cap. VII)⁷⁸⁶, la

(784) **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1819.

(785) Esto es, (1) el consentimiento de la parte que se obliga; (2) su capacidad de contraer obligaciones; (3) Un objeto cierto, que forme la materia de la obligación; (4) Una causa lícita en la obligación. Respecto a este asunto, *v. tb. BASADRE, Jorge.* *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847...* *óp. cit.*; p. 342.

(786) Se agrega que “tenía este título la novedad de reducir a uno solo los casos en que los contratos pudieran tener efecto con respecto a un tercero: cuando el acreedor ejerciese el derecho de su deudor, contrariando en su nombre los actos dañosos hechos por este”. *v. Ibíd.*

integración del contrato⁷⁸⁷ (conforme equidad, uso o ley *ex art. 729*⁷⁸⁸), los límites de la autonomía de los privados (ley, “costumbres” y orden público *ex art. 727*), entre otras disposiciones.

Y al igual que ocurría con Vidaurre, el hecho que se hayan planteado “requisitos esenciales para la validez de las convenciones” no colisionó con la idea de concebir el contrato a partir del solo consenso.

Por lo demás, la afinidad con el *Code* se hacía manifiesto también en lo que concernía al rol de la voluntad o el problema de la identificación del objeto del contrato y la obligación. Esto último se confirma por el hecho que, al igual que en Vidaurre, la referencia a objeto a veces se vinculaba al contrato (Cap. V), otras a la obligación (inc. 3, art. 702), y en ocasiones a ambas (como pareciera ocurrir en el art. 724 -objeto de la obligación-, Cap. V -objeto... de los contratos-), sea que se hable de la “cosa” (arts. 720, 721, 722, 723, 1002, etc.), o de la “prestación” (arts. 1129, 1328 -hacer alguna cosa-, 1354, etc.).

Por último, también bajo la impronta del *Code*, el *Código Civil Santa-Cruz*, clasificó normativamente los contratos⁷⁸⁹.

En buena cuenta, no cabe duda que incluso con mayor ahínco que Vidaurre, el *Código Civil Santa-Cruz* adoptó, estructural (organización del cuerpo legislativo) y materialmente (contenido normativo), la regulación del contrato presente en el *Code*.

Y al igual que la experiencia francesa, el *Código Civil Santa-Cruz* no instrumentalizó la categoría del contrato como medio de protección o preservación del *status quo* en lo que refiere al

(787) *Ibid.*

(788) La fuente directa de esta norma se encuentra en los arts. 1134 y 1135 del *Code*.

(789) El *Código Civil Santa-Cruz* los clasificaba en: (i) bilaterales, “cuando los contratantes se obligan recíprocamente los unos acia los otros” (art. 696), y unilaterales, “cuando una o muchas personas se obligan acia una o muchas personas, sin que la parte de estas últimas, tenga obligación alguna”(art. 696); conmutativo, “cuando cada una de las partes se obliga a dar o hacer alguna cosa, que se considera como equivalente de lo que se ha dado, o de lo que se ha hecho para ello” (art. 697), e incierto (aleatorio), “cuando la ganancia o pérdida para cada una de las partes, es contingente de acontecimiento incierto” (art. 698); beneficiencia (gratuito), “en que una de las partes procura a la otra una ventaja puramente gratuita” (art. 699); y oneroso, en el cual “sujeta a ambas partes a dar o hacer alguna cosa” (art. 700).

Integritätsinteresse, a pesar de lo particular de su régimen de responsabilidad contractual, como veremos a continuación.

1.2.2. Hemos advertido que el *Código Civil Santa-Cruz* es básicamente el *Code* con ciertas particularidades no sustanciales. De ahí que se haya señalado que el primero resultó -en general- “recepción mecánica⁷⁹⁰” del segundo, sea porque el *Code* era la “codificación” más perfecta o porque Santa-Cruz vivía bajo la fascinación de Napoleón⁷⁹¹; en cualquier caso, este fue impuesto al Perú como una “concesión expansiva”⁷⁹².

Si esta es la premisa, la investigación sobre la responsabilidad contractual podría ser calificada de vana, toda vez que, en principio, su organización debería ser similar a la del *Code*; esto es (respecto de lo que a nosotros nos incumbe), la existencia de una cláusula general de incumplimiento que impidió el surgimiento de una teoría como la *pVV*, en donde la culpa ocupaba un rol central en el proceso de imputación de la *faute*. Sin embargo, una de las particularidades que presentó el *Código Civil Santa-Cruz* respecto del *Code* fue justamente lo concerniente a la responsabilidad por *inexécution*.

A diferencia del art. 1147 *Code*, el cual establecía que “le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, soit à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part”, el art. 743 del *Código Civil Santa-Cruz* señalaba que “el obligado, aun cuando no haya mala fe de su parte, sera condenado al pago de intereses y daños, ya sea que resulten de omisión, o ya de tardanza en el cumplimiento de la obligación, siempre que no justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputarsele”. Si bien no cabe duda que la inspiración del art. 743. es el dispositivo francés, lo cierto es que los legisladores del *Código Civil Santa-Cruz* desfiguraron -consciente o inconscientemente-, el sentido del art. 1147 *Code*, cuando delimitaron el modo en que acaecía el incumplimiento.

⁽⁷⁹⁰⁾ Ídem, p. 345.

⁽⁷⁹¹⁾ Ídem, p. 338.

⁽⁷⁹²⁾ *Ibíd.*

En efecto, y como anotamos en el Cap. I, el principal rasgo del sistema francés, y que lo diferencia del alemán, en materia de responsabilidad *ex contractu* es que cuenta con una cláusula general de incumplimiento. Sin embargo, la adopción del *Código Civil Santa-Cruz* en nuestro país supuso la ausencia de esta última, siendo que el incumplimiento materia de responsabilidad debía presentarse en *modalidad negativa*. Esto quiere decir que el comportamiento que provocaba el no cumplimiento del contrato se deducía en una omisión; una que significaba (i) la ausencia de prestar lo debido o (ii) la ausencia de prestar lo debido en el plazo previsto.

La ausencia de una doctrina nacional, incluso hasta nuestros días⁷⁹³, capaz de estudiar el impacto del art. 743 del *Código Civil Santa-Cruz* impidió advertir que en algún momento de la historia de la codificación peruana, la responsabilidad contractual presentó un rasgo singular, el cual debe ubicarse entre el sistema francés y el sistema alemán, básicamente porque si bien no ubica como elemento decisorio de la responsabilidad a la imposibilidad (como en Alemania), sí fijaba que el incumplimiento ocurría a partir de una omisión, o lo que es lo mismo, un no hacer. El hecho de confinar al incumplimiento bajo el cariz negativo de la conducta del *debitoris* significó restar su mayor funcionalidad: cláusula general capaz de comprender las hipótesis de *pVV*, conforme “descubriría” Staub años más tarde.

La existencia de un juicio crítico sobre el *Código Civil Santa-Cruz* hubiese supuesto advertir una problemática en relación a la tutela del cumplimiento defectuoso en sede nacional, y quizá como consecuencia de ello recurrir a una construcción como la *pVV* y, posteriormente, los «deberes de protección».

No lo hubo.

De igual manera, lo que también podría haberse prestado a discusión es lo relativo al criterio para imputar la responsabilidad contractual. El art. 744 del *Código Civil Santa-Cruz* disponía que “no hai lugar a daños e intereses, cuando una fuerza superior, o un caso fortuito ha impedido al deudor

(⁷⁹³) Referencias bastante genéricas y sin mayor profundización, en parte por la propia naturaleza del texto, puede encontrarse en Ídem, pp. 342-345.

dar o hacer lo que se había obligado, o lo ha forzado a hacer lo que se le había prohibido”. Si solo se examinase dicho artículo, podría argumentarse que el límite de la responsabilidad del deudor estaba en la causa no imputable, de modo que el citado cuerpo normativo habría acogido la responsabilidad objetiva en sede contractual. Incluso podría contribuir el hecho que el art. 743 requería que el deudor “justifique que la falta proviene de una causa extraña, que no puede imputarsele”; no obstante, cierto es también que en la regulación de la parte general de las obligaciones se hacía referencia al dolo como agravante para la extensión de los daños resarcibles a los imprevisibles (art. 746), pero sobre todo el tratamiento de la parte especial de los contratos nos muestra como elemento fundante de la responsabilidad por inejecución a la culpa entendida como falta de diligencia del buen padre de familia (al respecto, *v.* los capítulos pertinentes a compraventa, arrendamiento, custodia, etc.).

Dicho esto, no hay duda que el sistema de responsabilidad por inejecución del *Código Civil Santa-Cruz* era eminentemente subjetivo, sea porque desde una óptica sistémica la opción del codificador fue establecer a la diligencia como parámetro de medida del comportamiento *debitoris*; sea porque la fuente del *Código Civil Santa-Cruz* es el *Code* francés, en donde la culpa se ubica en el centro del sistema, o sea simplemente porque así lo demandaba la tradición y el rezago del Derecho Colonial (en donde la influencia del derecho canónico fue muy marcada). En cualquier caso, ello no fue una novedad sino una continuidad, toda vez que también en el Proyecto de Código Civil de Vidaurre la culpa fundaba la responsabilidad contractual.

La incapacidad por advertir contradicciones en las fórmulas legales (trabajo normalmente destinado a la doctrina y jurisprudencia), aunado a la inexistencia de reglas operativas de carácter jurisprudencial, determinó la impracticidad del *Código Civil Santa-Cruz*, y la inexistencia de los insumos necesarios para motivar la teoría de los «deberes de protección».

Lo anterior, aunado a una realidad política que dinamitaba cualquier intento de perduración del *Código Civil Santa-Cruz*, hizo estéril la presencia de cláusulas generales como la equidad (art. 729), las “costumbres” y el orden público (art. 727), las cuales precisaban de una jurisprudencia capaz de ver en ellas un recurso jurídico.

1.2.3. En esa misma línea, el sistema de responsabilidad extracontractual tampoco motivó contradicciones. En el *Código Civil Santa-Cruz*, a diferencia del Proyecto de Código Civil de Vidaurre, esta ocupaba un lugar dentro del sistema normativo civil. Así, el art. 965 establecía que “todo hombre que causa a otro algún daño está obligado a repararlo”, precisándose después que “todos son responsables no solo del daño causado por su hecho, sino también del que ocasiona su negligencia o imprudencia” (art. 966). Sin perjuicio de la regulación de la responsabilidad vicaria, de las cosas inanimadas, entre otras, lo relevante para estos efectos es advertir que el sistema de responsabilidad delictual presente en el *Código Civil Santa-Cruz* era fundamentalmente atípico, en línea con la fórmula francesa y a diferencia de aquella alemana, de modo que los bienes susceptibles de ser tutelados no se encontraban tipificados.

Con las consideraciones antes expuestas, corresponde ahora determinar si el *Código Civil Santa-Cruz* trató y resolvió el problema de los daños a la persona y el patrimonio en ocasión del contrato.

1.2.4. El *Código Civil Santa-Cruz* era contemporáneo al Proyecto Vidaurre. Entre ambos no había una diferencia mayor a un lustro. ¿Qué pudo haber cambiado en nuestro país que motive la disociación entre realidad y norma?

No mucho.

Sin embargo, como hemos señalado, el tratamiento de los daños a los bienes personales y patrimoniales *ex contractu* no se vincula *prima facie* (o en su sustrato final) a una teoría, de modo que, aunque esta no se presente, un ordenamiento podría contemplar un sistema de tutela contractual de los citados bienes sea por razones jurídicas, muchas veces ligado a la tradición, o políticas, como puede haber sucedido con el caso del proyecto de Vidaurre. Advertido ello, corresponde recurrir al texto del *Código Civil Santa-Cruz* a fin de descartar o confirmar esta situación.

El art. 1184 del *Código Civil Santa-Cruz* estableció que “los conductores por tierra y por agua están sujetos en cuanto a la guarda y conservación de las cosas que se les confían a las mismas obligaciones que los posaderos, de quienes se tratará en el título del depósito y del secuestro”. Por su parte, el art. 1906 del mismo cuerpo normativo señalaba que “los posaderos y hosteleros son

responsables, como depositarios, de los efectos que llevan los viajeros que se alojan en sus casas; el depósito de esta especie de efectos debe considerarse como un depósito necesario”; y “son responsables del robo o daño que padezcan los efectos del viajero, sea que el robo se haya hecho o que el daño hay sido causado por los domésticos y encargados de la hostelería, o por los transeúntes por la hostelería”⁷⁹⁴.

Ahora bien, en los casos citados, el ordenamiento imponía a ciertos sujetos de una relación contractual típica una conducta adicional que se deduce en el cuidado y conservación de los bienes de naturaleza patrimonial de la otra parte. Pero aunque ello se asemeja desde un aspecto hermenéutico a la tutela contractual que se pretende conferir con los «deberes de protección», no queda duda que a diferencia de estos últimos, los deberes de cuidado y conservación señalados no aparecían como expresión de una categoría de orden general, como aquella alemana, sino como extensión (ideal) del “objeto” (custodia) de un contrato típico: el depósito.

Dichos deberes se presentaron como obligaciones adicionales “independientes” de la obligación principal, siendo que el verdadero fundamento de los mismos se encontraba lejos de la actividad científico-jurídica, y más próxima a la discreción del legislador.

Por otro lado, habíamos señalado que el *Código Civil Santa-Cruz* exhibía una particular configuración *omisiva* del incumplimiento que podría haber puesto en duda la capacidad del sistema por abarcar hipótesis de no cumplimiento a partir de conductas de orden positivo. A ello debe añadirse que la incertidumbre pudo profundizarse si se tenía en cuenta el art. 1253 del *Código Civil Santa-Cruz*. En efecto, el citado dispositivo establecía que “cuando la cosa prestada tiene defectos tales que puedan causar perjuicio al que se sirve de ella, el comodante es responsable, si conociendo

(⁷⁹⁴) Al respecto, en el Proyecto de Código Civil de Vidaurre no se contemplaba una regulación del hospedaje. Sobre este punto, Vidaurre señaló que “incluye el (Código) Napoleón la responsabilidad de los hosteleros por los efectos que los pasajeros y caminantes introducen en sus casas. Se tiene como unos depositarios necesarios. Ellos son responsables de los daños y robos que se causen, á no ser que provengan de fuerza superior, que no puedan resistir. Nuestras leyes de Partida también tratan de esto. Pero á mi me parece mas propio este asunto en el código de Policia: no es propiamente un depósito, si no se le hace al mesonero una entrega formal. – ¿Y para qué daré leyes, cuando por desgracia aun no tenemos caminos, posadas, ni seguridad publica? El gobierno español de nada cuidò – Se convirtieron en desordenados bosques, los mas hermosos campos. Comenzamos á cultivarlos, aun no es llegada la época de su ultima perfeccion”. Para mayor detalle, *v. VIDAURRE, Manuel Lorenzo. óp. cit.*; p. 235.

estos defectos, no los advirtió al comodatario”, quedando de este modo consagrado legislativamente una hipótesis en donde la ausencia de un comportamiento positivo era capaz de causar daños en la esfera de la otra parte contractual.

Por supuesto, la nueva interrogante que surgía era si dichos daños revestían naturaleza contractual.

No cabe duda que el art. 1253 del *Código Civil Santa-Cruz* y el art. 15 del Proyecto de Código Civil de Vidaurre encontraban una misma fuente directa en lo dispuesto en el art. 1891 *Code* y en las Leyes de Partidas. Sin embargo, la solución que para el mismo caso se planteó legislativamente no siguió la misma suerte. A parte de que en Vidaurre se exhibe una tendencia a la punición, cierto es también que en este queda claro, no solo normativamente, sino sobre todo por la argumentación contenida en su *exposición*, que la tutela contractual o “criminal” de los daños dependerá de su naturaleza personal o patrimonial. Lo propio no puede decirse del *Código Civil Santa-Cruz*, el cual adoptó miméticamente la fórmula del *Code*.

La incertidumbre que se presenta en relación a la naturaleza de los daños en materia de comodato *ex* art. 1253 no parecía encontrar solución en el texto legislativo, acrecentándose la misma dada la inexistencia de una exposición de motivos. Frente a dicho escenario, ambas alternativas hubiesen sido posibles de ser adoptadas.

Independientemente de lo anterior, la experiencia peruana a propósito del *Código Civil Santa-Cruz* nos confirma la hipótesis planteada cuando tuvimos ocasión de tratar el Proyecto de Código Civil de Vidaurre: el reconocimiento de un interés ajeno al interés de prestación del acreedor en una relación de obligación, siendo que para el caso del hospedaje, este se ceñía normativamente al aspecto patrimonial, quedando la interrogante si tal interés de cuidado alcanzaba los bienes personales.

Sin duda, esta hipótesis se habría visto reforzada si es que se adoptaba una tesis positiva respecto de la cuestión del art. 1253 del *Código Civil Santa-Cruz*.

En cualquier caso, en el *Código Civil Santa-Cruz*, el fundamento de las *obligaciones de cuidado y conservación* (ex art. 1184) no se encontró en la sola imposición legislativa de una faceta “protectiva” (incorporada en el discurso de Vidaurre) sino en la *diligentia in custodiendo*, la cual se transformó en el *Code* en la “obligation de veiller à la conservation de la chose con la diligenza d’un bon père de famille” (art. 1137 *Code*)⁷⁹⁵. Dicha “obligación”, concebida inicialmente para el contrato de depósito, fue extendida por los autores del *Code* (y por recepción también por los del *Código Civil Santa-Cruz*) a otros esquemas contractuales (en este caso, al hospedaje), de modo que el cumplimiento del contrato, en esos casos, dejó de representar un simple *facere* positivo. En la base de esto último, como pudimos mencionar, se encontraba la discrecionalidad del legislador cuando no la tradición histórica.

La “recepción mecánica” -que tanto insiste Basadre- del *Código Civil Santa-Cruz* trajo consigo una reglamentación no pensada para nuestro país, y con él vino también las *obligaciones de cuidado y conservación*, pero sobre todo, al menos en lo que significó el contrato de hospedaje, *la tutela conferida se presentó con carácter típico* (por su vinculación a un contrato particular), una vez más.

1.3. Hacia 1945, nuestra nación no contaba aún con un código. Derogado el *Código Civil Santa-Cruz*, las normas que volvieron a regular la vida social y económica del Perú eran las del Derecho Colonial. Para esto, el anhelo de la codificación seguía vigente pero lo que sí había cambiado era la situación coyuntural del país, el cual ha sido descrito por Oliveira como “un bello momento⁷⁹⁶”.

En ese año, el senador José Luis Gómez Sánchez presentó ante su Cámara un proyecto con el fin de que se nombrara una comisión para la redacción de los códigos de la República. Una vez aprobada la ley respectiva por el Congreso, la promulgaron el entonces Presidente Castilla y el Ministro de Justicia, José Gregorio Paz-Soldán, con fecha 9 de octubre de 1845, disponiendo que dicha comisión se componga de siete miembros nombrados por el Ejecutivo⁷⁹⁷.

⁽⁷⁹⁵⁾ Cfr. MAJELLO, UGO. *óp. cit.*; pp. 20-22.

⁽⁷⁹⁶⁾ OLIVEIRA, Pedro M. *La revisión del Código Civil...* *óp. cit.*; p. 15. Este autor valora esta circunstancia, como consta cuando señala que “el derecho, á pesar de ser el fruto de un doloroso alumbramiento (...), no alcanza su forma orgánica sino en los periodos de quietud, cuando el pueblo, por el órgano de los juristas, se encierra dentro de sí para adquirir conocimiento de su ser”.

⁽⁷⁹⁷⁾ BASADRE, Jorge. *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847...* *óp. cit.*; p. 346; UGARTE, César Antonio. *óp. cit.*; p. 368.

El 20 de diciembre de 1845, fueron nombrados Manuel Pérez de Tudela, Francisco Javier Mariátegui, Manuel López Lissón, Mariano Carrera, José Julio Rospigliosi, José Luis Gómez Sánchez y José Manuel Tirado. En la misma fecha se aprobó el reglamento de la comisión⁷⁹⁸, y más tarde, el 2 de enero de 1846, juraron los codificadores.

Más allá de una discusión relativa a si debía “formarse” primero el proyecto de código civil o el de enjuiciamientos, la cual al final terminó por decantarse en favor del último, la comisión, a partir de finales de 1846, comenzó a abocarse plenamente a confeccionar el proyecto encargado, debiendo afrontar problemas de discrepancia interna especialmente en la parte relativa al matrimonio, y su consideración como contrato o no⁷⁹⁹.

Al año siguiente⁸⁰⁰, la comisión culminaría el Proyecto de Código Civil de 1847.

El Proyecto de Código Civil de 1847 estuvo dividido en tres libros. Correspondió al Libro 3º, intitulado “De los derechos que unas personas tienen sobre otras, ó de las obligaciones que nacen de los contratos ó cuasi-contratos”, la regulación de las obligaciones y contratos.

1.3.1. A diferencia del *Código Civil Santa-Cruz*, en el Proyecto de Código Civil de 1847 quedó desestimada la necesidad de definir la “obligación”, Sin embargo, ello no fue óbice para que tanto en este proyecto como en los demás antecedentes, se presente un dato común: la concepción lineal de obligación: débito y crédito vinculados jurídicamente en una relación simple.

Y, en esa misma línea, el sintagma “obligación” asumió en el Proyecto de Código Civil de 1847 el carácter polisémico antes advertido para el Proyecto de Código Civil de Vidaurre y el *Código Civil Santa-Cruz*, describiendo, en el art. 934, la obligación como “relación”, en el art. 904, la obligación

(⁷⁹⁸) **OLIVEIRA, Pedro M.** *La revisión del Código Civil...* *óp. cit.*; p. 15; **BASADRE, Jorge.** *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847...* *óp. cit.*; p. 346.

(⁷⁹⁹) *v.* **OLIVEIRA, Pedro M.** *La revisión del Código Civil...* *óp. cit.*; p. 15; **BASADRE, Jorge.** *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847...* *óp. cit.*; p. 346 y ss.

(⁸⁰⁰) **OLIVEIRA, Pedro M.** *La revisión del Código Civil...* *óp. cit.*; p. 15.

como “prestación”, en el art. 924, la obligación bajo el cariz del “deudor”, entre otros diversos artículos que se extendían a lo largo del Libro Tercero.

No cabe duda que tal escenario resultaba consecuente con un *medio* en el que la imposibilidad de estudiar científicamente la obligación a partir de la noción de deber se había perpetuado durante las décadas siguientes a la independencia, básicamente porque no hubo doctrina peruana conocida capaz de romper con la tradición que en materia de obligaciones propugnaba por la adopción (aunque no sin cierto matiz) de un esquema clásico francés de inicios de siglo XVIII. En realidad, y a pesar de la existencia del código prusiano y el desarrollo de las pandectas, el modelo de “obligación” -si se puede decir, peruano- se reducía a aquél presente en el *Code*, y cuando no, al romano, pero la cuestión no variaba porque el primero era deudor de este último, mayormente.

Teniendo en cuenta lo anterior, no debe sorprender que el Proyecto de Código Civil de 1847 haya hecho referencia a una “obligación principal”. Sin embargo, esta no se vinculaba con la distinción entre obligaciones de prestación principales y no principales, sino a específicos tipos contractuales en donde se distinguía una obligación de prestar con otra de garantía, más precisamente, la hipoteca (art. 1940) y la fianza (art. 1968). A pesar de ello, lo anterior no significó que el Proyecto de Código Civil de 1847 no haya regulado hipótesis concretas en donde lo que se presentaba eran obligaciones principales y accesorias conforme al esquema alemán. Así por ejemplo, en materia de compraventa, la entrega aparecía como obligación principal (art. 1138), pero la entrega de los accesorios y el cumplimiento de las obligaciones presentes en el art. 1150 adoptaban el cariz de obligaciones accesorias que coadyuvaban al cumplimiento del deber principal de prestación. Lo propio sucedió con la regulación del contrato de arrendamiento, en donde el art. 1220 recogía las obligaciones principales en un contrato sinalagmático y los arts. 1236 y 1238, tanto para el arrendador como arrendatario, reconocían, en su mayoría y siempre que se vinculaban a la prestación debida, deberes accesorios a cargo de las partes⁸⁰¹.

(⁸⁰¹) Para los casos en que no se vinculaban a la prestación, *v.* con mayor cuidado la sección correspondiente al análisis del Código Civil de 1852.

De una manera u otra, se puede decir que la sistematización normativa que pudo lograr el Proyecto de Código Civil de 1847, a diferencia del Proyecto de Código Civil de Vidaurre, no trajo consigo algo mucho más importante: la sistematización a nivel de doctrina capaz de explotar técnicamente un código civil “pretendidamente” orgánico.

De cualquier manera, lo cierto es que también durante el Proyecto de Código Civil de 1847, la obligación, como concepto e instituto jurídico, no adoptó una faceta negativa o de protección; todo lo contrario, se configuró como una de orden positivo o de prestación en línea con sus antecedentes y el *Code*. Esta realidad no varía si el análisis se dirige a la categoría del contrato.

1.3.2. Con relación a ello, el referido proyecto establecía que “convención es el convenio, por virtud del cual dos ó mas personas se obligan y consienten de un modo expreso ó presunto en darse, hacerse ó prestarse alguna cosa” (art. 903); cuando el convenio era expreso, la convención encarnaba al “contrato” (art. 905), y viceversa, cuando el convenio era presunto, la convención significaba “cuasi-contrato” (art. 905). Si ello era así, no cabe duda en que en el Proyecto de Código Civil de 1847, la fórmula legal propuesta reducía el “contrato” al “consenso” (expreso).

La solución de continuidad que puede encontrarse en la concepción de contrato que presentaba el Proyecto de Código Civil de 1847 con el Código Civil *Santa-Cruz* y el Proyecto de Código Civil de Vidaurre no solo se limitó a la relación *convención=contrato=convenio*. En efecto, lo propio aconteció con respecto a la regulación de la “convención”, en donde “los requisitos esenciales en los contratos” (art. 940) eran: (i) “el consentimiento espontáneo y libre de las partes” (art. 940.1); (ii) “La capacidad de contratar” (art. 940.2); (iii) “que el contrato recaiga sobre cosa cierta y determinada” (art. 940.3); y (iv) “que la causa sea lícita y honesta” (art. 940.4). De igual manera, el art. 919 del citado proyecto reconocía en sede nacional el principio de relatividad, estableciendo que “los contratos tienen efecto entre los contratantes y sus herederos y sucesores (...), y no dañan ni aprovechan á un tercero”; y como consecuencia de lo anterior, no se reconocía la posibilidad de contratar en favor de tercero. Finalmente, se establecía como límite al pacto inter-privados la moral, las leyes o las buenas costumbres (arts. 916 y 920), y se fijaba como criterios de integración contractual a “lo que sea de equidad ó de ley según su naturaleza” (art. 917).

Como en Vidaurre y el *Código Civil Santa-Cruz*, en el Proyecto de Código Civil de 1847 la reducción legal del contrato al consenso no se veía contradicha por el hecho de reconocer legislativamente que el contrato precisaba de “elementos” adicionales para su conformación.

Aunque a primera vista podría advertirse la existencia de una marcada afinidad entre los citados “códigos”, lo cierto es que esta era más indirecta que directa, y es que en realidad, lo que subyacía a todos estos era la influencia francesa del *Code*, el cual se constituía como su fuente directa, en mayor o menor grado, en tema de contratos y obligaciones, sobre todo en el *Código Civil Santa-Cruz* y el Proyecto de Código Civil de 1847.

Prueba de lo anterior es que el Proyecto de Código Civil de 1847, al igual que el *Código Civil Santa-Cruz*, también contenía una clasificación de los contratos⁸⁰². Lo propio sucedió con la disyuntiva en torno al objeto del contrato, a veces identificado en la *prestación*, otras en la *cosa*, la cual igualmente se hace manifiesto en el Proyecto de Código Civil de 1847, conforme se desprende de los arts. 903, 910, 913, 914, 933, y demás contenidos en la regulación de los contratos especiales.

Pero más allá de estas cuestiones, el contrato al igual que la obligación, por si queda alguna duda, no presentaba una faceta protectiva, al menos desde una óptica teórica que soporte la construcción normativa.

Luego de presentado los lineamientos generales en materia de obligaciones y contratos presentes en el Proyecto de Código Civil de 1847, pasemos ahora al momento patológico o de “perturbación” del programa obligatorio, a fin de indagar la posibilidad de que la faceta protectiva,

(802) Según la cual, los contratos podían presentarse: (i) “Unilaterales ó bilaterales” (art. 916.1); (ii) “Concensuales, aleatorios, reales, de confianza ó accesorios” (art. 916.2). Con relación a la primera clasificación, el Proyecto de Código Civil de 1847 establecía que “si dos ó mas personas se obligan mutua y recíprocamente, el contrato es bilateral; si solo una de ellas es obligada inmediatamente, el contrato es unilateral” (art. 907). Con relación a la segunda clasificación, “contrato concensual es aquel que se constituye y perfecciona por solo el consentimiento de las partes, sin necesidad de otro requisito” (art. 908); contrato aleatorio es aquel cuyo resultado depende de la suerte (art. 909); contrato real “es aquel que se consuma con la entrega de la cosa que tiene por objeto” (art. 910); “son contratos de confianza aquellos en que uno de los contratantes encarga á otro una comision, en virtud de la confianza que en él tiene” (art. 911); y contrato accesorio es aquél que se agrega a otro, de manera que solo no puede existir (art. 912). Con sustracciones de menos y adiciones de más, la clasificación anotada tomaba por ejemplo lo dispuesto en el *Code*; no obstante que para tal propósito se haya apartado de la mimesis que resultó el *Código Civil Santa-Cruz* en dicho extremo.

bien de la obligación o del contrato, haya sido no el *prius* de la norma sino el *posterius* o la consecuencia de una particular regulación del sistema de responsabilidad *ex contractu*.

1.3.3. a) El art. 924 del citado proyecto establecía que “los que han otorgado un contrato, estan obligados no solo á cumplir lo que prometieron, si tambien á resarcir el daño que por su dolo o culpa hubiesen ocasionado”. A primera vista, y a diferencia del *Código Civil Santa-Cruz*, el incumplimiento no necesariamente parecía deducirse en un *facere* negativo. Dicha percepción se confirmaría con lo dispuesto en el art. 928, según el cual “en todos los contratos estan obligados los contratantes á evitar el dolo y culpa lata, y á responder por ellos”. En efecto, el comportamiento “culposo” o “doloso” podía presentar una fisonomía diversa, siendo el daño “culposo” derivado del mismo el que generaba la obligación de resarcimiento.

Siendo ello así, el régimen general establecido en el Título 1 (Sección 1) del Libro Tercero del Proyecto de Código Civil de 1847 hubiera sido capaz de resistir una teoría como la *pVV* de Staub, en lo que respecta al cumplimiento defectuoso. Así pues, dicho proyecto pretendía instaurar un sistema de responsabilidad por inejecución de obligaciones basado en la culpa como “falta de diligencia” (art. 926), y en donde se reconocía la graduación de la misma (art. 927), con la consiguiente limitación de la extensión de la responsabilidad a partir del criterio de la “previsibilidad del daño”.

La diferencia anotada a propósito de la configuración del sistema de responsabilidad *ex contractu* en el *Código Civil Santa-Cruz* y el Proyecto de Código Civil de 1847 parece mantenerse también en lo que respecta a la responsabilidad *ex delicto*.

b) Como señalamos, en el *Código Civil Santa-Cruz*, el art. 965 funcionaba como cláusula general en materia de responsabilidad aquiliana. De este modo, la solución del legislador de ese entonces se vinculaba inescindiblemente al *Code* a partir de la consagración de un sistema atípico del ilícito civil. Lo propio no ocurrió con el Proyecto de Código Civil de 1847.

A diferencia del art. 965 del *Código Civil Santa-Cruz*, el art. 1987 del Proyecto de Código Civil de 1847 establecía que “cuasi-delitos son unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo”. En efecto, la referencia a “unos hechos ilícitos” dista de “algún daño”, en la medida que el primero

parece referirse solo a “unos” hechos, ergo no “otros”, mientras que el segundo no formula tal distinción, resultando el mismo en una fórmula omnicomprendiva.

¿Pero cuáles serían esos hechos ilícitos, si como hemos visto, no son “todos”? La respuesta nos la brinda el propio proyecto. En efecto, estará obligado a resarcir el daño por *cuasi-delinquir*: (i) “el que arroja ó derrama alguna cosa de su casa á la calle, y con ello causa daño al que pasaba ó estaba parado (...)”⁸⁰³; (ii) el que “causó la muerte ó hirió (...)”⁸⁰⁴; (iii) “el que tiene alguna cosa puesta ó suspendida en un lugar por el que pasan ó en que se paran los hombres y cuya caída puede causar daño (...)”⁸⁰⁵; (iv) “el que tiene un edificio que amenaza ruina (...)”⁸⁰⁶; (v) “el patron de una nave fonda ó meson (...), si en el barco, fonda ó meson, se pierde ó roba algo por los marineros, mayordomos ó mozos, (...) por la cosa perdida ó robada”⁸⁰⁷; (vi) “el que corre por las calles con cualquiera especie de carro (...)”⁸⁰⁸; (vii) “si alguno està dentro del carro (...), si el conductor corre por su mandato (...)”⁸⁰⁹; (viii) “si resulta herida ó muerte á alguna persona, sufrirá cada uno en su caso, la pena que á este hecho impone el Código penal”⁸¹⁰; (ix) “el que arrea bestias por las calles haciendolas correr, y el que corre por ellas à bestia (...)”⁸¹¹; (x) “si resultan heridas graves ó la muerte de alguna persona, sufrirán además la pena que á este hecho impone el Código penal”⁸¹²; (xi) “el que tiene fieras (...), si estas se sueltan y hacen daño (...)”⁸¹³; (xii) “el dueño de un animal y del esclavo (...), por los daños que causen sus animales ó esclavos (...)”⁸¹⁴; (xiii) “si el valor del daño causado por el animal ó criado, excede al del animal ó criado, cumple el amo con entregarlo ó con oblar su

⁽⁸⁰³⁾ Art. 1988.

⁽⁸⁰⁴⁾ Art. 1989. 7.

⁽⁸⁰⁵⁾ Art. 1990.

⁽⁸⁰⁶⁾ Art. 1991.

⁽⁸⁰⁷⁾ Art. 1992.

⁽⁸⁰⁸⁾ Art. 1993.

⁽⁸⁰⁹⁾ Art. 1994.

⁽⁸¹⁰⁾ Art. 1995.

⁽⁸¹¹⁾ Art. 1996.

⁽⁸¹²⁾ Art. 1997.

⁽⁸¹³⁾ Art. 1998.

⁽⁸¹⁴⁾ Art. 1999.

valor⁸¹⁵”; (xiv) “el padre (...), si el hijo hace daños, y está obligado a pagarlos⁸¹⁶”; (xv) “el que caza con armas de fuego ó pone trampas en camino (...)”⁸¹⁷”.

Para los miembros de la comisión codificadora, las únicas hipótesis que podían considerarse ilícitas o “culposas” eran aquellas que el legislador disponía expresamente, proponiéndose de esta forma un sistema de tipicidad del ilícito. Esta circunstancia resultaba una total novedad en nuestro país a nivel de código y proyectos de codificación civil, aunque en buena parte explicará luego algunas particularidades del Código Civil de 1852.

Así pues, dentro de esta lógica de no seguir miméticamente el *Code*, porque ello habría significado el retorno al *Código Civil Santa Cruz*, la comisión codificadora modificó sutil pero significativamente el art. 1382 *Code*. En consecuencia, no solo privó al Proyecto de Código Civil de 1847 de una cláusula general (*ex delicto*), sino que, a diferencia de lo que sucedería con el BGB, aproximadamente medio siglo después, el propio sistema de tipicidad no presentaría válvulas de escape como las normas de protección (*Schutzgesetz*).

Con una experiencia similar a la francesa en materia de responsabilidad *ex contractu*, y disímil a esta, pero no por ello totalmente idéntica a la alemana, en lo que respecta a la tutela *ex delicto*, el Proyecto de Código Civil de 1847 contaba con insumos suficientes para degenerar el sistema en su faceta operativa. Sin embargo, la inexistencia de lo último descartó dicha posibilidad.

Teniendo en cuenta que en los miembros de la comisión codificadora se evidenciaba una concepción tradicional de obligación, una fórmula general en materia de incumplimiento de la “obligación” y una óptica restringida de la responsabilidad *ex delicto*, pasemos a estudiar si el Proyecto de Código Civil de 1847 trató y resolvió el problema de los daños a la persona y el patrimonio en el contrato, ya no desde la contradicción entre *realidad normativa* y *necesidad extrajurídica* antes aludida (sencillamente porque esta no existía), sino desde la óptica que es capaz incluso de prescindir de ella.

⁽⁸¹⁵⁾ Art. 2000.

⁽⁸¹⁶⁾ Art. 2001.

⁽⁸¹⁷⁾ Art. 2002.

1.3.4. Si el Proyecto de Código Civil de 1847 hubiese prosperado y por ende promulgado, no cabe duda que los intérpretes de la época habrían afrontado varios problemas. Uno de estos tendría que ser el de la resarcibilidad de los daños sufridos como consecuencia o en ocasión de la actuación de la relación de obligación. Y es que ubicados a mediados de siglo XIX, no existía una referencia práctica o teórica a nivel de Derecho Continental -mucho menos local- capaz de marcar la pauta del codificador peruano, al punto que este se hubiera visto tentado por excluir dicho supuesto del “alcance” de la tutela aquiliana, siendo prueba de ello el solo hecho de no establecer a tal supuesto como un “hecho ilícito”.

Ahora bien, si en el Proyecto de Código Civil de 1847 la responsabilidad *ex delicto* aparecía solo para algunos supuestos, no cabe duda que las hipótesis de resarcibilidad del daño eran los que la norma expresamente disponía. Entonces, ¿qué sucedía cuando en las diversas disposiciones del Proyecto de Código Civil de 1847 se daba lugar al resarcimiento de los daños y dichas hipótesis no formaban parte de los supuestos de responsabilidad *ex art.* 1988 y ss. (Tít. 2, Sec. 8)?

Ante todo, corresponde exhibir tangiblemente la circunstancia antes anotada. El art. 1098.3 del Proyecto de Código Civil de 1847 establecía la prohibición de la venta de cosas nocivas. ¿Por qué la norma prohíbe el comercio de las cosas nocivas? ¿Es acaso por una cuestión de orden público? ¿O simplemente porque la comisión codificadora buscaba cautelar un interés del comprador en mantener intangible su esfera jurídica frente a una compra de un bien peligroso? En este último escenario, ¿no es este el interés de protección del que hablaba Stoll?

Para responder estas dudas, es muy importante anticipar una circunstancia de particular relevancia. La noción de “interés de protección” (Stoll), desde una óptica hermenéutica, no difiere sustancialmente del “interés de protección” genérico que presupone la tutela *erga omnes* de la *responsabilidad ex delicto* (v. Cap. III) En realidad, en cualquier plano de orden jurídico, el sujeto de derecho persigue un interés en preservar la intangibilidad de su esfera jurídica personal o patrimonial. Claro, la particularidad de Stoll justamente estuvo en extrapolar el interés de protección *erga omnes* a la relación de obligación. En ese escenario, el interés de protección adquirió una faceta activa o *inter partes*.

Teniendo en cuenta lo anterior, cuando el ordenamiento persigue limitar la transferencia de bienes nocivos, está asumiendo sin duda que en cabeza del adquirente existe un interés de protección y por ello busca reconocerlo legislativamente. El asunto pasa porque dicho reconocimiento no define *ex lege* la naturaleza de la responsabilidad derivada de su violación; o lo que es lo mismo, no define si estamos ante el interés de protección *erga omnes* o *inter partes* (Stoll).

Lamentablemente, la falta de promulgación y la ausencia de estudios de la época en la materia nos quitan la posibilidad de observar la aplicación teórica y práctica que podría haber tenido dicha norma. Sin embargo, lo que no impide es que reconozcamos que la solución a la dicotomía expuesta líneas atrás se encontraba ante una sola opción: la responsabilidad *ex contractu*. Como pasaría con la doctrina alemana casi un siglo después, plantear una solución contraria significaría dejar sin tutela a los daños derivados de la venta de cosas nocivas *ex art. 1098.3* del Proyecto de Código Civil de 1847.

Por supuesto, este ejercicio de suposición solo debe quedar en eso. La realidad es que la incertidumbre debería haber reinado en lo que respecta a los daños *ex art. 1173* (daños a la persona por vicios de la cosa), *art. 1238.5* (daños por emplear cosa arrendada para destino no previsto) y *art. 1257* (daños por destrucción de edificio construido en área defectuosa si no disuadió al dueño de ejecutar dicha empresa), entre otros.

Como puede verse, todos estos supuestos no se encontraban contenidos en la sección de los “cuasi-delitos”, así pues, o no eran resarcibles o sí lo eran, pero vía *ex contractu*. La primera opción quedaba descartada en los casos en donde expresamente la norma habilitaba el resarcimiento. La segunda alternativa era consecuencia de la primera cuando no se quisiera expandir el alea de la tutela aquiliana. Contra esta última alternativa se podría haber alegado algo que ya tuvimos ocasión de señalar: el Proyecto de Código Civil de 1847, a diferencia de la experiencia alemana, no contenía válvulas de escape, lo que convertía al sistema en uno absolutamente “cerrado”.

Lo anterior se ve confirmado con la regulación en materia de comodato del proyecto bajo comentario, fundamentalmente lo dispuesto en el *art. 1629.3*.

El art. 1629.3 del Proyecto de Código Civil de 1847 establecía que el comodante “(...) tiene la obligación: (...) 3. De resarcir al comodatario los perjuicios que se le sigan por la ocultación del vicio ó defecto”. Ahora bien, este dispositivo no resultaba una novedad dentro de los proyectos de codificación civil peruano, de hecho podía encontrarse un claro antecedente en el art. 15 del Proyecto de Código Civil de Vidaurrre, e incluso en el art. 1253 del *Código Civil Santa-Cruz*, aunque con ciertos matices.

La diferencia que se advirtió entre el art. 15 Proyecto de Código Civil de Vidaurrre y el art. 1253 del *Código Civil Santa-Cruz* también debe ser extendida si la regla contenida en la *exposición* de la primera fórmula normativa es contrastada con el art. 1629.3 del Proyecto de Código Civil de 1847, toda vez que a diferencia de Vidaurrre, la comisión codificadora (1847) no precisó (sea a nivel legislativo o mediante exposición de motivos) la naturaleza de la responsabilidad derivada de los perjuicios causados al comodatario por la falta de revelación de los vicios o defectos de las cosas entregadas en comodato.

Frente a tal incertidumbre, inherente a la fórmula del *Código Civil Santa-Cruz*, la lectura sistemática del Proyecto de Código Civil de 1847 ofrecería una solución por descarte, o lo que es lo mismo: la resarcibilidad de los daños sufridos por el comodatario quedarían supeditados a la naturaleza contractual de los mismos. La razón de ello sigue la línea de lo que veníamos comentando; esto es, el sistema cerrado del “cuasi-delito”.

Adoptar una posición contraria hubiese motivado a preguntarse, ¿cuál sería la razón para disponer expresamente la resarcibilidad de los daños del comodatario si las reglas del “cuasi-delito” no hubiesen podido concretizar ello?

Si es que en este punto la experiencia peruana se asemeja a aquella alemana no debería causar extrañeza en tanto que las condiciones de sistema a las que aludimos en el Cap. I parecieran que van en la misma dirección.

Ahora bien, de ahí a la teoría de los «deberes de protección» de Stoll hay un largo camino (criterios de nacimiento)⁸¹⁸. Sin embargo, cierto es que la sola constatación de una potencial responsabilidad contractual por lesión del interés de una de las partes en ver inalterada su esfera jurídica supone el resquebrajamiento del esquema de la tutela *ex contractu* limitada al deber de prestación. Así pues, las diversas disposiciones contenidas en el Proyecto de Código Civil de 1847 cuya tutela se reduce al contrato por las razones antes expuestas nos permite apreciar que en la comisión codificadora, consciente o inconscientemente, el contrato tendría que necesariamente cumplir una función no solo positiva sino también negativa o de protección.

En este caso, la propia configuración del “cuasi-delito” impedía distinguir entre los bienes objeto de la tutela contractual, pudiendo estos ser de orden personal como patrimonial. Y, a diferencia del Proyecto de Código Civil de Vidaurre y el *Código Civil Santa-Cruz*, la función de protección no tuvo por fuente la extensión de un rasgo de un contrato típico en específico (*p.e.* depósito). De hecho, en el Proyecto de Código Civil de 1847, la función de protección no tuvo una fuente más allá que la sola elección de la comisión codificadora (siendo en realidad el resultado de aquella). Esta última circunstancia exhibe -a nuestro modo de ver- la distancia entre este proyecto y la experiencia alemana, en donde el dato resaltante de la obra de Stoll no residió tanto en la proposición como en la defensa de esta a partir de la identificación de la fuente de los «deberes de protección».

La falta de promulgación del Proyecto de Código Civil de 1847, así como la ausencia de una doctrina capaz de advertir sus aspectos más resaltantes, contribuyó sin duda a que *la tutela (protección) conferida ex lege*, en línea con el proyecto de Vidaurre y el código de la Confederación Peruana-Boliviana, *se presente de forma típica*, una vez más, porque en cualquier caso la faceta protectora solo se limitaba a los casos específicos establecidos expresamente en el referido proyecto.

II. Las razones que llevaron al fracaso al Proyecto de Código Civil de 1847 (aunado a los problemas en el propio Congreso) suelen ubicarse en lo controversial de su regulación en materia de

⁽⁸¹⁸⁾ Por ello, para explicar la teoría de Stoll no basta ceñirse a los “criterios de sistema”, como veremos lo sugiere, directa o indirectamente, la tesis negacionista en nuestro *medio*.

matrimonio, el cual, siguiendo la impronta del *Code*, fue concebido -sin más- como contrato. Así ocurrió formalmente; así lo dicta la historia.

Fuera de ello, desde un aspecto sustantivo, lo que desencadenó el referido fracaso fue la desincronización entre el código propuesto y aquello que buscaba ser regulado: la sociedad.

Hacia finales de la primera mitad del siglo XIX, la sociedad peruana, a nivel social, se ubicaba entre los rezagos de lo que significó la Metrópoli y la formación del Estado-Nación con todo lo que ello implicaba. Ciertamente, esta se encontraba compuesta por una diversidad de grupos sociales, totalmente heterogéneos entre sí y poseedores de particulares costumbres. El choque cultural, en el fondo, determinó la fragmentación de la República.

Teniendo en cuenta que esta circunstancia definió la realidad nacional, no es osado sustentar que la técnica de la codificación, siempre que la misma tenga como presupuesto a la homogeneidad de la sociedad a la cual se dirige el conjunto de normas, representó sin duda en nuestro país un intento de transculturación; esto es, la interposición de una técnica europea sin la base que lo sustentara⁸¹⁹. Así pues, carente de una base social “homogeneizada”, la codificación se transformaba en “recepción mecánica” o “artefacto importado⁸²⁰” antes que en progreso “social”, máxime cuando la propia técnica no contemplaba como aspecto relevante justamente dicha desigualdad.

Surgía entonces la alta probabilidad que cualquier intento codificador quedase frustrado, sea porque la fórmula no fuera precisa, o porque el cúmulo de aspectos que definían la sociedad peruana no era capaz de contenerse en la misma. Para el caso del Proyecto de Código Civil de 1847, lo más notorio fue el tema del matrimonio. Sin embargo, nada invita a descartar que no pudieran haber surgido problemas en relación a otros aspectos como la propiedad, los derechos de la personalidad, entre otros.

En este contexto, no hay duda que la producción jurídica resultaba una utopía. Así pues, en la medida que la doctrina no se presentó, ninguna teoría podría haber surgido. Peor aún, la evolución

⁽⁸¹⁹⁾ OLIVEIRA, Pedro M. *La revisión del Código Civil... óp. cit.*; p. 11.

⁽⁸²⁰⁾ *Ibíd.*

peruana en el periodo de tiempo comentado nos permite concluir que tan relevante como lo anterior fue la inexistencia de una normativa propia, no tanto por lo que ello representa sino porque sin ella la disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, la cual se encuentra en el sustrato final de la experiencia alemana y francesa en tema de tutela de los bienes de los contratantes, era simplemente imposible.

En buena cuenta, en todo este periodo, no se había producido el evento extrajurídico necesario para producir las “teorías” de los «deberes de protección» y de la obligación de seguridad. Sin embargo, ello no quiere decir que, escindiéndose de lo que dogmáticamente representan ambas, la experiencia local no haya presentado rastros de “protección” en ciertos supuestos. Pero justamente, esta última circunstancia es lo que ha definido que en los casi treinta años que corren desde la independencia hasta mediados de siglo XIX, *la tutela conferida se haya dado en forma típica*, sin que esta adquiriera el valor de teoría de orden jurídico, como lo refrendará la historia sucesiva.

Sin duda, éste último rasgo, más allá de la cuestión hermenéutica, convierte a la experiencia peruana en la antítesis (si se entiende por ella, ausencia de tesis) que representó la “tesis” de los «deberes de protección» en el sistema alemán.

Más adelante ahondaremos en ello.

Parte II

La técnica jurídica y política del derecho en la *legislación* peruana: obligaciones y contratos entre 1853 y 1936

Sumario: III. *Segunda etapa:* contexto histórico. – **3.1.** El Libro Tercero del Código Civil de 1852: fuentes. – **3.1.1.** Obligaciones: concepto. – **3.1.2.** (*sigue*)... contenido. – **3.1.3.** (*sigue*)... inejecución. – **3.2.** Contratos: noción y clasificación. – **3.2.1.** (*sigue*)... la influencia francesa. – **3.3.** Cuasi-delitos. – **3.4.** La protección de la esfera jurídica ajena en las relaciones de orden contractual: replanteamiento de la cuestión. – **3.4.1.** (*sigue*)... en el Código Civil de 1852. – **3.4.2.** La situación socio-económica peruana y el estado de desarrollo de la industria como fuente productora y potencial de daños – **3.4.2.1.** Los ferrocarriles y su legislación especial. – **3.4.2.2.** El contrato de trabajo: problema y sistema en materia de “infortunios” en ocasión del trabajo. Tutela del trabajador y la regulación del Código Civil de 1852. – **3.4.2.3.** (*sigue*)... el problema de la responsabilidad *quasi ex delicto*. – **3.4.2.4.** (*sigue*)... el problema de la responsabilidad contractual. La “obligación tácita de seguridad del empleador”. – **3.4.2.5.** La doctrina del “riesgo profesional” y la promulgación de la Ley N° 1378 del 20 de enero de 1911. – **3.4.2.6.** El decreto de 4 de julio de 1913. – **3.4.2.7.** La inmutabilidad de una constante: el caso del Proyecto de Código Civil de 1890. – **IV.** *Síntesis:* la tutela contractual de la persona y el patrimonio en Perú durante la vigencia del Código Civil de 1852 y su confrontación con el Derecho Continental. Los rasgos característicos de la experiencia peruana y su contraposición a aquella alemana.

III. El inicio de la década de 1850 trajo consigo una época de cambios en la República desde todo punto de vista. Aunado a los cambios políticos, sociales y económicos que iremos refiriendo en lo sucesivo, el aspecto jurídico ocupó un lugar preponderante dentro de lo que significó una nueva etapa en la vida nacional. Como parte de dicho contexto, se logró promulgar el Código Civil de 1852 durante el gobierno de José Rufino Echenique, el cual representó sin duda un hito dentro de nuestra historia codificadora toda vez que representó sin duda la consagración de una política destinada (en mayor o menor medida) a la codificación que inició allá en la década de 1830 con la obra de Vidaurre.

La influencia que la legislación francesa presentaba sobre la nuestra fue manifiesta dentro del lapso de los años que va desde 1821 hasta 1852, si el análisis se reduce a los intentos codificadores y al *Código Civil Santa-Cruz*. Sin embargo, dicha influencia no fue absoluta e única, siendo prueba de ello la propia sistematización del Código Echenique⁸²¹. En efecto, a diferencia del *Code*, el Código Civil de 1852, si bien organizado en tres libros, incluía en el Libro Segundo las disposiciones relativas a los modos de adquirir la propiedad, y trataba en el Libro Tercero únicamente de las obligaciones y contratos, mientras que el francés no trataba en el Libro Segundo sino de los bienes y de las

(821) *v. BASADRE, Jorge.* *Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852.* En: *Revista de Derecho y Ciencias Políticas*, núm. 1, MCMXLII (1942) (ahora *tb.* en ID. *Historia del derecho peruano.* IV ed. corregida. Lima: Librería Studium, 1988, p. 360 y ss.; en adelante, el citado corresponderá a esta versión).

modificaciones de la propiedad, y se ocupaba en el Libro Tercero de los modos de adquirir el dominio⁸²².

Esta circunstancia ha motivado a cierto sector de la doctrina a plantear, no sin razón, que en la codificación de 1852, la influencia del Derecho Romano aparece con mayor incidencia que el Derecho Francés, debiéndose destacar también la presencia del Derecho Castellano y el Eclesiástico, entre otras fuentes que sirvieron para producir dicho código, los que en buena cuenta coadyuvan para comprender en clave histórica las instituciones de este cuerpo normativo⁸²³.

Aun cuando el Libro Tercero no fue una copia mimética de las disposiciones contenidas en el *Code*, lo cierto es que la legislación civil francesa sí tuvo un rol determinante en la construcción del vasto sector de las obligaciones y contratos.

Este contexto debe servir de base para estudiar la cuestión de la tutela de los bienes personales y patrimoniales -en ocasión del contrato- durante la vigencia del Código Civil de 1852.

3.1. El Título I comienza exponiendo las fuentes de las obligaciones⁸²⁴, dejando constancia que estas provienen de la ley o de “un hecho del hombre”, siendo este último o bien una promesa, una convención, un delito o un cuasi-delito (art. 1219).

El legislador, en lo que respecta al “hecho del hombre” no equiparó este último a las obligaciones provenientes del contrato (*ex contractu*), y así tampoco recondujo la obligación *ex lege* a la proveniente del delito (*ex maleficio*), quedando descartado de este modo que la fuente directa del

(⁸²²) v. UGARTE, César Antonio. *óp. cit.*; p. 368.

(⁸²³) *Ibid.*

(⁸²⁴) Este aspecto de la teoría general de las obligaciones ha supuesto desde siempre un asunto bastante controversial. A nivel general, v. principalmente PLANIOL, Marcel. *Classification des sources des obligations*. En: *Rev. crit. lég. et jur.*, 1904, p. 224 y ss.; ALBERTARIO, Emilio. *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile*. En: *Riv. dir. comm.*, I, 1923, p. 493 y ss.; ZIMMERMANN, Reinhard. *The law of obligations...* *óp. cit.*; p. 10 y ss.; KASER Max, “Divisio obligationum”. En: AA.VV. *Studies in Justinian's institutes in memory of J. A. C. Thomas*. London: Sweet and Maxwell, 1983, p. 85 y ss.; CANNATA, Carlo Augusto. “Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni”. En: AA.VV. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del 3° Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. Tomo III. Firenze: L. S. Olschki, 1977, p. 177 y ss.; GIORGIANNI, Michele. *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1965, p. 70 y ss.; DI MAJO, Adolfo. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 162 y ss.; entre otros.

Código Civil de 1852 sea la clasificación bipartita de Gayo (de inspiración aristotélica)⁸²⁵. Al contrario, el sistema peruano reconoció expresamente los hechos del hombre capaces de constituirse en fuentes de una obligación; a saber, la promesa, la convención, los cuasi-delitos y los delitos.

La clasificación de “hechos del hombre” o supuesto de obligaciones no legales, resultaba controvertida cuando no un error en sentido estricto, por lo que, luego de una interpretación sistemática del cuerpo legislativo, “podemos afirmar que á este respecto el 1219 no traduce la voluntad del legislador⁸²⁶”. Para graficar ello, basta recurrir a los arts. 1221 y 1222 del Código Civil de 1852, los cuales regulaban la “promesa” como fuente de las obligaciones, afirmando que ella consistía “(...) en la declaración que uno hace de querer conceder á otro alguna cosa o derecho”, y que “la promesa aceptada produce la misma obligación que un contrato”. Como puede verse, la contradicción yacía en que “la promesa no produce obligación sino cuando es aceptada, y en este caso constituye un verdadero contrato⁸²⁷”. Así pues, en una promesa aceptada “ya hay un conjunto de dos voluntades y ese constituye un contrato según el art. 1226⁸²⁸”. De esta manera, “es un error decir como lo dice el 1219 que la promesa aceptada y la convención son dos fuentes distintas de las obligaciones⁸²⁹”; y peor aún, “(...) si se sostiene que el art. 1219 determina que la promesa no aceptada produce obligación, se comete un error más grave aún, porque nadie puede adquirir un derecho sin voluntad⁸³⁰”.

Ahora bien, el esquema planteado normativamente no reproduce, en forma exacta y como adelantamos, las fuentes contenidas en el *Code*, apartándose de este modo también de la autoridad de Pothier⁸³¹, cuyo trabajo sobre la materia inspiró la regulación del primero⁸³², y de la evolución de los

(⁸²⁵) v. **STEIN, Peter**. *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*. En: *Jus*, IX, 1958, p. 370 (*ib.* hay versión en inglés); **BETTI, Emilio**. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; p. 353; **ZIMMERMANN, Reinhard**. *The law of obligations...* *óp. cit.*; pp. 10-11; **DI MAJO, Adolfo**. *Delle obbligazioni in generale...* *óp. cit.*; p. 163.

(⁸²⁶) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. *Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico...* *óp. cit.*; p. 14.

(⁸²⁷) *Ibíd.*

(⁸²⁸) *Ibíd.*

(⁸²⁹) *Ibíd.*

(⁸³⁰) *Ibíd.* En esa línea crítica, v. *ib.* **CORNEJO, Lino**. *De las obligaciones extracontractuales. Resumen de las lecciones del curso de 1924. 1er fascículo*. Lima: Sanmartí, 1924, p. 6.

(⁸³¹) **ALZAMORA SILVA, Lizardo**. *El dolo en nuestra legislación civil*. Lima: Imprenta Minerva, 1926, p. 243.

(⁸³²) **PLANIOL, Marcel**. *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 224.

romanos (esquema cuadripartito de Justiniano), quienes sucesivamente fueron colocando accesoriamente al lado del contrato y el delito al cuasi-contrato y al cuasi-delito⁸³³.

En efecto, a diferencia de la experiencia francesa, en donde además de la *loi* se reconocía como *sources* al *contrat* (art. 1101), *cuasi contrat* (art. 1371), *délit* (1382) y *cuasi délit* (1383)⁸³⁴, el Código Civil de 1852 no incluyó expresamente en su art. 1219 como fuente de las obligaciones a los “cuasi-contratos”, bajo la creencia que dichas obligaciones se formaba *como si fuesen* “convenciones”, mas propiamente, “convenciones tácitas” por oposición a las “expresas” que serían los contratos⁸³⁵.

Lo cierto es que, más allá de la discusión sobre si los cuasi-contratos eran fuente de las obligaciones en el Código Civil de 1852, que, a nuestro criterio -luego de una interpretación sistemática-, presenta una respuesta afirmativa (arts. 1225 y 2111)⁸³⁶, la propia concepción de dicha categoría precisaba una aclaración en el sentido que la noción de cuasi-contrato en realidad se vinculaba al contrato por el hecho de que estos producían efectos análogos a las convenciones, antes que por una similitud aproximativa (“cuasi”) en su proceso formativo⁸³⁷.

Una cuestión adicional que merece ser destacada en lo que respecta a las fuentes de las obligaciones, es lo relativo al cuasi-delito. Esta fuente no se encontraba presente en el Proyecto de Código Civil de Vidaurre, pero sí en el *Código Civil Santa-Cruz* y en el Proyecto de Código Civil de 1847, en gran medida porque el primero buscó la originalidad que suponía desapegarse del *Code* cuando no rehacer el mismo, a diferencia del proyecto de 1847, pero sobre todo del único código que había regido la Republica hasta ese momento.

(⁸³³) **LAFAILLE, Héctor.** Curso de obligaciones. A base de las conferencias dadas en la Univesidad Nacional de Buenos Aires compiladas por Pedro Frutos e Isauro P. Arguello. Tomo I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina, 1926, p. 30; **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations... *óp. cit.*; p. 14 y ss.; **GIORGIANNI, Michele.** *Appunti sulle fonti dell'obbligazione...* *óp. cit.*; p. 71.

(⁸³⁴) **PLANIOL, Marcel.** *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 224.

(⁸³⁵) art. 1225. *v. tb.* **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1808.

(⁸³⁶) Es *tb.* la postura de **CORNEJO, Lino.** De las obligaciones extracontractuales... *óp. cit.*; p. 7.

(⁸³⁷) Para mayor profundidad, remitase a **STEIN, Peter.** *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»...* *óp. cit.*; p. 372 y ss.; **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 67; **LAFAILLE, Héctor.** Curso de derecho de las obligaciones... *óp. cit.*; p. 30. Criticando que el consentimiento presunto sea el fundamento de la obligación “cuasi-contractual” durante la vigencia del Código Civil de 1852, **CORNEJO, Lino.** De las obligaciones extracontractuales... *óp. cit.*; pp. 8-9 (reserva al “interés general” y a la “ley” tal fundamento).

La referencia conceptual y sistemática francesa en materia de legislación civil supuso aceptar la noción de “cuasi-delito”, recogida por Pothier y fruto de una aquilatada evolución histórica que pasó de los romanos a los glosadores y de ahí a los humanistas representados por Jacques Cujas, quien a propósito de su estudio del *Corpus Juris* formuló el binomio delito-dolo / cuasi-delito-culpa⁸³⁸, lo cual quedaría profundamente evidenciado en la fórmula adoptada tanto en el art. 2189 (“Delitos son los hechos practicados intencionalmente contra la ley”) como en el art. 2190 (“Cuasidelitos son unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo) del Código Civil de 1852.

En todo caso, lo dicho hasta ahora explica por qué nuestra doctrina⁸³⁹ se inclinó por afirmar que en el Código Civil de 1852, más allá de cualquier controversia con relación a las denominadas fuentes mediatas e inmediatas de origen francés⁸⁴⁰ (en nuestro *medio* Lino Cornejo), las obligaciones podían provenir de cinco fuentes: la ley, el contrato, el cuasi-contrato, el delito y el cuasi-delito, aun cuando ello no conste expresamente en el art. 1219 de dicho cuerpo normativo.

Sin perjuicio de lo anterior, debe tenerse en cuenta que tanto la autoridad de la ley que se encontraba en la base del *Code* como la corriente voluntarista que definía al mismo trajeron como consecuencia que la vida en sociedad se rija principalmente por la fuente legal y convencional, siendo expresión de ello la amplia regulación en materia de contratos presente en dicho cuerpo normativo y en el valor de la ley que en nuestro codificador supuso un *status* similar al primero.

3.1.1. A diferencia de cuanto pudimos estudiar en los antecedentes del Código Civil de 1852, en donde el análisis, salvo contadas excepciones (principalmente Vidaurre), se abocaba a lo estrictamente normativo, el desarrollo de la exposición comenzará a tomar en cuenta el trabajo de la doctrina peruana, la cual fue emergiendo paulatinamente a mediados de siglo XIX.

(⁸³⁸) **BETTI, Emilio.** *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto...* *óp. cit.*; pp. 353-354; **STEIN, Peter.** *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»...* *óp. cit.*; p. 372 y ss.

(⁸³⁹) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 69; **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 15.

(⁸⁴⁰) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 13 (quien consideraba que en abstracto todas las obligaciones, sea mediatas o inmediatas, provenían de la ley; aunque de la lectura del Código Civil de 1852, las obligaciones legales solo podían ser las inmediatas); y **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; p. 30.

Como es sabido, salvo por el Proyecto de Código Civil de Vidaurre, ni el *Código Civil Santa-Cruz* ni el Proyecto de Código Civil de 1847 contemplaron una definición de “obligación”. Nuestro Código Civil de 1852 siguió al proyecto de 1847 y con ello su influencia francesa, descartando también la consagración legal del concepto de “obligación”, cuya empresa estaría reservada para la doctrina.

A nuestro criterio, el solo análisis normativo del Código Civil de 1852 en materia de teoría de las obligaciones llevaría a la misma conclusión que habíamos llegado a propósito de la experiencia peruana hasta antes de iniciado la segunda mitad del siglo XIX. En efecto, en dicho cuerpo normativo se observa una tendencia por concebir a la obligación en forma lineal, en donde el mismo se deducía en un *vinculum iuris* que ligaba a un acreedor con un deudor a efectos de que este último le preste una “cosa”, en su sentido más *lato*. En este escenario, tampoco sorprende advertir en el Código Civil de 1852 el carácter polisémico del sintagma obligación, propio de los antecedentes de dicho código y tributario del *Code*, como lo demuestran los arts. 1224 (“obligación” = “prestación”); 1226 (“convenio” = “obligación” = “relación contractual”); 1263 (“persona - parte - obligada” = “deudor”); entre otros.

Y en esa concepción de “obligación” no existía espacio para una faceta que no sea positiva o de prestación.

Corresponde ahora confrontar lo expuesto con la doctrina representada principalmente por (i) Vidaurre; (ii) Silva Santistevan; (iii) García-Calderón; (iv) Pacheco; (v) Fuentes y De La Lama; (vi) Pedro Carlos Olaechea; (vii) Ortiz de Zevallos; y (viii) M. A. Olaechea.

(i) Como se ha dicho, la ausencia de un código civil hasta 1852 significó que el derecho en el Perú siga bajo la impronta legislativa de la Metrópoli (en materia civil, penal, procesal y comercial)⁸⁴¹.

Para entender la “obligación”, se hacía necesario recurrir a las Siete Partidas, en donde esta era definida “tanto como ligamiento que es fecho según lei o según natura. El que la face finca obligado

⁽⁸⁴¹⁾ v. UGARTE, César Antonio. *óp. cit.*; p. 368 y ss.

por ella, de guisa que magüer él non la quiera cumplir, lo pueden apremiar por ella á facergela cumplir”. De esta manera, para quienes interpretaban lo dispuesto en las Siete Partidas, la obligación debía ser entendida como “la necesidad que el derecho impone á los hombres de dar o hacer alguna cosa⁸⁴²”.

De esta manera, la obligación suponía “siempre la existencia de dos personas, una ligada que se denomina deudor, i otra en quien reside la facultad de exigir que la obligación se cumpla i que se llama acreedor: esta facultad, este derecho, correspondiente á la obligación del deudor, es lo que se conoce por derecho personal ó *ad rem*; en contraposición al derecho real ó *in re*⁸⁴³”.

Ahora bien, a pesar de lo anterior, y como tuvimos ocasión de reseñar, en 1835 se formuló entre nosotros la primera definición de “obligación” de nuestra historia jurídica independiente, la cual constaría en forma de propuesta normativa: estamos hablando de Vidaurre. En ese entonces, por “obligación” se entendería “la promesa expresa ó tácita que resulta de un pacto ó de un hecho, y que el imperio de la ley nos precisa á cumplir⁸⁴⁴”. Para un importante autor⁸⁴⁵, esta definición, “de suyo harto difícil⁸⁴⁶”, no era exacta. “La obligación no es la promesa; esta causa aquella: se confunde la causa con el efecto⁸⁴⁷”. Lo cierto es que en la opinión de Ortiz de Zevallos se trasluce el recurso al art. 1219 del Código Civil de 1852, en donde la “promesa” (el contrato, en estricto) era una de las fuentes de la obligación; de ahí la confusión de la causa con el efecto.

En cualquier caso, ni la postura ni la crítica tuvieron por objeto el concepto sino un aspecto (la fuente) que involucraba la teoría de la obligación. Lamentablemente, si ello era así, más interesante hubiese sido el empleo de la expresión “que el imperio de la ley nos precisa á cumplir”, la cual hubiera permitido inferir que en la concepción de Vidaurre, toda obligación tiene por única fuente la ley.

⁽⁸⁴²⁾ ROMERO, Eleodoro. *óp. cit.*; p. 160.

⁽⁸⁴³⁾ Ídem, pp. 160-161.

⁽⁸⁴⁴⁾ Es la opinión de Manuel Lorenzo de Vidaurre. *v. ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo*. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 10.

⁽⁸⁴⁵⁾ *Ibíd.*

⁽⁸⁴⁶⁾ *Ibíd.*

⁽⁸⁴⁷⁾ *Ibíd.*

(ii) Al año siguiente de promulgado el Código Civil de 1852, un pionero autor⁸⁴⁸ se animó a dedicar algunas páginas al novísimo libro de obligaciones y contratos. Cuando comenzó a tratar la primera de las materias, decidió enfrentarse a la definición de obligación a partir de la noción de “acción”, argüiendo que “de nada serviría reconocer los derechos del hombre ni determinarlos con precision, si no tubiese la facultad de exigir á la autoridad pública su cumplimiento y realizacion social⁸⁴⁹”. Así, “dicha facultad se llama accion⁸⁵⁰” y el fundamento de estas reside en la “obligación”⁸⁵¹, entre cuyas fuentes se encontraría el contrato⁸⁵². Contradictoriamente, nuestro autor diría después que el contrato no produce ni crea derechos, sino que reconoce derechos preexistentes, “que una vez determinados no està al arbitrio de las partes negarse á satisfacer y cumplir⁸⁵³”.

La obra de Santistevan, al representar exégesis en estado puro, no exhibe mayor desarrollo en la materia, de modo que, reproduciendo principalmente las estipulaciones del Código Civil de 1852, adoptaba el término “obligación” en el carácter polisémico antes aludido. Pero sobre todo, nada hace pensar que en este la obligación haya presentado una faceta protectiva.

(iii) Tiempo después, otro autor⁸⁵⁴ afrontó la tarea de estudiar las obligaciones a partir de su concepto. Para este, la obligación se presentaba como “la necesidad en que se encuentra un individuo de dar ó hacer alguna cosa, yá porque lo prescribe la ley, yá porque el mismo individuo se ligo voluntariamente⁸⁵⁵”. Asimismo, exponía una distinción entre la “obligación” y el “deber”, afirmando que el primero “supone siempre un hecho del hombre que se liga: el deber resulta de la disposición de la ley, ó va inherente a la condición humana⁸⁵⁶”.

(848) **SILVA SANTISTEVAN, José.** Derecho Peruano. Parte Civil. Compendio del curso dictado en el colegio de ciencias de esta ciudad. Piura: Impreso por Manuel Rubio, 1853, *passim*.

(849) Ídem, p. 106.

(850) Ibíd.

(851) Ibíd.

(852) Ídem, p. 107.

(853) Ibíd.

(854) *v.* **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Obligación”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, p. 713 y ss.

(855) Ídem, p. 713.

(856) Ibíd.

Profundizando en lo anterior, y apoyado en la voz “devoir” de la *Encyclopédie méthodique: jurisprudence*, postuló que “una misma acción toma el nombre de deber cuando se la mira con relación á Dios que ha mandado practicarla; y se llama obligacion con relacion al que la practica, ya en beneficio propio, ya en provecho de los demas hombres. Por analogía se llaman deberes todos los actos que se deben practicar en virtud del cargo que alguno desempeña; y para todos demás queda el nombre genérico de obligacion. Asi es que esta palabra tiene una significacion mas estensa que la de deber. Esta comprende los actos que la ley natural prescribe con respecto ó (sic) Dios, á la propia conservacion y á los demás hombres; y todos los demás actos que el hombre se compromete á practicar se llaman obligaciones⁸⁵⁷”.

La diferencia planteada, más vinculada a una concepción natural del Derecho que a una cuestión técnica jurídica normativa, se diluía una vez que nuestro propio autor confesaba, no sin pesar, que “en el uso y aun en las leyes suele usarse indistintamente de (sic) las palabras *deber* y *obligación*⁸⁵⁸”.

Por otro lado, para este autor, “toda obligación supone siempre un derecho que le es correlativo. Cuando el hombre se compromete á hacer alguna cosa, hay siempre una persona que puede exigirle el cumplimiento de su compromiso: esta facultad de requerir al obligado es lo que llamamos *derecho*; y cuando se hace valer en juicio, se denomina *accion*⁸⁵⁹”.

Para entender mejor el pensamiento de nuestro autor, corresponde dar una mirada a lo que este afirmaba en las voces “acreedor”, “deudor” y “deuda”. Con relación a la primera de estas, García-Calderón definía al acreedor como “el que tiene accion ó derecho á pedir alguna cosa. Propiamente hablando, el acreedor no tiene derecho en la cosa, por que no puede mirala como suya, ni apoderarse de ella. Su derecho es á la cosa, *jus ad rem*; esto es, para obligar al deudor ó á sus herederos á que le

(⁸⁵⁷) Ibíd.

(⁸⁵⁸) Ibíd.

(⁸⁵⁹) Ibíd.

den lo que se le debe⁸⁶⁰". Prosigue indicando que "verificada la tradicion, el acreedor adquiere un derecho en la cosa, *jus in re*, esto es, se hace dueño de ella⁸⁶¹".

La obligación dejaba de centrarse en la persona para pasar a la "cosa".

Por su parte, el deudor era concebido como aquél "(...) que está obligado á dar ó hacer á otro alguna cosa en virtud de un contrato ó un cuasicontrato, de un delito ó cuasidelito, ó de la disposición de la ley⁸⁶²". Pese a la circunstancia negativa de que el término era empleado para todo sujeto obligado en virtud de alguna de las fuentes de donde emanaban las obligaciones, no quedando reservado el mismo para aquellas obligaciones *ex contractu*, García-Calderón añadiría que "la principal obligacion de todo deudor es pagar la deuda en el tiempo y lugar convenidos con el acreedor⁸⁶³". Así pues, "si no se hace el pago con esas condiciones, el acreedor puede entablar demanda en contra de él, usando de la acción que le corresponda según el caso (...) ⁸⁶⁴".

En lo que respecta a la "deuda", esta era "la obligacion que alguno tiene de pagar, satisfacer, ó reintegrar á otro alguna cosa. Suele tambien emplearse la palabra deuda para designar lo mismo que crédito; mas para evitar la confusión se distinguen las deudas activas de las pasivas⁸⁶⁵". Así, "se llaman deudas activas las cantidades que á uno le deben: y deudas pasivas las que él debe⁸⁶⁶". Visto en perspectiva, lo que refiere nuestro autor con "deuda", en materia contractual, es el comportamiento debido por el deudor; ergo, la prestación (*Leistung*).

Tomando en cuenta lo anterior, en la concepción de García-Calderón observamos aquello que ya veíamos en Santistevan, pero sobre todo en la experiencia nacional anterior: el carácter polisémico de la obligación. En efecto, en el citado autor, la obligación "liga" a dos sujetos, uno denominado "acreedor" y otro denominado "deudor" en un vínculo jurídico (*vinculum iuris*) a partir del cual la

(⁸⁶⁰) Ibíd.

(⁸⁶¹) Ibíd.

(⁸⁶²) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. "Voz: Deudor". En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 784.

(⁸⁶³) Ibíd.

(⁸⁶⁴) Ibíd.

(⁸⁶⁵) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. "Voz: Deuda". En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 775.

(⁸⁶⁶) Ibíd.

exigencia voluntaria interpuesta en forma independiente por el sujeto pasivo permite que el titular de lo que llama “deuda activa” exija en su favor el “pago” de la “deuda”; esto es, la ejecución de la prestación.

Gran parte de la técnica que emplea García-Calderón para describir el fenómeno obligatorio es consecuencia de la particular concepción de este sobre el contrato. Aun cuando más adelante veremos con mayor profundidad esto último, no cabe duda que de lo visto hasta ahora, el estudio de la obra jurídica de García-Calderón nos lleva a pensar que en este autor la obligación era concebida como un vínculo en el que interactuaban dos polos antitéticos en función de un comportamiento específico.

Sin embargo, pese a que la sola constatación de lo anterior debería bastar para concluir que en García-Calderón se muestra el *a-sistema inmóvil* que representaba la *obligatio*, la particular distinción que este autor hace de las obligaciones en “genérico” con las obligaciones de “fuente contractual” (*ex art. 1219 Código Civil de 1852*) exige que para terminar de comprender su concepción de obligación debamos atender sus pensamientos a propósito del contrato, y principalmente, de la relación contractual.

Lo último quedará reservado para más adelante.

De momento, y sin perjuicio de lo dicho, cabe advertir en la obra de García-Calderón una cuestión adicional: el uso y abuso de los sintagmas “derecho” y “obligación”, propio de una experiencia jurídica carente de desarrollo en materia de posiciones jurídicas *más allá* del débito y crédito. Demás está indicar que la falta de construcción teórica no supone *per se* la incapacidad normativa para soportar el desarrollo doctrinario, sino simplemente, la ausencia de una construcción científica de orden jurídico dogmático.

Por ahora, basta decir que para García Calderón, la obligación no contaba con otra faceta que no sea una positiva o de prestación.

(iv) A la par de García-Calderón, un importante autor presentó el primer trabajo orgánico de Derecho Civil de nuestra república. En efecto, el Tratado de Derecho Civil de Toribio Pacheco se

erigió sin duda como uno de los referentes por excelencia en el foro y la cátedra, llegándose a publicar tres tomos de una obra que quedó inconclusa como consecuencia del fallecimiento de su autor, justamente en la materia de obligaciones y contratos.

A pesar de esta última circunstancia, la lectura integral de su obra nos debe permitir rastrear algunas de sus impresiones en esta materia.

En Pacheco, la obligación era sinónimo de relación, toda vez que la misma suponía un convenio entre partes⁸⁶⁷. Al entender que la obligación era un modo de adquisición de la propiedad, más precisamente aquellos de orden derivativo, este autor reconoció que de la “obligación” nacía siempre un derecho para una de las partes o para ambas⁸⁶⁸.

Pero no solo ello, sino que, sea por virtud del pacto o de la ley, lo cierto es que los titulares de derechos reales contaban con derechos y obligaciones, encontrándose en este último caso *in obligatione*⁸⁶⁹.

Tomando en cuenta que sus comentarios estaban destinados a la propiedad y sus modos de adquisición, Pacheco -finalmente- expuso que en materia de compraventa, el transferente se obligaba frente al adquirente a entregar el bien⁸⁷⁰. A esta última obligación, la denominaba también “deber”⁸⁷¹.

En uno u otro caso, lo que asoma del discurso de Pacheco, en línea con la doctrina contemporánea, es que la obligación adoptaba el cariz romano del *vinculum iuris* que se deducía en una prestación a cargo del deudor.

Nada invita a pensar, por lo demás, que en su concepción la “obligación” comprenda, de alguna manera, un comportamiento negativo de protección.

(⁸⁶⁷) **PACHECO, Toribio.** Tratado de derecho civil. vol. III. Lima: Librería Hispano-Francesa/Librería Central, 1864, p. 6.

(⁸⁶⁸) *Ibid.*

(⁸⁶⁹) *Ídem*, p. 6 y ss. *v.* especialmente las secciones correspondientes a los diversos derechos reales.

(⁸⁷⁰) *Ídem*, p. 7.

(⁸⁷¹) **PACHECO, Toribio.** Tratado de derecho civil. vol II. 2da ed. Lima: Imprenta del Estado, 1872, p. 141.

(v) Es conocido que el *Diccionario* de García-Calderón busco dotar de un referente doctrinario legal al Perú que reemplace a aquél escrito por Escriche para la experiencia española. Una vez agotada su primera edición, y dado el “elevadísimo precio” de algún ejemplar disponible⁸⁷², Fuentes y De La Lama se propusieron dotar al público de un nuevo diccionario capaz de cubrir los aspectos no tratados en ninguno de los diccionarios mencionados anteriormente, sirviéndose para ello de la experiencia que cada uno traía consigo luego de sendas publicaciones en una variedad de temas jurídicos⁸⁷³. El diccionario de Fuentes y De La Lama (1877) tendría el título de Diccionario de Jurisprudencia y de Legislación Peruana, y entre sus numerosas voces se encontrarían aquellas destinadas a la teoría de las obligaciones.

Hasta donde se sabe, Fuentes y De La Lama proyectaban que su Diccionario cuente con dos partes, la primera que iría de las letras A-I, y la segunda sería el complemento de lo anterior hasta la letra Z. Por razones del destino, la segunda parte no se llegaría a publicar. Siendo ello así, la concepción de dichos autores en materia de obligaciones no podrá ser fruto de la sola lectura de la voz “obligación”, sino que para dicho propósito será imprescindible adoptar una técnica reconstructiva a partir de lo dispuesto en otras voces.

Conforme lo exponen ambos autores, el acreedor de una “obligación” era quien tenía “accion y derecho á pedir á otro alguna cosa, ó por que se le haya prestado, ó por otro cualquier motivo que produzca obligacion á su favor; el que por sus méritos, prendas ó servicios es digno de obtener algun empleo, dignidad, oficio etc.⁸⁷⁴”. Por consiguiente, el deudor era quien estaba “obligado á dar ó hacer á otro alguna cosa en virtud de un contrato ó cuasi-contrato, delito ó cuasi-delito, o de una disposicion legal. No pudiendo haber deudores sin acreedores, hay tantas clases de aquellos como de estos y como de obligaciones⁸⁷⁵”.

(⁸⁷²) *v.* FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. v y ss.

(⁸⁷³) *Ibíd.*

(⁸⁷⁴) FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Acreedor”. Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 19.

(⁸⁷⁵) FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Deudor”. Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 447.

Acreeador y deudor se encontraban vinculados en función a la “deuda”. Al referirse a esta, Fuentes y De La Lama la concebían como “la obligación que alguno tiene de pagar, satisfacer ó reintegrar alguna cosa⁸⁷⁶”. No obstante, dichos autores disgregaban del concepto etéreo de “deuda” antes referido, sus materializaciones concretas, sea que esta se trate de: (i) deuda “civil”, “la cual nace de un contrato ó cuasi-contrato, de un testamento ó de una sentencia en materia civil⁸⁷⁷”; (ii) deuda “convencional”, “la que nace de un contrato ó cuasi-contrato⁸⁷⁸”; y, (iii) deuda “activa y pasiva”, siendo la primera la que se nos debe o aquella cuyo pago tenemos derecho de exigir⁸⁷⁹, y la segunda la “que debemos ó estamos obligados á pagar⁸⁸⁰”.

Deuda o crédito funcionaban como sinónimos según ambos autores. “En la Jurisprudencia es el derecho que tiene un acreedor de exigir una cantidad de dinero á cuyo pago se ha obligado el deudor; ese nombre se da también, á la deuda misma que alguno tiene á su favor, y al papel con que se justifica el derecho. Se ha introducido la costumbre de llamar créditos activos á las deudas activas ó cantidades que se deben á una persona, y créditos pasivos á las deudas pasivas ó cantidades que él debe⁸⁸¹”.

A nuestro criterio, la relación entre el *creditoris* y *debitoris* existente como contrapartida a la interacción entre el derecho de crédito y deber de prestación (deuda), presente en la concepción de Fuentes y De La Lama es indicativo de que la “obligación” asumía en estos autores el significado polisémico advertido líneas atrás. En efecto, el *vinculum iuris* como sustrato final y teórico del fenómeno obligatorio aparece como el presupuesto de la propia definición de los *partners* contractuales, o sujetos de la relación de obligación. Por su parte, la obligación es sinónimo de deuda y crédito a cuyo cumplimiento queda adscrito una de las partes de la relación contractual; de ahí que el deudor cumpla su “obligación” ejecutando el comportamiento debido. Por último, la obligación define

(⁸⁷⁶) FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Deuda”. Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 445.

(⁸⁷⁷) *Ibid.*

(⁸⁷⁸) *Ídem*, p. 446.

(⁸⁷⁹) *Ibid.*

(⁸⁸⁰) *Ídem*, p. 445.

(⁸⁸¹) FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Crédito”. Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 342.

también la posición del deudor, quien en la mentalidad de nuestros autores, cumple una función pasiva en la relación por el solo hecho de encontrarse “obligado”.

Sirve para confirmar lo anterior, al menos en lo que respecta a De La Lama, su pensamiento contenido en una de las ediciones del Código Civil de 1852 publicado en 1914, en donde entendía a la “obligación en general” como “la necesidad en que se encuentran los hombres de abstenerse de todo lo que pueda impedir el derecho ajeno. También la necesidad de hacer prestaciones ó de realizar actos que contribuyan á la consecución del fin social⁸⁸²”; y a la “obligación civil” como “el vínculo de derecho por el que somos compelidos á dar, hacer ó no hacer alguna cosa⁸⁸³”. Ergo, la tradición en su máximo esplendor.

Así pues, en Fuentes y De La Lama, como en la experiencia continental de dicha época, el sujeto (deudor) que se encontraba “en obligación” de ejecutar aquello que asumió en “obligación” como parte de una relación de “obligación” fue el eje sobre el cual giró la construcción de una teoría general de las obligaciones, de ahí que el binomio diligencia-culpa para determinar el incumplimiento de la “obligación” se centre también en el *debitoris*, como veremos más adelante. En esta ecuación, “obligación” no significaba protección o seguridad.

(vi) A inicios de siglo XX, el catedrático titular de la asignatura de obligaciones y contratos (Segundo Curso de Derecho Civil) en la UNMSM era Pedro Carlos Olaechea⁸⁸⁴. Fallecido de manera sorpresiva, el proyecto de publicación de sus lecciones quedó trunco⁸⁸⁵, y con ello la comunidad jurídica nacional no pudo enriquecerse con un trabajo dedicado a una materia poco tratada en nuestro país incluso luego de la promulgación del Código Civil de 1852.

Como suele suceder, los trabajos que constituyen propiamente lecciones de clase circulan incluso antes de su publicación oficial⁸⁸⁶. Ello resulta valioso cuando como sucede con las lecciones

⁽⁸⁸²⁾ **DE LA LAMA, Miguel Antonio.** Código Civil. Anotado y concordado. 4ta ed. por el doctor Pedro C. Goitzolo. Lima: Impr. Gil, 1914, p. 935.

⁽⁸⁸³⁾ Ídem, pp. 935-936.

⁽⁸⁸⁴⁾ **RAMOS NUÑEZ, Carlos.** Historia del derecho civil peruano (siglos XIX y XX). Tomo VI: El Código de 1936. Vol. I: Los artífices. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2006, p. 54 (nt. 7).

⁽⁸⁸⁵⁾ *Ibíd.*

⁽⁸⁸⁶⁾ Aleccionador será el caso de Manuel Augusto Olaechea y sus lecciones (también) sobre obligaciones y contratos.

de Pedro Carlos Olaechea, la divulgación oficial no se llega a materializar, pero sobre todo cuando a la fecha se desconoce el actual paradero de dichas lecciones.

Lo cierto es que estas existieron, y así lo atestigua un autor de dicha época:

“En la época en que se publica esta obra, el catedrático es el Dr. D. Pedro Carlos Olaechea, Juez de 1ª Instancia de Lima, y diputado á Congreso. Eminente juriconsulto, de una vastísima erudición, de gran independencia y originalidad en sus doctrinas, sus lecciones cuyas copias hemos podido obtener (...) nos ha guiado en la confección de esta obra⁸⁸⁷”.

Según recoge Ortiz de Zevallos, Pedro Carlos Olaechea definía la obligación a partir de la noción de “relación jurídica”. Así pues, obligación sería

“la relación jurídica que se establece entre dos ó más voluntades concertadas en virtud de la cual una persona tiene el derecho de exigir de otra que se dé, haga ó no haga alguna cosa⁸⁸⁸”.

Ahora bien, la definición brindada por Pedro Carlos Olaechea parece limitarse exclusivamente a las obligaciones *ex contractu*. Ello no debe sorprender, toda vez que sus lecciones estaban dedicadas a la materia de las obligaciones y los contratos. No obstante, cierto es también que dicha circunstancia parece haber sido objeto de alguna crítica, exigiéndose en el antiguo catedrático de la UNMSM una definición “comprehensiva” de todos los fenómenos de carácter obligatorio⁸⁸⁹; básicamente, aquellos capaces de constituirse como fuente de las obligaciones *ex art. 1219 del Código Civil de 1852*.

Más interesante, sin embargo, era advertir en la concepción de nuestro autor una primera tendencia a abstraer la noción de obligación. Hasta ese entonces, habíamos visto que en nuestro país se había consolidado la tendencia por concebir a la obligación a partir de la impronta romanista; es decir, *obligatio est iuris vinculum, quo necessitate adstringimur alicuius solvendae rei secundum nostrae civitatis iura*. Dicha doctrina llegará incluso hasta finales de siglo XIX, pero es justamente Pedro Carlos Olaechea quien supondría en estricto un quiebre respecto de lo anterior, dado que con él se atestiguaría un

(⁸⁸⁷) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 10 (nt. 2).

(⁸⁸⁸) *Lecciones sobre obligaciones y contratos por OLAECHEA, Pedro Carlos* (manuscrito no publicado). El testimonio de su existencia se debe a Ortiz de Zevallos. Se desconoce su actual ubicación. *v. Ídem*, pp. 10-11.

(⁸⁸⁹) *Ídem*, p. 11.

momento clave en la historia (peruana) del derecho de las obligaciones: el paso del *iuris vinculum* a la relación jurídica.

Lo relevante entre ambas “nociones” no radicaba en el fondo, sino en la forma. El tránsito de uno al otro excedía una cuestión de teoría y se concentraba en una cuestión de técnica de estudio.

Como se comprenderá, esta no es la sede para estudiar a profundidad la expresión relación jurídica o *Rechtsverhältnis*, en lengua alemana, que tantos problemas puede traer como aquella otra *Rechtsgeschäft*. Sin embargo, no está demás dedicar unas breves palabras a ello.

Para entender la magnitud que la *Rechtsverhältnis* presenta en el discurso jurídico de Pedro Carlos Olaechea, basta constatar que dicho término no aparecía en el lenguaje del Código Civil de 1852. Se podría argüir que en vez de relación jurídica el Código Civil de 1852 si hizo referencia a la sola “relación”; sin embargo, frente a ello cabría oponer que dicho cuerpo normativo no empleaba el sintagma “relación” con un significado diferente a “listado” o “vínculo”, pero ligado este último únicamente al “parentesco”. Y *Rechtsverhältnis* significaba algo más, claro está.

Como es sabido, la expresión “relación jurídica” no encuentra registro en el Derecho Romano, ni en la época de los glosadores y mucho menos en el *Code* francés⁸⁹⁰. Su historia es por demás controvertida. Herencia de la filosofía de Kant, en donde la expresión *Rechtsverhältnis* (o *Rechtliches* o *Juristische Verhältnis*) apareció como un símbolo discursivo antes que como un concepto jurídico *strictu sensu*, la figura en cuestión encontró en Savigny su auténtico propulsor, quien construyó la misma bajo la impronta de constituirla como “la” categoría ordenante dentro de todo el sistema de Derecho Privado.

Sin ahondar más en ello, lo cierto es que la abstracción que definió *per se* a la *Rechtsverhältnis* significó a su vez expresión de una inclinación por no reducir la técnica de estudio del Derecho Civil a la mera exégesis. Sin duda, más allá de la noción de relación jurídica, Pedro Carlos Olaechea devino

(⁸⁹⁰) Sobre el punto, es interesante el trabajo de **GUZMÁN BRITO, Alejandro**. *Los orígenes del concepto de "relación jurídica" ("Rechtliches Verhältnis" - "Rechtsverhältnis")*. En: Revista de estudios histórico-jurídicos, *núm.* 28, 2006, pp. 187-226.

pionero en una actividad académica tendente a esquematizar el Derecho Civil a partir de categorías ordenantes, al menos en Perú.

Lo anterior no quita que, en el fondo, la identificación de la “obligación” en la *Rechtsverhältnis* presente un cariz descriptivo antes que conceptual. En efecto, el hecho de que la “obligación” represente (o se defina a partir de) una *Rechtsverhältnis* no se presenta como un juicio de orden *sintético* sino *analítico* puesto que no amplía nuestro conocimiento del primero.

Por lo demás, fuera de la referencia a *Rechtsverhältnis*, en Pedro Carlos Olaechea parece consolidarse aquella visión que vinculaba a la “obligación” con la “relación”, la “prestación” y el “deudor” (sujeto obligado), solo que para este caso concreto, la “relación” mudaba del *iuris vinculum* a la relación jurídica, y con ello el sintagma pasaba a ser expresión de una categoría superior del conocimiento científico. Digamos entonces que por recepción o adhesión, la doctrina peruana experimentó un acercamiento a aquella alemana.

Lamentablemente, la ausencia de una versión integral de las lecciones de Pedro Carlos Olaechea impide ponderar el real grado de lo anterior, y con ello la posibilidad de determinar si la incorporación de la *Rechtsverhältnis* en el ideario nacional supuso añadir a la “obligación” una faceta protectiva.

(vii) En 1906, otro autor nacional, bajo la impronta de completar la obra de Toribio Pacheco (obligaciones y contratos), propuso, luego de descartar las opiniones de sus predecesores, una definición de obligación conforme al Derecho Romano⁸⁹¹, según la cual:

“La obligación es un vínculo de derecho por el que una persona es compelida á dar, hacer ó no hacer alguna cosa⁸⁹²”.

Para Ortiz de Zevallos, la referencia a “vínculo de derecho” es simétrica al *iuris vinculum*, del cual, según su parecer, proviene el nombre de “obligación” (de *ob ligare*). Agrega este autor que “el

⁽⁸⁹¹⁾ v. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1807.

⁽⁸⁹²⁾ ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 11.

vínculo es inmaterial, pero es tan resistente como el material: aquél á quien ata no puede romperlo, sino pagando, esto es: haciendo lo que ha prometido. En esto la obligación se diferencia de los deberes morales que son desprovistos de sanción legal⁸⁹³”.

La definición brindada, a diferencia de la propuesta por Pedro Carlos Olaechea, tenía un ánimo de *completezza*; ella no se reducía a la obligación *ex contractu*, sino que debía ser capaz de abarcar la obligación independientemente de su fuente. Teniendo en cuenta ello, el propio Ortiz de Zevallos reconocía que podía criticársele que “la definición dada tiene el defecto de no comprender las obligaciones naturales que son desprovistas de sanción legal⁸⁹⁴”. Sin embargo, frente a ello, nuestro autor alegaba que, partiendo de la distinción entre obligaciones naturales y deberes morales, los primeros, si bien no se pueden exigir, una vez cumplidas, no se pueden recuperar⁸⁹⁵. Y aunque el Código Civil de 1852 no trata dichas obligaciones en un título aparte, sí las reconocía, y por tanto la definición debía comprenderlas⁸⁹⁶, observando que ella “produce efectos civiles y tiene toda la coactividad de la obligación civil de no hacer, estando comprendida por lo tanto en la definición que hemos dado⁸⁹⁷”.

Exponiendo su afiliación con el Derecho Romano, confesaba Ortiz de Zevallos que cuando hacía referencia a que “el objeto de toda obligación es dar, hacer ó no hacer”, dicha expresión en realidad reproducía lo dispuesto por el art. 1220 del Código Civil de 1852, cuyo antecedente yacía en la ley romana: “*ad aliquid dandum, vel faciendum, vel praestandum*⁸⁹⁸”.

Finalmente, nuestro autor afirmaba que “toda obligación supone necesariamente dos personas: el *deudor*, que es el atado, *is qui debet*, el sujeto pasivo de la obligación, para quien esta constituye una carga (onus), porque restringe su libertad sometiéndolo á una necesidad jurídica; y el *acreedor*, de *credere*,

⁽⁸⁹³⁾ Ibíd.

⁽⁸⁹⁴⁾ Ídem, p. 12.

⁽⁸⁹⁵⁾ Ibíd.

⁽⁸⁹⁶⁾ Ibíd.

⁽⁸⁹⁷⁾ Ibíd.

⁽⁸⁹⁸⁾ Ídem, pp. 12-13.

creditor, cree, porque ha tenido confianza en la lealtad de su deudor: para el acreedor la obligación constituye un derecho; es en su provecho que existe el vínculo⁸⁹⁹.

La postura de Ortiz de Zevallos, a pesar de no usar en sentido técnico la noción de carga (*Obligenheit*) y confundirla con aquella de deber (*Pflicht*), representa en buena cuenta la evocación de la *obligatio* romana en el Derecho Civil peruano de inicios de siglo XX. En ella se observa no solo el carácter polisémico de la noción de obligación, sino también la ausencia de cualquier corriente germánica que en dichos años ya estaba migrando de la limitación *per se* del concepto de obligación al estudio del contenido del mismo. No cabe duda que gran parte de dicha circunstancia es deudora de la propia influencia de Ortiz de Zevallos, profundo partidario Baudry-Lacantinerie y en general de la doctrina y técnica de estudio francesa, como lo confesaría en la introducción de su *Tratado*⁹⁰⁰, en el que afirmaba su predilección por la exégesis y la interpretación como búsqueda de la voluntad del legislador⁹⁰¹, bajo la impronta de que “el juez no es legislador⁹⁰²”.

Es en ese contexto que una obligación con función negativa o de protección aparecía utópica; aquella se ligaba inescindiblemente, y en forma exclusiva, a la prestación *strictu sensu*.

(viii) Crítico respecto a la “restringida”, “mutilada” e “inexplicable” regulación de las obligaciones en el Código Civil de 1852 (de ínfimo alcance), cuya impronta seguía básicamente la

(⁸⁹⁹) Ídem, p. 13.

(⁹⁰⁰) Ídem, p. vii y ss.

(⁹⁰¹) Esta es la primera regla de interpretación según Ortiz de Zevallos. La segunda es que de no existir norma prevista, el intérprete debe buscar únicamente de qué manera el legislador lo hubiese resuelto de haberlo previsto. *v.* Ídem, p. 2.

(⁹⁰²) Ídem, p. 1.

contenida en el *Code francés* -de vasto desarrollo⁹⁰³, Manuel Augusto Olaechea, quien fuera catedrático de Derecho Civil Segundo Curso (obligaciones y contratos) hasta el año 1921⁹⁰⁴, propuso la siguiente definición de obligación (jurídica⁹⁰⁵) bajo la vigilia del Código Echenique:

“la obligación es un vínculo jurídico que establece ciertas especies de relaciones jurídicas⁹⁰⁶”

⁽⁹⁰³⁾ **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil. 2do. Curso. Tomados en las clases del catedrático Dr. Dn. Manuel Augusto Olaechea. Lima: S/E, S/A, f. 1 (del total de 307 ff. y 1 f. de carátula. Incluye índice a partir de la f. 303 en adelante).

Como se sabe, M. A. Olaechea no legó un trabajo orgánico que recogiera sus impresiones sobre la materia de obligaciones y contratos, pese a haber regentado la cátedra del Segundo Curso y, posteriormente, Tercer Curso de Derecho Civil en la UNMSM. Pero como fue característico en la época, las opiniones de este autor fueron transmitidas entre sus alumnos mediante la transcripción mecanografiada de las lecciones del catedrático. Existe dos registros en los que aparece el nombre del célebre catedrático: (i) las lecciones sobre el Segundo Curso aparece en la colección manuscritos de la Biblioteca Nacional del Perú bajo el código F295, sin registro del dueño de la copia ni el año lectivo en que fue tomado; y (ii) las lecciones sobre el Tercer Curso cuyo detalle aparece en la nt. 583 del presente trabajo.

Luego de un análisis de las lecciones correspondientes al Segundo Curso, hemos concluido que, aun cuando el registro virtual de la Biblioteca Nacional del Perú indica que dichas lecciones fueron recogidas en el año 1936, estas en realidad tuvieron que ser tomadas mucho antes, probablemente con anterioridad a 1921 (época en donde Manuel Augusto Olaechea aparecía como profesor adjunto del curso de obligaciones y contratos, reemplazando en su momento a Eleodoro Romero), toda vez que el contenido de las clases del catedrático sanmarquino (explicación de artículos y leyes especiales) demuestra que estas estuvieron pensadas y dedicadas únicamente para el Código Civil de 1852 (comentando incluso la Ley de Accidentes de Trabajo de 1911) pero no así para el Código Civil de 1936. De hecho, como se sabe, solo luego de publicado el Código Civil de 1936, M. A. Olaechea regresaría al dictado de clases en la UNMSM, de ahí que el registro de sus lecciones del Tercer Curso tengan por objeto el tratamiento y “mejor explicación” del nuevo Código Civil de 1936, con referencias al anterior Código Civil de 1852. Esta hipótesis se ve refrendada por el hecho que en la Biblioteca Central de la Pontificia Universidad Católica del Perú aparece un manuscrito (con el código 346.985 D44) de idéntico contenido al de la Biblioteca Nacional, con dos particularidades: (i) se omite la referencia al autor, aunque un análisis de ambos documentos nos permite concluir en forma irrefutable que en uno y otro caso el autor es M. A. Olaechea, y (ii) se indica como fecha de “fin del curso” tanto el 21 de marzo de 1918 (mecanografiado en consonancia con el texto) como el sábado 23 de noviembre de 1918 (a mano). Si bien resulta imposible determinar el fechado exacto (puesto que en realidad dichos documentos son copias de un documento no oficial que se iban confeccionado a solicitud del interesado), es aleccionador que ambos coloquen como fecha de las lecciones del Segundo Curso el año de 1918; esto es, con anterioridad a 1921.

Las lecciones del Segundo Curso de M. A. Olaechea constituyen una fuente única e invalorable para comprender las instituciones del Derecho Civil, en lo que respecta a las obligaciones y los contratos, durante la vigencia del Código Civil de 1852 e incluso el periodo anterior, encontrándose variadas referencias a la legislación colonial, sobre todo lo relativo a las Leyes de Partida. El estudio del Libro Tercero del Código Civil de 1852, poco común en nuestro derecho, incluso hasta nuestros días, resulta más valioso aún en un autor que luego consagraría su trayectoria con la confección del Libro Quinto del Código Civil de 1936, siendo posible observar entre las lecciones correspondientes a cada código una progresión y depuración en la técnica de estudio, formulación de conceptos jurídicos y tratamiento de la materia en general. Si en las lecciones del Segundo Curso se exhibe un cierto rezago de la exégesis clásica con la conjunción de la moderna doctrina de la época (sobre todo francesa), la primera resulta descartada ya para lo que fue en su momento el Tercer Curso, pero sobre todo, el proyecto codificador.

⁽⁹⁰⁴⁾ **CÁCERES, Esteban.** España en el Perú. Lima: Casa Editora "La Opinión Nacional", 1923, p. 155, quien afirmara que M. A. Olaechea renunció a la cátedra para dedicarse de lleno su labor de codificador.

⁽⁹⁰⁵⁾ De naturaleza distinta a la “obligación moral”. Para más, *v.* **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; ff. 1-2.

⁽⁹⁰⁶⁾ Ídem, f. 1.

En la definición, se exhibe dos tendencias que se iban apoderando del espectro jurídico. La primera es la noción de obligación como *iuris vinculum* conforme a la tradición romana y francesa, presente en la gran mayoría de la doctrina nacional de segunda mitad de siglo XIX e inicios de siglo XX. La segunda es el recurso a la denominada “relación jurídica”. Ella, como se explicó, fue introducida a nuestro *medio* por Pedro Carlos Olaechea, tío del autor, cuya influencia académica en M. A. Olaechea, aunada a las clases del futuro codificador en Francia bajo la orden de Marcel Planiol (autor de vanguardia a inicios de siglo XX), así como la magnificente obra que resultó la promulgación del BGB, trajo consigo que este autor experimente la necesidad de abstraer la noción de obligación, sin que su descomposición “exegética” haya quedado totalmente rezagada, por supuesto.

Sin embargo, la definición propuesta presenta problemas en sí misma, toda vez que el recurso a “vínculo jurídico” y “relaciones jurídicas” parece superponerse *stricto sensu*. La razón de ello estriba en que la obligación no genera una “relación jurídica”, sino que la primera aparece como una *Rechtsverhältnis*, por lo que en realidad en la definición de M. A. Olaechea, *obligación = iuris vinculum = Rechtsverhältnis* (una de ellas).

El asunto que motivó la aparente disociación entre “obligación” y “relación jurídica” al momento de definir la primera no estuvo en la relación *género-especie* que se muestra en Pedro Carlos Olaechea, sino en la construcción de dicho concepto bajo la perspectiva del contrato como “convención jurídica”. En efecto, para nuestro autor, una vez que concurrían todos los requisitos legales para que se forme el contrato, nacía una relación jurídica que se constituía en su objeto⁹⁰⁷. Así pues, en dicha lógica, la *Rechtsverhältnis* se distinguía del contrato porque el primero surgía como efecto del segundo, siendo que tal relación jurídica presentaba, en estricto, naturaleza obligativa (*obligatio*).

La referida confusión en materia de causa-efecto explica lo poco claro de su definición⁹⁰⁸.

⁽⁹⁰⁷⁾ Ídem, f. 108.

⁽⁹⁰⁸⁾ Curiosamente, M. A. Olaechea elogiaba al Código Civil de 1852 por no caer en tal confusión a diferencia de lo que sucedía con el *Code*, v. Ídem, f. 1.

Pero no solo ello, sino que después que M. A. Olaechea recordara que “la etimología de la “obligación” viene de las palabras latinas ob-ligare que significa relacionar o unir⁹⁰⁹”, este sostuvo que dicho término, desde una óptica ontológica -si se quiere-, y bajo la influencia de Savigny, era la “acción o facultad que el acreedor puede ejercer sobre el deudor o sujeto pasivo de la obligación, limitando en algo su libertad⁹¹⁰”.

Lo cierto es que aun cuando en nuestro autor la concepción de obligación aparece en forma vanguardista respecto de varios de sus predecesores -en parte por su predilección por autores franceses que se oponían a la exégesis como única técnica de estudio-, su discurso exhibe claramente el colapso de una tendencia clásica con otra moderna, en donde la primera, bajo influencia francesa, quedaba plasmada cuando sostenía que “la obligación establece un vínculo entre dos personas (...)”⁹¹¹-*iuris vinculum*- o que “la obligación proviene de una prestación o sometimiento del deudor (sujeto pasivo) al acreedor (sujeto activo)”⁹¹² o simplemente al notar que la teoría general de las obligaciones estaba construida desde la posición del “deudor obligado” a una “obligación” dentro de una “obligación”; y la segunda cuando la voz “obligación” no era suficiente para describir un fenómeno de orden superior que abstraiga las vinculaciones de índole intersubjetivas y que justificó el recurso a la *Rechtsverhältnis*, ergo, la experiencia alemana.

La duda que se presentaba con Pedro Carlos Olaechea se absuelve con M. A. Olaechea. El hecho de abstraer la obligación a partir de la figura de la *Rechtsverhältnis* no supuso bajo ningún punto de vista la incorporación de una faceta protectiva en la relación de obligación. De hecho, en la posición de este último autor, la obligación solo presenta un cariz positivo o de prestación.

3.1.2. La distinción entre un concepto genérico de “obligación” y uno *ex contractu*, se manifestó no solo en aquello que representó el debate epistemológico (*v.* Ortiz de Zevallos), sino también en lo que respecta al contenido de la relación de obligación.

(⁹⁰⁹) Ídem, f. 2.

(⁹¹⁰) Ibíd.

(⁹¹¹) Ibíd.

(⁹¹²) Ibíd.

Aunque a primera vista el tratamiento de un “contenido” parece oponerse a la visión romana (y por ende francesa) de la “obligación” presente en el Código Civil de 1852, y en un gran sector de la doctrina nacional, lo cierto es que la experiencia peruana sí presentó en García-Calderón un punto de vista particular sobre el asunto que merece una reflexión⁹¹³.

Según este autor, “los contratos producen dos clases de obligaciones, unas que podemos llamar principales y otras accesorias ó secundarias⁹¹⁴”. Así pues, son obligaciones principales las que nacen directamente del contrato⁹¹⁵; y obligaciones accesorias “las que dimanen de las obligaciones principales, y son como una esplanación de ellas⁹¹⁶”

A fin de graficar lo anterior, García-Calderón propone el siguiente ejemplo: “en un contrato de venta, el vendedor está obligado á entregar la cosa vendida: esta es una obligacion principal ó directa”. Sin embargo, “está obligado también a cuidar la cosa vendida, é impedir que se destruya antes de la entrega: esta obligacion es accesoría ó secundaria; y le llamamos así, porque se deriva de la obligacion principal, y no puede subsistir sino con ella⁹¹⁷”.

Prosigue indicando que “esta distincion puede hacerse perfectamente en los contratos en que se há prometido una cosa determinada. En ellos, la obligacion de dar la cosa, que es la que llamamos principal, comprende la de entregarla en el tiempo convenido, y la de cuidarlo entre tanto. Esta última obligacion, que es la accesoría, es mas o menos estensa, segun la naturaleza del contrato (art 1262)⁹¹⁸”.

Ahora bien, la “obligacion secundaria puede desaparecer antes de que se haya cumplido la principal, cuando la falta de cumplimiento no depende de la voluntad del obligado; como si debiendo entregarse la cosa prometida en un día fijo, no acudiese el interesado á recibirla. Desde entonces, la cosa corre de cuenta del que debió recibirla, aunque no se haya entregado. Por consiguiente, ha

(⁹¹³) Coadyuva a lo anterior el hecho que -como tuvimos ocasión de anotar- la propia regulación contenida en los diversos proyectos y códigos, reconocía en la relación de obligación deberes a cargo del deudor de diversa naturaleza, si es que dicha experiencia se contrasta con aquella otra alemana.

(⁹¹⁴) *v.* **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Contrato”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 610.

(⁹¹⁵) *Ibíd.*

(⁹¹⁶) *Ibíd.*

(⁹¹⁷) *Ibíd.*

(⁹¹⁸) *Ibíd.*

desaparecido la obligación accesoria, aunque subsiste la principal. Pero si la persona obligada á dar la cosa ha incurrido en mora, no desaparece su obligación accesoria; y por esto es de su responsabilidad el detrimento que sufra la cosa mientras no se verifique la entrega (art. 1263)⁹¹⁹”.

De lo expuesto por García-Calderón, también se deduce la existencia de una “obligación de indemnizar” distinta a la obligación “primitiva” (o de cumplimiento)⁹²⁰. Para nuestro autor, quien “celebra un contrato, no solo está obligado á cumplirlo sino también a resarcir los daños que resulten directamente de la inejecución ó contravención por culpa ó dolo de la contraparte⁹²¹”. De esta manera, “la parte que faltó á lo prometido no pierde su primitiva obligación, y además queda obligada á resarcir los daños que haya causado; y la otra parte tiene derecho a exigir el cumplimiento de ambas obligaciones⁹²²”.

Pero claro, en su perspectiva no parece distinguirse una “obligación de prestar” de una “obligación de indemnizar” que coexistan como parte del contenido de la relación de obligación; a lo que nosotros hemos denominado por “deber principal” y “deber secundario” (no confundir con la obligación secundaria o accesoria de García-Calderón). En este autor, el deber de resarcir surge en un momento sucesivo; esto es, con el incumplimiento (o la falta) de la obligación principal de prestación. Ello explica porque plantea que el “obligado” sigue atado a ambas obligaciones: la primigenia y la subsecuente. Lo que no se encuentra en nuestro autor, sin embargo, es la justificación jurídica sobre cómo la obligación principal *muda* a la obligación resarcitoria.

Para finalizar, cabe señalar que en García-Calderón, las obligaciones denominadas “acesorias” o “secundarias” (además de la obligación de indemnizar) son concebidas como “efectos del contrato”⁹²³. Así pues, además de las “obligaciones jenerales que producen los contratos, (...), hay otras especiales que resultan de los pactos que pueden añadirse en algunos casos; los cuales modifican ó alteran la naturaleza de las obligaciones⁹²⁴”. Sin duda, en este autor la fuente principal de las

(⁹¹⁹) Ibíd.

(⁹²⁰) Ibíd.

(⁹²¹) Ibíd.

(⁹²²) Ibíd.

(⁹²³) Ídem, p. 611.

(⁹²⁴) Ibíd.

obligaciones distintas a la “prestación” se encuentra en la ley (el Código Civil de 1852), quedando la autonomía de los privados relegada a una *función de integración*. Pero dicha función no solo estaría reservada para la autonomía, sino también para la cláusula general de equidad e inclusive la propia ley (aun cuando está aparece como la fuente *per se* de todas las obligaciones).

En ningún otro autor de la época se aprecia una disociación teórica en el comportamiento del acreedor (obligaciones principales/obligaciones accesorias), limitándose en la mayoría de casos a identificar en la obligación una relación de prestación *strictu sensu*.

Lo anterior nos permite concluir, tal y como lo ha reconocido un importante autor, que nuestro Código Civil de 1852 y su doctrina en mayoría, adoptó la definición romana⁹²⁵; esto es, la *obligatio*, como se confirmará con la noción de contrato que trataremos en breve.

Cuestión aparte es el hecho que un sector de nuestra doctrina, representada por García-Calderón y Pedro Carlos Olaechea, en sus estudios sobre la materia, haya abstraído la “obligación”, aunque inversamente a como sucedió en Alemania, primero deteniéndose en su contenido (reducido en realidad a los deberes accesorios), y luego subsumiéndola en la abstracción que representa la “relación jurídica” de Savigny. En cualquier caso, la empresa de dichos autores quedó inconclusa, toda vez que el primero no incorporó en su discurso a las otras diversas posiciones jurídicas capaces de presentarse en el seno de la relación de obligación⁹²⁶, y el segundo porque, hasta donde se sabe, no se concentró en el estudio del contenido de la relación jurídica de obligación.

Ahora bien, el hecho que en otros autores no haya aflorado una distinción teórica entre los comportamientos debidos no significa que dicha posibilidad se haya encontrado vedada (normativamente), sobre todo teniendo en cuenta la propia legislación civil. Esta circunstancia se hace

⁽⁹²⁵⁾ v. CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 28.

⁽⁹²⁶⁾ En efecto, en el discurso de García-Calderón, el término derecho era sinónimo de “facultad”, no escindiéndose del mismo, en tanto derecho subjetivo, los denominados “derechos conformativos o potestativos”, conforme la experiencia alemana. Asimismo, en este autor, aun cuando dedica una voz a ella, tampoco se concibe a la *carga* del acreedor como posición jurídica independiente, confundiendo al mismo con la propia noción de “cargo”. Para mayor detalle, v. GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Carga”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 610; ID. “Voz: Derecho”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 741.

manifiesta al observar que en un sector de la doctrina, la ausencia de la distinción señalada no supuso negar que en ocasiones el deudor se encontraba obligado a *más* que una “obligación” (prestación).

Así pues, según Ortiz de Zevallos, eran obligaciones derivadas de la compraventa la entrega de la cosa (art. 1361 del Código Civil de 1852)⁹²⁷, asumir los gastos de la entrega (art. 1363 del Código Civil de 1852)⁹²⁸, entregar los accesorios de la cosa (art. 1367 del Código Civil de 1852)⁹²⁹, otorgar la escritura pública de venta (art. 1377 del Código Civil de 1852)⁹³⁰, obligación negativa de procurar posesión pacífica y útil al comprador -siendo esta una especie de continuación de la obligación de entregar la cosa-⁹³¹, obligación positiva de defender al comprador si se le demanda⁹³², obligación de indemnización en caso de perjuicio en la evicción, el pago del precio, entre otras⁹³³.

Las obligaciones presentadas por el autor, solo comparten entre sí la identificación a partir de un mismo sintagma (“obligación”). Sin embargo, una mirada acuciosa sobre ellas permite observar rasgos propios y singulares que pudieron haber sido objeto de una formulación dogmática de orden conceptual distinta a la planteada por Ortiz de Zevallos. Lo anterior no quita que en este autor, el sujeto obligado, en materia de compraventa, no solo debía la prestación, sino también otras obligaciones, aun cuando estas no gozaran discursivamente de independencia jurídica y sintonía orgánica y conceptual, unas a otras.

Esta tendencia presente en Ortiz de Zevallos se muestra también a propósito del contrato de locación (arrendamiento en el Código Civil de 1852).

Respecto de las obligaciones del locador, este autor considera que “la única obligación que en realidad tiene el locador, es la de hacer gozar al conductor de la cosa alquilada durante todo el tiempo

(⁹²⁷) *v.* **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 128.

(⁹²⁸) *Ídem*, p. 129.

(⁹²⁹) *Ibíd.*

(⁹³⁰) *Ídem*, p. 132.

(⁹³¹) *Ídem*, p. 139.

(⁹³²) *Ibíd.*

(⁹³³) *Ibíd.*

de la locación⁹³⁴. Sin embargo, en un intento de “descomponer esta compleja obligación⁹³⁵”, se podía entender que la misma comprenda (i) “obligación de entregar la cosa⁹³⁶” (art. 1584 del Código Civil de 1852), (ii) “obligación de conservar la cosa en estado de servir al objeto de la locación⁹³⁷” (arts. 1584 y 1587 del Código Civil de 1852)⁹³⁸, y (iii) “obligación de defender durante todo el tiempo del contrato el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener ó quiera ejercer algún derecho sobre ella⁹³⁹” (art. 1587 del Código Civil de 1852).

De igual manera, para Ortiz de Zevallos el conductor tiene las siguientes obligaciones: (i) usar la cosa como un buen padre de familia y darle el destino previsto (arts. 1595 y 1602); (ii) pagar la renta en los plazos convenidos (art. 1595.2 del Código Civil de 1852); y (iii) devolver la cosa al término de la locación (art. 1595.4 del Código Civil de 1852)⁹⁴⁰. Adicionalmente, la norma dispone otras “obligaciones”, como las señaladas en el art. 1595 del Código Civil de 1852.

Entre las obligaciones arriba mencionadas, más allá de la relación de “descomposición” planteada por Ortiz de Zevallos, y pese a que representan categorías jurídicas plenamente identificables bajo otras experiencias jurídicas, no existía -al menos en el discurso de este autor- una concepción orgánica y sistemática que describa el fenómeno en su totalidad.

Lo dicho nos permite sustentar con razón que en la doctrina nacional, incluso aquella que reconocía un deber de conducta más allá del principal de prestación, ya sea por una cuestión conceptual o de simple “descomposición”, la “extensión” del contenido de la relación de obligación no significó el reconocimiento de un comportamiento exigible a las partes en aras de cautelar un

⁽⁹³⁴⁾ Ídem, p. 215

⁽⁹³⁵⁾ Ibid.

⁽⁹³⁶⁾ Ibid.

⁽⁹³⁷⁾ Ídem, p. 216

⁽⁹³⁸⁾ Para Ortiz de Zevallos, esta obligación comprendía las siguientes: “(i) la de hacer en ella durante la locación todos los reparos necesarios que por pacto ó costumbre no sean de cuenta del arrendatario (art. 1887.5 del Código Civil de 1852); (ii) la de soportar todas las pensiones y cargas reales que graviten sobre la cosa (art. 1587.4 del Código Civil de 1852); (iii) la de garantizar la pérdida total y parcial de la cosa que se ha realizado durante la locación”. *v.* Ídem, pp. 218-219.

⁽⁹³⁹⁾ Ídem, p. 216.

⁽⁹⁴⁰⁾ Ídem, p. 222.

interés de protección. Siempre, en última instancia, los deberes que se fueron reconociendo, o se vinculaban a la prestación o era tributarios de la ley.

La aparente sintonía de lo anterior, sin embargo, pudo haber sido alterada por los criterios de sistema a los que aludimos en el Cap. I.

3.1.3. Es en lo relativo a la responsabilidad por inexecución de obligaciones que se muestra más claramente el tradicionalismo del Código Civil de 1852⁹⁴¹, siendo fuente de aquella tanto el Derecho Romano como el *Code* francés.

Para el propósito del caso, es importante determinar dos cuestiones: (i) el modelo de responsabilidad *ex contractu* presente en el Código Civil de 1852; (ii) el criterio de imputación y su rol dentro del sistema de responsabilidad.

(i) El modelo de responsabilidad contractual adoptado en el Código Civil de 1852 se asemejaba al francés con relación a la presencia de una cláusula general de incumplimiento y se alejaba del alemán en cuanto no vinculaba la responsabilidad a la imposibilidad. Ello se comprueba con la revisión del art. 1265, el cual establecía que “el que celebra un contrato, no solo está obligado á cumplirlo, sino también á resarcir los daños que resulten directamente de la inexecución ó contravención por culpa ó dolo de la parte obligada”.

La sola referencia a “inejecución” implicaba que el comportamiento susceptible de provocar un daño no requería presentar una fisonomía particular; en otras palabras, la falta de cumplimiento no se traducían en el Código Civil de 1852 en un comportamiento de orden negativo o de omisión (como en el BGB la imposibilidad) sino que podía abarcar uno de orden positivo o de comisión, (*p.e.* defectuoso).

⁽⁹⁴¹⁾ Sobre el punto, aunque sin referirse al asunto de la responsabilidad *ex contractu*, v. el artículo de **GUZMÁN BRITO, Alejandro**. *El tradicionalismo del Código Civil Peruano 1852*. En: Revista de estudios histórico-jurídicos, *núm.* 23, 2001, p. 547 y ss.

El asunto se hace más claro cuando se estudia la culpa en el Código Civil de 1852⁹⁴².

(ii) Conforme al citado art. 1265, el fundamento de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, siguiendo la tradición acentuada a lo largo de la experiencia peruana y presente en el *Code*, fue la culpa. Esta última era entendida como “una acción ú omisión perjudicial á otro, en que se incurre por ignorancia, impericia ó negligencia; pero sin propósito de dañar⁹⁴³”. Siendo ello así, no cabe duda que el incumplimiento culposo se deducía en última instancia en un comportamiento positivo o negativo; o lo que es lo mismo, “hay culpa no solo cuando se practica un hecho perjudicial á otro, sino tambien cuando se omite un acto, y de esa omision resulta un daño⁹⁴⁴”.

Para comprender la connotación de la culpa dentro del esquema peruano, basta advertir que este incorporó el sistema romano clásico de graduación de la culpa⁹⁴⁵. En efecto, el art. 1267 del Código Civil de 1852 consagraba la siguiente tripartición⁹⁴⁶: (a) culpa lata; (b) culpa leve; y (c) culpa levísima. La primera consistía en la omisión de aquellas precauciones o diligencias que están al alcance de los hombres menos cautos o avisados; la segunda en la omisión de las que un padre de familia toma ordinariamente en sus negocios; y la tercera en la omisión de aquellos cuidados que solo pueden poner en sus asuntos los padres de familia más exactos y diligentes.

Ante la cuestión sobre el límite de la responsabilidad del deudor durante la vigencia del Código Civil de 1852, se puede decir que esta llegaba hasta el límite de la actuación diligente “como un buen padre de familia”. En otras palabras, una vez verificado el comportamiento acorde a la diligencia del

(⁹⁴²) Sobre el particular, *v.* **SILVA SANTISTEVAN, José**. *óp. cit.*; p. 109 y ss.; **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Culpa”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 681 y ss.; **FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA**. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 280 y ss.; ID. “Voz: Culpa En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 352 y ss.; **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 223 y ss.; **GARCÍA GASTAÑETA, Carlos**. *La noción jurídica de fuerza mayor*. En: *Mercurio Per.*, año V, vol. VIII, 1922, p. 640; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil. Lima: Impr. Gil, 1936, pp. 32-33; **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 261 y ss.

(⁹⁴³) Art. 1266.

(⁹⁴⁴) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Culpa”... *óp. cit.*; p. 681.

(⁹⁴⁵) **FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA**. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 281; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil... *óp. cit.*; p. 32; **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 261.

(⁹⁴⁶) Cada “grado de culpa” actuaba conforme a lo siguiente: (1) la culpa lata (y el dolo), en todos los contratos (art. 1269); (2) la culpa leve, en los contratos de utilidad recíproca (sinalagmáticos) (art. 1270); (3) la culpa levísima, en los contratos unilaterales, por quien se beneficia de la utilidad (art. 1271) (y quien la “sufré” por la lata *ex art.* 1272).

buen padre de familia, la culpa “leve” (“prestada”) no tendría lugar, y con ello, salvo el caso de los (contradictorios) “contratos unilaterales”, el deudor no respondería por los daños causados como consecuencia del incumplimiento. Alternativamente, la actuación diligente (buen padre de familia) también era suficiente para que el deudor no responda del *casus* (caso fortuito o la fuerza mayor), y por consiguiente ocurra la extinción de la “obligación”⁹⁴⁷.

Sin duda, en el Código Civil de 1852, culpa y diligencia (buen padre de familia) aparecían como anverso y reverso de una construcción teórica que fue adoptada en nuestra legislación sin mayor capacidad de cuestionamiento. De ahí que luego, a propósito de la graduación de la culpa, se haya señalado que esta no constituía una clasificación lógica⁹⁴⁸.

Una responsabilidad *ex contractu* de orden tradicional (“culpa”) implicó además que la misma se construya sobre una de las partes: el deudor. Siendo ello así, no sorprende que el legislador haya establecido que la “culpa” del deudor no era susceptible de presunción, correspondiendo al acreedor su prueba (art. 1268).

Aunque la responsabilidad contractual, tal y como estaba configurada, parecía no provocar ninguna contradicción capaz de motivar el surgimiento de una teoría como la *pVV*, lo cierto es que un aspecto de aquél sí terminaría por incidir en la *praxis*: la carga de la prueba de la culpa, conforme veremos más adelante.

3.2. Enfoquémonos ahora en las “convenciones expresas”, según el Código Echenique: los contratos.

Si pudiéramos sintetizar la experiencia nacional previa en relación con la noción de contrato, bastaría decir que la mejor forma de describir la misma es con la fórmula (dogmática antes que legal) *contrato=consenso*. Esta conclusión debe ser extensible también al Código Civil de 1852, en gran parte porque como pudimos señalar, en la base de la regulación en materia de obligaciones y contratos se encontraba una marcada influencia francesa representada por el *Code*. Así pues, no debe sorprender

⁽⁹⁴⁷⁾ GARCÍA GASTAÑETA, Carlos. *óp. cit.*; p. 640.

⁽⁹⁴⁸⁾ SILVA SANTISTEVAN, José. *óp. cit.*; p. 110.

que el art. 1226 del Código Civil de 1852 estableciera que “el contrato es un convenio entre dos ó mas personas por el que se obligan á dar, hacer ó no hacer alguna cosa”. En otras palabras, en el Código Civil de 1852, la regulación del “contrato” seguía el dogma del consenso.

Esta impresión se ve confirmada luego de una breve revisión de la doctrina.

García-Calderón⁹⁴⁹ y Fuentes y De La Lama⁹⁵⁰ recogen la definición legal del art. 1226 del Código Civil de 1852 y la incorporan en su concepto: contrato es un convenio celebrado entre dos ó mas personas, por el que se obligan á dar, hacer ó no hacer alguna cosa.

Por su parte, Ortiz de Zevallos sostenía que la definición de contrato contenida en el referido art. 1226 no era exacta y no traducía la verdadera intención del legislador⁹⁵¹. En efecto, para este autor, de la lectura literal del citado dispositivo se traducía que “contrato es la especie de convención que crea una obligación: pero esta definición no comprende las que la modifican ó extinguen⁹⁵²”. De esta manera, en realidad, el contrato era “el resultado del acuerdo entre dos ó más personas para crear, modificar ó extinguir alguna obligación⁹⁵³”.

Para mayor claridad, es importante mencionar que en el sustrato final de la definición de Ortiz de Zevallos se encuentra un debate con relación a la equiparación entre contrato y convención. Así pues, informaba este autor que “algunos jurisconsultos sostienen que (...) nuestro art. 1226 traduce fielmente el 1101 del Napoleón (...). Todos los comentadores del Código Francés reconocen que este artículo reproduce la definición del célebre Pothier. (...) Fundándose en Pothier, en el Código Napoleón y en la redacción de nuestro artículo 1226, estos jurisconsultos concluyen afirmando que en nuestro Código el contrato se diferencia de la convención⁹⁵⁴”. Frente a dicha tesis, Ortiz de Zevallos alegaba que la misma se encontraba alejada de la realidad legislativa nacional, debiéndose afirmar que entre convención y contrato no existe distinción en sentido técnico, al punto que el

(⁹⁴⁹) GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 608.

(⁹⁵⁰) FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Contrato” ... *óp. cit.*; p. 278.

(⁹⁵¹) ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 16.

(⁹⁵²) Ídem, p. 15.

(⁹⁵³) Ídem, p. 16.

(⁹⁵⁴) Ídem, p. 15.

propio cuerpo normativo reconocía ello en lo que respecta a las denominadas convenciones “expresas” (art. 1225)⁹⁵⁵.

La desvinculación teórica entre contrato y convención también era criticada por García-Calderón. De hecho, este autor, refutando las ideas de Escriche, afirmaba que “nuestras leyes no admiten esta distinción: consideran la palabra convencion como término jenérico, que designa toda especie de compromiso contraído por dos ó más personas y la dividen en dos clases: expresa y tácita⁹⁵⁶”. Las expresas eran -normativamente- contratos, y las tácitas también, aunque nuestro Código Civil de 1852 erróneamente las haya catalogado como “cuasi-contratos”, conforme tuvimos ocasión de exponer líneas atrás.

Pero no solo ello, sino que más allá del esfuerzo conceptual esbozado por García-Calderón en distinguir las voces “contrato”, “convenio” y “pacto” (justificado a su criterio a partir de la lectura del Código Civil de 1852), el cuerpo normativo las usaba indistintamente, considerándolas sinónimas⁹⁵⁷.

Queda en evidencia de esta forma que no obstante se haya pretendido colocar a la convención como figura omnicomprendiva que contiene al contrato, la relación que existía entre el primero y segundo no es, en estricto, de género-especie, como ocurriría en la experiencia alemana con el binomio negocio jurídico (*Rechtsgeschaeft*) – contrato (*Vertrag*), sino de plena identificación. La convención, a diferencia del *Rechtsgeschaeft* en Alemania, no representaba una categoría ordenante en el seno del Código Civil de 1852.

Dicho esto, no cabe duda que la fórmula legal adoptada por el Código Civil de 1852 para la definición de contrato reducía este al *consenso*, en línea con los antecedentes legislativos de nuestra nación.

⁽⁹⁵⁵⁾ Ídem, p. 16. *v. tb.* DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1821.

⁽⁹⁵⁶⁾ GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Convención”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 619.

⁽⁹⁵⁷⁾ *Ibíd.*

3.2.1. La influencia francesa en materia de contratos se evidenciaba en otros aspectos. Así ocurrió con respecto a la clasificación normativa de contrato⁹⁵⁸ y los “elementos” del contrato.

Con relación a esta última, nuestra doctrina planteaba que los elementos de todo contrato podían dividirse en tres (3) clases: (i) esenciales, “aquellos sin los cuales no hay absolutamente contrato, ó hay otro contrato⁹⁵⁹; (ii) naturales, “aquellos que se sobreentienden en el contrato, cuando las partes no se han explicado al respecto, pero que las partes pueden suprimir mediante una estipulación expresa⁹⁶⁰”; y (iii) accidentales, “aquellos que no se sobreentienden, pero que se pueden pactar mediante una cláusula expresa⁹⁶¹”.

A propósito de los elementos esenciales (“requisitos”), el art. 1235 del Código Civil de 1852 establecía que para la validez de los contratos se requiere: 1. El consentimiento de las partes; 2. Su capacidad para contratar; 3. Causa cierta que sea materia del contrato; y 4. Causa justa para obligarse. Dicho artículo fue tomado del art. 1108 *Code*, con una ligera modificación resaltada por un autor: el

(⁹⁵⁸) En efecto, se establecía la existencia de contratos: (i) unilaterales (si la obligación recae solamente sobre una de las partes contratantes) o bilaterales (si ambas partes se obligan recíprocamente) (art. 1227); (ii) consensuales (cuando basta el consentimiento de las partes para que sean perfectos) y reales (cuando se requiere para su perfección la entrega de la cosa) (art. 1228), (iii) principales (cuando subsisten por sí solos) y accesorios (cuando tiene por objeto el cumplimiento de otro contrato) (art. 1229); (iv) aleatorios (cuando las pérdidas o ganancias dependen de un acontecimiento incierto) (art. 1230); (v) condicionales (cuando su realización o subsistencia depende de un suceso incierto o ignorado por las partes) y absolutos (cuando su realización es independiente de toda condición) (art. 1231).

La clasificación dispuesta en el Código Civil de 1852 no estuvo exenta de críticas. Un sector de la doctrina (**ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; pp. 16-17) reclamaba el hecho de haber obviado la referencia a los contratos solemnes, gratuitos u onerosos, e incluido una particular clase de contratos basado en la condición. Para dicho autor, la clasificación de contratos que brotaba del Código Civil de 1852 era la siguiente: “(i) bilaterales y unilaterales; (ii) consensuales, reales y solemnes; (iii) principales y accesorios; (iv) aleatorios y conmutativos; (v) á título oneroso y á título gratuito”.

Otro sector de la doctrina (**FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA**. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 284), alegaba su inoperancia (utilidad), e incluso otro (**GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; pp. 608-609), al contrario, seguía la clasificación dispuesta en el cuerpo normativo, añadiendo a los “contratos fundados en la confianza”, y la división entre contratos “verbales” o “escritos”. En un terreno sumamente amplio y discrecional para la teorización, no faltaba quien también clasifique a los contratos por nominados e innominados (**FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA**. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 285).

(⁹⁵⁹) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 23.

(⁹⁶⁰) Ídem, p. 24.

(⁹⁶¹) *Ibid.*

consentimiento no debía ser prestado únicamente por quien se “obliga”, sino por ambas partes⁹⁶², tal y como fuera sustentado por Vidaurre años atrás⁹⁶³.

Sin perjuicio de ello, cierto es que a diferencia del *Code*, y del Proyecto de Código Civil de 1847, el Código Civil de 1852 no hacía expresa referencia al objeto como requisito del contrato, aun cuando sea posible argüir que el legislador equiparó legislativamente (en el numeral 3) las categorías de objeto y causa, debiendo interpretarse por “causa cierta”, objeto cierto. En cualquier caso, lo que sí es cierto es que dicho código es consecuente con una tradición francesa y (por ende) peruana (Vidaurre, *Código Civil Santa Cruz*, proyecto de 1847) muy marcada, en donde el legislador al referirse al objeto vinculaba el mismo algunas veces al contrato (Cap. V, arts. 1249, 1251, etc.), otras a la obligación (inc. 3, art. 702) y en ocasiones a ambas (como pareciera ocurrir en el art. 724 -objeto de la obligación-, Cap. V -objeto... de los contratos-) sea que se hable de la “cosa” (arts. 720, 721, 722, 723, 1002, 1251, etc.), o de la “prestación” (arts. 1129, 1328 -*hacer alguna cosa*-, 1354, etc.), provocando con todo ello una confusa⁹⁶⁴ situación⁹⁶⁵.

Por otro lado, los requisitos naturales eran aquellas estipulaciones que se integraban al contenido del contrato por disposición expresa de la ley pero que admitían pacto en contrario⁹⁶⁶. Un

(⁹⁶²) *Ibíd.*

(⁹⁶³) *Cfr.* DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1822.

(⁹⁶⁴) ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 46.

(⁹⁶⁵) La referida confusión quedaba confirmada cuando se atendía a la doctrina. Así, para un sector de ella, la problemática en torno al objeto, de herencia francesa, debía solucionarse afirmando que “el objeto del contrato es el derecho que las partes quieren crear al contratar; y la cosa ó el hecho al que este derecho se aplica, este es el objeto de la obligación” (Ídem, pp. 45-46). Al contrario, otro sector sostenía que el objeto del contrato era la cosa (GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 609). Finalmente, algún autor se animaba a señalar que “el objeto debe ser externo, como que el contrato no es otra cosa que la expresión social del derecho, y este tiene por objeto las cosas materiales y las acciones externas de los hombres” (FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 275).

La falta de certidumbre, de otro lado, también se presentaba con la categoría de la causa (el cual para un autor era “el fin inmediato y esencial en vista del cual se contrata”, *v.* ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 48) y su relación con el objeto y el “motivo”, al punto que para distinguir las dos primeras se planteó las preguntas ¿por qué debe? (causa) y ¿qué debe? (objeto), y para diferenciar la última con la primera se dedujo que esta era una “causa remota accidental” en desmedro de aquella (causa inmediata y esencial) (Ídem, p. 50).

(⁹⁶⁶) *Ídem*, p. 24.

ejemplo de ello, según Ortiz de Zevallos, era lo dispuesto en los arts. 1415 y 1416, en donde se establecía la responsabilidad por evicción y la posibilidad de pactar en contra de ello⁹⁶⁷.

Por último, los elementos accidentales eran aquellas estipulaciones que básicamente incidían sobre la eficacia del contrato; a saber, el plazo y la condición⁹⁶⁸.

De cualquier manera, la incorporación legal de “requisitos” sin los cuales no podían ser estos válidos, y su posterior subordinación al momento de incorporarlos dentro del “concepto” de “contrato”, nos permite reafirmar que a nivel legislativo y dogmático, *contrato = consenso* durante la vigencia del Código Civil de 1852.

Finalmente, la influencia francesa también se vería cristalizada en lo que respecta a los límites a la autonomía del particular (las leyes y las buenas costumbres *ex art.* 1255), el principio de relatividad del contrato (art. 1256), la aceptación del tercero como requisito *sine qua non* para la eficacia de las estipulaciones en favor de terceros (herencia del Derecho Romano), la regulación normativa de la promesa de venta (*promesse de vente*) -en el Código Civil de 1852 no se regulaba el contrato preliminar (*Vorvertrag*) de origen alemán-, o la condición resolutoria (como resolución por incumplimiento), entre otros.

En cualquier caso, como puede verse de este breve repaso, la construcción legislativa y desarrollo doctrinario del contrato no vinculó a este una función de protección. Siempre ligó a este un rol positivo o de motor de intercambio económico.

3.3. Otra de las fuentes de las obligaciones eran los cuasi-delitos.

Esta, a pesar de haber sido tomada principalmente del *Code*, no fue ubicada sistemáticamente de la misma manera en el Código Civil de 1852⁹⁶⁹. Así pues, “mientras que el Código francés incluía este concepto dentro de un título dedicado a los compromisos que se forman sin convención, el Código Echenique lo colocaba dentro de la sección que se refiere a las obligaciones que nacen del

⁽⁹⁶⁷⁾ Ibíd.

⁽⁹⁶⁸⁾ Ibíd.

⁽⁹⁶⁹⁾ La regulación de los cuasi-delitos se encuentra en el Libro Tercero Sección Séptima.

consentimiento presunto, como si la indemnización por daños y perjuicios surgiera de una suerte de consentimiento tácito del causante para pagar por los daños que ocasione⁹⁷⁰”.

Ahora bien, el art. 2190 señalaba que “cuasidelitos son unos hechos ilícitos cometidos solo por culpa y sin dolo”. Como puede preverse, esta norma tenía como antecedente directo lo dispuesto en el art. 1987 del Proyecto de Código Civil de 1847. La incorporación de dicho artículo en el nuevo código supuso que, a primera vista, el potencial dilema conceptual en torno a la regla de tipicidad o atipicidad del ilícito encuentre camino libre para ubicarse como el principal de los problemas en materia de responsabilidad *quasi ex delicto*.

Sin embargo, una sucesiva revisión del cuerpo normativo permitirá despejar y aclarar el anterior postulado. En efecto, el art. 2191 de dicho código establecía, en su primer párrafo que “cualquiera que por sus hechos, descuido ó imprudencia cause un perjuicio á otro está obligado á subsanarlo”. Así pues, la lectura conjunta de ambos artículos derivaba en una contradicción, toda vez que el primero recogía un sistema cerrado, y el segundo, al contrario, herencia de la experiencia francesa⁹⁷¹, la regla de la atipicidad. El proyecto de 1847 no contenía una regla como la del primer párrafo del art. 2191 del Código Civil de 1852.

La doctrina peruana de la época no advirtió los inconvenientes de lo anterior⁹⁷², decantándose por reconocer en el art. 2191 la recepción del modelo del *Code* y con ello la presencia de una cláusula general de responsabilidad que permitía que cualquier daño sufrido “por hechos, descuido o imprudencia” de un agente sea susceptible de resarcimiento en sede judicial.

Pese a lo anterior, la regla contenida en el art. 2191 no dilucidaba la cuestión de la imputabilidad del ilícito. Para determinar ello, era necesario recurrir al art. 2210 del Código Civil de 1852, el cual

(⁹⁷⁰) Cfr. **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando**. *La responsabilidad extracontractual en la historia del Derecho Peruano...* *óp. cit.*; p. 209.

(⁹⁷¹) *Ibíd.*

(⁹⁷²) En esta materia, vale decirlo, la doctrina nacional fue sumamente superficial. Al respecto, v. **SILVA SANTISTEVAN, José**. *óp. cit.*; p. 168 y ss.; **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Cuasi delito”. En: ID. *Diccionario de la Legislación Peruana*. vol. I. A-E. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 665 y ss.; **FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA**. “Voz: Cuasi-delitos”. En: *Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana*. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, pp. 848-849; entre otros.

estipulaba que “el que sin culpa alguna causa daño, no está obligado á la reparación”. Así pues, en el sistema de responsabilidad *quasi ex delicto* del Código Echenique, la culpa era el fundamento de la responsabilidad⁹⁷³, aun cuando para algunos autores, el Código Civil de 1852 exhibía cierta tendencia por alejar la responsabilidad de la culpa (en su sentido más tradicional)⁹⁷⁴.

A pesar de ello, la regulación de la responsabilidad extracontractual presente en el Código Civil de 1852 daba cabida a atenuar el marco de acción de la culpa como único fundamento de la responsabilidad, siendo expresión de ello una serie de hipótesis de responsabilidad en donde el rol de la culpa parece quedar rezagado⁹⁷⁵, como *p.e.* en la responsabilidad por animales (regla más estricta que la contenida en el *Code*) o por cosas inanimadas. De cualquier manera, la colocación de la culpa como principio rector en tema de imputación (ligada a una concepción canónica) motivaba a que dentro del contexto nacional sea posible plantear imputaciones basadas en *culpa in eligendo* o en *culpa in vigilando* (no reconocidos legislativamente), buscando con ello salvar el rol de la culpa en un *medio* en donde la atribución de responsabilidad en base al significado canónico de esta resultaba en ocasiones “imposible”.

Por otro lado, un último aspecto que merece comentario es el relativo a la carga de prueba y el plazo de prescripción de la “acción” (pretensión, en estricto).

A diferencia de lo primero, lo segundo no presenta mayor duda, dado que el art. 2207 del citado código fijaba el mismo en tres años. Respecto a lo primero, la duda se instalaba, toda vez que

(973) *v. DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.* La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 89; ID. *La responsabilidad extracontractual en la historia del Derecho Peruano... óp. cit.*; p. 209. Anteriormente, **OLAECHEA, Manuel Augusto.** “Memorándum. Art. 1136”. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes – Concordancias - Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina - Jurisprudencia. Tomo III. De los derechos reales – Del derecho de las obligaciones. Lima: S/E, 1977, p. 746 (se trata de la recopilación de las actas de la comisión que elaboró el Código Civil de 1936). ID. *El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil.* En: *Rev. jur. per.*, núm. 8, 1944, p. xi y ss. (*tb.* reproducido en GUZMÁN FERRER, Fernando. *óp. cit.*; p. 748. En adelante, el citado corresponderá a esta última versión); **REY DE CASTRO, Alberto.** *óp. cit.*; p. 383; **VIDAL RAMÍREZ, Fernando.** “Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación peruana”. En: AA.VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.* Lima: Grijley, 2004, p. 830; entre otros.

(974) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** “Memorándum. Art. 1136”. *óp. cit.*; p. 746, quien señalaba que en materia de maestros, patronos, comitentes, porteadores y en general las señaladas en el art. 2198 Código Civil de 1852 la responsabilidad no se derivaba de la noción de “falta” sino del “concepto objetivo de la reparación de riesgos dimanantes de la idea de empresa”. Más adelante incidiremos sobre esta materia.

(975) *Ibíd.* En contra, **MANZANILLA, José Matías.** *La responsabilidad por los accidentes del trabajo... óp. cit.*; p. 22.

la sección correspondiente a la responsabilidad *quasi ex delicto* no contenía una norma expresa en ese sentido.

Frente a dicho escenario, lo que sucedió fue que la regla sobre carga de la prueba presente en la sección correspondiente a las obligaciones terminó siendo extendida al régimen de responsabilidad extracontractual, contribuyendo a tal propósito el hecho que el art. 1268 del Código Civil de 1852 no limitaba su aplicación a la culpa contractual, siendo posible entonces su empleo en materia de culpa aquiliana. De esta manera, el sujeto lesionado (víctima) era quien debía probar la culpa del agente lesivo a efecto de que se ampare su pretensión de responsabilidad civil⁹⁷⁶. En consecuencia, el sistema de responsabilidad *quasi ex delicto*, al seguir la regulación de la culpa presente en la sección correspondiente a las obligaciones de fuente convencional, tampoco presentó una fórmula legal de presunción de culpa, asemejándose en este aspecto al *Code*.

Planteado el sistema de responsabilidad delictual, pasemos ahora a advertir si estos criterios de sistema impulsaron una contradicción en el sistema una vez contrastados con la *necesidad extrajurídica*, o si el asunto relativo a la tutela de los bienes patrimoniales y personales mereció un tratamiento diverso durante la vigencia del Código Civil de 1852.

3.4. El contexto afrancesado que regía la vida jurídica de la República durante la segunda mitad del siglo XIX, y que influenció en la legislación civil, no redujo al Código Civil de 1852 a la condición de copia o reproducción del *Code*⁹⁷⁷, como si sucedió con el *Código Civil Santa Cruz*. En ese sentido, la regulación peruana sí presentaba fórmulas legales distintas cuando no novedosas respecto del código de Napoleón⁹⁷⁸.

Anclado en un contexto en donde a nivel macro la dogmática de la descomposición de los conceptos se hallaba ausente, y a nivel micro la noción de obligación seguía la tradición romana, las aisladas tentativas por abstraer la *obligatio* resultaban en vanos esfuerzos que en última instancia se reducían siempre a la “prestación” (García-Calderón), y con ello la afirmación de un *status quo* en

⁽⁹⁷⁶⁾ Ídem, p. 14; **REY DE CASTRO, Alberto**. *óp. cit.*; p. 383.

⁽⁹⁷⁷⁾ *v. BASADRE, Jorge*. *Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852... óp. cit.*; p. 370.

⁽⁹⁷⁸⁾ *Ibíd.*

donde los términos “obligación” y “derecho” se reproducían por doquier, copando el repertorio lingüístico del operador jurídico.

Descartada la posibilidad de una construcción dogmática en torno a la “obligación”, alejada quedaba también la oportunidad de distinguir diversos intereses dentro una relación lineal marcada por su “simplicidad” cuando no por representar en estricto una auténtica “relación de prestación”.

La teoría alemana de los «deberes de protección» como síntesis de un proceso deductivo de conocimiento resultaba una quimera también durante los años sucesivos a la promulgación del Código Civil de 1852.

Pero como tuvimos ocasión de plantear anteriormente, en un contexto como el peruano, con las particularidades ya resaltadas, ¿no resulta acaso un despropósito estudiar un fenómeno que en su sustrato final se reduce a la tutela de los bienes personales y patrimoniales (en el contrato) a partir de una experiencia (alemana) que no encontraba correlato en el Perú de esos años?

Si los *Schutzpflichten*, de acuerdo a lo estudiado en el Cap. I, eran resultado del referido “proceso deductivo”, en una experiencia como la peruana, ¿podría ser ella, al contrario, consecuencia de un “proceso inductivo”, algo más cercano, pero no por ello idéntico, a la experiencia francesa?

Hasta el momento queda algo claro: la evolución peruana en la materia hasta mediados de siglo XIX indica que los rastros de tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato presentaban un carácter típico y, agreguemos, legal; esto es, que se presentaban en conformidad con un determinado tipo contractual por virtud, única y exclusivamente, de la ley.

Corresponde confirmar esta tendencia.

3.4.1. La responsabilidad contractual en el sistema del Código Civil de 1852 se fundaba por el incumplimiento culposo de la obligación (prestación) por parte del deudor (sujeto obligado) que consecuentemente lesionaba un específico interés de prestación (o de cumplimiento de la obligación) del acreedor.

Con cierto matiz, y si se hubiese formado una teoría en relación con las *obligaciones accesorias* de García-Calderón, el incumplimiento pudiese haber recaído también en estas, y no solo en las obligaciones principales. Pero si la “obligación” era en puridad una relación de prestación, la responsabilidad *ex contractu* no podía exceder de ella. Sin embargo, un rápido examen de las normas presentes en el Código Civil de 1852, sobre todo en la sección relativa a contratos típicos, nos puede mostrar algunas discordancias a nivel normativo que resulta importante presentar.

Para mayor claridad, trataremos a continuación los siguientes casos: (i) contrato de arrendamiento; (ii) contrato de transporte (porteador); (iii) contrato de hospedaje; y (iv) contrato de comodato.

(i) Dentro del contrato de arrendamiento (locación)⁹⁷⁹, en lo que respecta a las obligaciones del locador, se reconocía que “el locador está obligado á entregar la cosa arrendada en el tiempo convenido y en estado de servir al objeto de la locación”. Asimismo, el art. 1587 señalaba que “también está obligado el locador: 1. A manifestar al conductor el vicio oculto que tenga la cosa arrendada; 2. A mantener al conductor en el uso de ella durante el tiempo de la locación; 3. A defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener ó quiera ejercer algún derecho sobre ella; 4. A soportar todas las pensiones y cargas reales que graviten sobre la cosa; 5. A hacer en ella los reparos necesarios que, por pacto ó costumbre, no sean de cuenta del arrendatario”.

En la regulación del contrato de arrendamiento, resultaba claro que el deudor (arrendador) tenía como obligación principal entregar el bien arrendado al acreedor (arrendatario) a efectos de que este último pueda emplear la misma en su beneficio⁹⁸⁰. Para lograr que el interés (a la prestación) del acreedor efectivamente se materialice, resultaba imprescindible que a la sola entrega se acompañe el desempeño de otros comportamientos a cargo del deudor; básicamente los señalados expresamente

(⁹⁷⁹) Sobre el particular, *v.* **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Arrendamiento”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 199; **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 200 y ss.; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 192.

(⁹⁸⁰) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; pp. 203-204; **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Arrendamiento”... *óp. cit.*; p. 199.

en el art. 1587⁹⁸¹. El carácter de accesoriedad (dependencia) de estos respecto de la prestación principal, y funcionalidad en relación con el contrato, nos conmina a pensar que ellos adoptaban la fisonomía de los deberes accesorios conforme la dogmática alemana, de ahí que un sector de la doctrina haya señalado que dichas “obligaciones” eran en realidad una descomposición de la compleja obligación principal⁹⁸².

La sintonía conceptual advertida anteriormente no se reprodujo a propósito de las “obligaciones del conductor”.

El deber principal del “conductor” en el contrato de arrendamiento yacía en el pago de la renta convenida dentro del plazo previsto (art. 195.2). Sin duda, la entrega de la cosa y el pago de la renta (aunado al plazo) representaban los rasgos que caracterizaban al tipo contractual de locación de bienes⁹⁸³. Pero no conforme con ello, el Código Civil de 1852 reconocía otras “obligaciones”; entre estas, cuidar la cosa y darle el destino convenido (art. 1595.1), dar aviso de usurpación o imposición de servidumbre (art. 1595.3), devolver el bien luego de culminada la locación sin mayor deterioro que el uso ordinario (art. 1595.4), a no abusar de la cosa arrendada (art. 1595.5), y hacer los reparos correspondientes (art. 1595.6).

Una primera observación sobre estas “obligaciones adicionales” a cargo del arrendatario permite apreciar que estas no necesariamente tenían incidencia directa sobre el contenido de la prestación; o lo que es lo mismo, su realización no impactaba en la satisfacción del interés de prestación del acreedor (locador), el cual se deducía en el pago de la contraprestación (renta)⁹⁸⁴.

Si se profundiza en el asunto, de alguna manera, la configuración de estas “obligaciones adicionales” no hacían otra cosa que reconocer en la esfera del acreedor (arrendador) un interés que

(⁹⁸¹) De ahí que un autor señale que de la obligación referida en el art. 1584 nacían otras varias, básicamente las desarrolladas en el art. 1587 del Código Civil de 1852, *v. OLAECHEA, Manuel Augusto*. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 202.

(⁹⁸²) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 215.

(⁹⁸³) Ídem, p. 201 y ss.; **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Arrendamiento”... *óp. cit.*; p. 203; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 195.

(⁹⁸⁴) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 222.

no se reducía a la prestación de cobrar las rentas, sino que tenía por objeto cautelar que la cosa entregada en arrendamiento siga siendo útil en su favor una vez terminado el plazo del contrato (consecuente devolución). Para tal propósito, el Código Civil de 1852 establecía en la esfera del conductor una serie de deberes de cuidado y aviso en favor del locador cuya naturaleza durante la vigencia de dicho cuerpo normativo no resultaba cuestionada toda vez que el sintagma “obligación” era capaz de englobar estas manifestaciones concretas del comportamiento *in obligatione*, y sin que ello represente una *contradictio in adiecto*⁹⁸⁵.

Por lo demás, dichos deberes de cuidado y aviso no tenían por objeto la tutela de un interés positivo de prestación de orden convencional; al contrario, la existencia de un interés en el “cumplimiento” de dichos deberes era el presupuesto que fundaba la regla, por ello dichos deberes no podían sino ser de orden legal, incorporándose al contrato en virtud del Código Civil de 1852.

Durante la vigencia de dicho cuerpo normativo, el “descubrimiento” del interés de protección aún no había ocurrido, de modo que lo único que podía ser referenciado era el *Leistungsinteresse*. La ausencia de concordancia entre este último y el primero hace suponer, no sin razón, que dichos deberes de aviso y cuidado no presentaban una naturaleza similar al deber central de prestación o a los deberes accesorios, a pesar de que todos ellos -en última instancia- formaban parte del contenido de la relación contractual de arrendamiento.

La sola concepción de los deberes de aviso y cuidado como “obligaciones” imponía que su “incumplimiento” habilite al resarcimiento de los daños en favor del acreedor (art. 1596). Sin mayor discusión a nivel de doctrina, la vía reservada para ello era la responsabilidad *ex contractu* (incumplimiento de una “obligación” del contrato).

(⁹⁸⁵) Para comprobar ello, basta remitirse al discurso de Ortiz de Zevallos, Ídem, p. 222 y ss.

(ii) El asunto en tema de responsabilidad derivada del contrato de transporte (portadores)⁹⁸⁶ es de suyo harto complicado como lo demuestra la experiencia francesa, siendo que en nuestro *medio* la misma contaría con disposiciones generales contenida en el Código Civil de 1852, básicamente entre los arts. 1637 y 1639, y más adelante mediante regulación especial. Por ahora corresponde analizar lo que concernía al Código Echenique.

En principio, el art. 1637 del Código Civil de 1852 establecía que “los que en virtud de cierto precio, alquiler ó flete, se encargan de conducir ó llevar de un lugar á otro, personas ó cosas, sea por tierra ó por agua, están obligados á guardar y conservar todo lo que se les confía, como los posaderos de quienes se habla en el título del depósito”.

Por su parte, el art. 1638 agregaba que “la responsabilidad de estos portadores con cualquier nombre que se les distinga, es no solo de lo que reciban en el lugar de donde salen ó principian su viaje, sino de lo que se les entregue en cualquier punto del tránsito, á ellos mismos ó a sus comisiones que van cuidando de la carga”.

Por último, el art. 1639 enunciaba que “estos portadores tienen obligación de poner á las personas y entregar las cosas en el lugar convenido. Son de su responsabilidad los daños, las pérdidas, los hurtos y las averías que hayan sobrevenido; á no ser que prueben que ocurrieron estos accidentes sin culpa suya y por caso fortuito que no pudieron evitar, ó por causa de la misma naturaleza ó vicio propio de las cosas, ó por fuerza mayor”.

Para reconstruir los rasgos típicos del contrato de transporte durante la vigencia del Código Civil de 1852 debemos enfocarnos en el referido art. 1637. Básicamente, según este, el contrato de transporte era aquél en virtud del cual una de las partes (porteador) se obligaba a conducir o llevar de un lugar a otro (lugar convenido, art. 1639) a personas o cosas a cambio de recibir como contraprestación una suma dineraria específica. En algunos casos, el transporte se realizará por tierra,

(⁹⁸⁶) La doctrina nacional sobre el particular no era abundante, *v.* **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Portador”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, p. 830; **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 263 y ss.; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 213.

y otras por agua (marítimo y fluvial), no reconociéndose el transporte aéreo por la ausencia de técnica en ese sentido⁹⁸⁷.

Siendo ello así, en el contrato de transporte la prestación a cargo del transportista era trasladar una persona o cosa de un lugar hacia otro. Este deber principal se vinculaba directamente con el interés específico de la contraparte en ser transportada, debiendo asumir el porteador además la realización de los deberes accesorios que para tal propósito resulten necesarios, sea desde la obtención de los permisos administrativos, de ser el caso, la implementación adecuada de los aparatos técnicos que tal empresa exigía, hasta la entrega de las cosas transportadas (no aplica para el caso de personas) una vez arribado al lugar convenido (art. 1639)⁹⁸⁸.

Ahora bien, el Código Civil de 1852 hacía de cargo del porteador no solo la “obligación de transportar”, sino también la guardia y conservación de lo que se confiaba (personas o cosas), como los posaderos. Así pues, los porteadores, como los posaderos y hosteleros, eran responsables como “depositarios” (necesarios) de las pérdidas o daños que padezcan los viajeros transportados (sea por hurto, avería, sin limitación), a no ser que prueben la *ausencia de culpa* o la *causa no imputable*. Operaba en este caso una hipótesis de inversión de la carga de la prueba (de la no culpa) respecto del régimen general de responsabilidad *ex contractu*⁹⁸⁹.

Sin embargo, si se atendía a la regulación de los porteadores presente en el Código de Comercio de 1853, esta última conclusión podría verse controvertida desde que su art. 152 establecía que, salvo pacto en contrario, “(...) las mercaderías se transportan a riesgo y ventura del propietario, y no al del portador, si expresamente no se ha convenido lo contrario. En su consecuencia serán de cuenta del propietario todos los daños y menoscabos que sobrevengan a sus géneros, durante el transporte, por

(⁹⁸⁷) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Portador”... *óp. cit.*; p. 830. Otro autor sostenía que la fórmula legal podía comprender también el caso del transporte aéreo, cuando exista en el país (**ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 263).

(⁹⁸⁸) Ídem, pp. 263-264.

(⁹⁸⁹) En contra **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 213, quien sostenía que “en realidad no es más que una presunción *juris tantum*. No vemos en ella derogación alguna sino una perfecta aplicación de la obligación de dar que comprende la de entregar en el estado en que se recibió y en el tiempo convenido”.

caso fortuito inevitable, por violencia insuperable, ó por la naturaleza y vicio propio de los mismos géneros, quedando á cargo del porteador probar esta ocurrencias en forma legal y suficiente”.

De la lectura de esta última regla, así como lo dispuesto en el art. 156, la responsabilidad del porteador, en lo que respecta a las “mercaderías”, llegaba hasta el límite de la causa no imputable, correspondiendo a este ofrecer la prueba positiva de ello acreditando que en la generación de la causa no imputable, de alegarlo y probarlo el propietario, no operó negligencia suya ni falta de precauciones que el uso tiene adoptadas entre personas diligentes (art. 157).

A diferencia del Código Civil de 1852, la responsabilidad del porteador, conforme al Código de Comercio de 1853, pasaba de ser subjetiva a objetiva⁹⁹⁰, pero solo en lo que correspondía a bienes patrimoniales. Respecto de los bienes personales (transporte de personas), sus reglas seguían siendo definidas por el Código Echenique.

La misma circunstancia se presentaría con el Código de Comercio de 1902, una vez derogada la primera legislación comercial de la Nación⁹⁹¹.

Ahora bien, fuera del asunto relativo a la imputación de la responsabilidad, la naturaleza de los deberes de cuidado a cargo de los porteadores era el asunto clave en materia de contrato de transporte. En efecto, como se adelantó, dichos deberes no se identificaban con el deber central de prestación o con los deberes accesorios a cargo del transportista ni con las demás posiciones jurídicas que como parte de un contrato de transporte se conformaban. Ocurría sin duda una circunstancia similar a cuanto fue tratado en materia de las obligaciones del arrendatario: la norma disponía una regla construida a partir de un presunto interés adicional y distinto a la prestación de parte del acreedor, en donde dicho deber no encontraría su fuente en la voluntad.

Lo complejo de lo anterior, se maximizaba con lo dispuesto en el art. 2195, en donde se señalaba que “de las cosas pérdidas ó robadas en un buque ó posada, es responsable el patrón ó posadero, según las reglas prescritas en el título del depósito”. En otras palabras, y ciñéndonos de

⁽⁹⁹⁰⁾ Sobre el punto, aunque sin detalle, **OLAECHEA, Manuel Augusto**. “Memorándum. Art. 1136”... *óp. cit.*; p. 746.

⁽⁹⁹¹⁾ Para verificar ello, *v.* art. 356 y art. 357 del Código de Comercio de 1902.

momento en el porteador, ¿las cosas pérdidas o robadas en el buque (transporte fluvial) derivaban en una responsabilidad *ex contractu* o *quasi ex delicto*? De ser el primer caso, la hipótesis planteada podría sostenerse, de lo contrario, lo segundo implicaría que el interés reconocido al transportado era idéntico al del *alterum non laedere*.

Como puede verse, en favor de descartar lo primero y decantarse por lo segundo está el hecho que dicha norma se encuentra contenida en la sección correspondiente a las obligaciones provenientes del cuasi-delito (Título III). Así pues, si el resarcimiento derivado de la pérdida de las cosas en los buques era contractual, no habría habido necesidad de recalcarlo en la sección extracontractual.

No obstante, una tesis extracontractual no hubiera explicado el porqué de la referencia al contrato de depósito, si la propia regulación de dicho contrato explicaba la obligación de custodia en términos de diligencia como el *Code*.

Para maximizar la incertidumbre, el art. 2195 del Código Civil de 1852 hablaba únicamente de pérdida o robo de “cosas”; no obstante, en la regulación del porteador, los daños que podían ocurrir en materia de transporte no se limitaban a las cosas encargadas, sino también a las personas transportadas. Así pues, de aceptar la tesis extracontractual, esta se tendría que limitar a las cosas, por lo que la tutela de los bienes personales debía quedar a merced de la responsabilidad *ex contractu*. Pocas luces habían sobre el particular.

El sistema dual planteado líneas atrás aparece más como un error en la técnica legislativa antes que en una posición del legislador. Sistemáticamente, el Código Civil de 1852 pretendía asemejar el *deber de cuidado* del porteador en la *diligentia in custodiendo*, (v. *Código Civil Santa-Cruz*), siendo que la responsabilidad por custodia a la cual se refería el depósito era de naturaleza contractual. Con cargo a revisar más adelante la validez de ello, lo cierto es que esta es la justificación de porqué la norma extracontractual direcciona el tratamiento especial de la responsabilidad del porteador a la reglas del depósito.

Solo los autores que seguían la exégesis en su faceta más elemental llegaron a una solución contraria⁹⁹².

Luego veremos que esta discusión se prolongará a propósito de la regulación del transporte de ferrocarriles.

(iii) El Código Civil de 1852⁹⁹³ no destinó una sección particular para el contrato de hospedaje. De hecho, la referencia de este consta en la parte relativa al contrato de depósito, en parte porque para el legislador de ese entonces, el hospedaje o la posada funcionaban en estricto como depósito (necesario)⁹⁹⁴, pero siendo la responsabilidad de los posaderos “más grave” que la de los últimos (caso fortuito y dependientes)⁹⁹⁵.

En buena cuenta, el contrato de hospedaje suponía la obligación de dar habitación y estaba a los viajeros a cambio de una contraprestación, no especificándose la naturaleza dineraria de esta última. Siendo ello así, la obligación principal del huésped era procurar el ambiente en donde el viajero pernoctará. Para ello era necesario además que dicho lugar se encuentre con todas las comodidades (muebles, utensilios, aparatos, limpieza, entre otros) que permitan satisfacer el interés del acreedor. Lo último se materializaba en auténticos deberes accesorios que no respondían al pacto sino a la necesidad de cumplir con la prestación.

Al igual de lo que sucedía para el caso de los porteadores, el hospedaje suponía la obligación en cabeza del deudor de cuidar de los bienes de los viajeros. Según M. A. Olaechea, esto se originaba “en la necesidad de garantizar la seguridad de los viajeros que carecen de medios para conocer la moralidad de los posaderos (...). Como origen histórico puede tener la mala fama que los posaderos tenían en la Edad Media; como fundamento positivo, los enunciados antes (señalados), por lo

⁽⁹⁹²⁾ *v.* FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Cuasi-delitos”... *óp. cit.*; p. 349, los cuales enunciaban las hipótesis de responsabilidad *quasi ex delicto* sin reparar con cuidado en ninguna en especial.

⁽⁹⁹³⁾ GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Hostelero. Hostería”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, p. 272; FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA. “Voz: Cuasi-delitos”... *óp. cit.*; p. 663; ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 393 y ss.; OLAECHEA, Manuel Augusto. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 259 y ss.

⁽⁹⁹⁴⁾ Ídem, f. 259.

⁽⁹⁹⁵⁾ *Ibíd.*

frecuentados que son esos establecimientos por gente de toda clase y por lo común que es viajar en los tiempos actuales⁹⁹⁶.

Dicho deber de cuidado (o de seguridad ajena) no aparecía como un deber accesorio del deber principal de otorgar un lugar adecuado en donde alojarse. La pregunta formulada anteriormente sobre la naturaleza de dicho deber resulta extensible para este caso, encontrándose la respuesta entre el convenio y la ley, si es que ella no era en realidad el deber genérico de no dañar a otros.

Esta incertidumbre también se veía agravada por el hecho que el art. 2195 del Código Civil de 1852 hablaba de una responsabilidad del posadero por la pérdida de las cosas en la sección de las obligaciones *quasi ex delicto*.

Frente a esta circunstancia, en donde el contrato de hospedaje y la responsabilidad del porteador presentaban similitudes en relación con su regulación en el cuerpo normativo, debe extenderse la hipótesis formulada anteriormente, en el sentido que el Código Civil de 1852, luego de una lectura sistemática, pretendió identificar al *deber de cuidado* del posadero y el porteador en la *diligentia in custodiendo* del depositario, de ahí que las reglas de este contrato (depósito) hayan aplicado a aquellos otros, asumiendo por consiguiente tal deber naturaleza contractual. Otra explicación no podría haberse formulado, sobre todo en lo que refiere a la pretendida distinción entre responsabilidad por cosas y por personas a la que podría hacerse alusión a raíz de la redacción del citado art. 2195.

Ahora bien, lo anterior no quita que esta operación conceptual haya sido más consecuencia de una necesidad que fruto de la más pura lógica jurídica: sencillamente, y bien visto el asunto, el legislador no sabía cómo justificar la imposición de un deber de cuidado (a un tipo contractual distinto) que no sea a través de imponer una “obligación de custodia” (reconocida legalmente para un específico tipo).

⁽⁹⁹⁶⁾ Ibíd.

Finalmente, debe enfatizarse una cuestión adicional: la responsabilidad de los posaderos surgía en beneficio únicamente de los viajeros y no se extendía a otros negocios que no sean hostales o posadas (salvo el transporte por disposición legal), como restaurantes o café⁹⁹⁷. Como afirmaba un sector de la doctrina, el supuesto era específico y restringido⁹⁹⁸; en otras palabras, *típico y legal*.

(iv) Con respecto al comodato⁹⁹⁹, la regulación del Código Civil de 1852 preservaba la discusión en torno a la responsabilidad derivada de los daños ocasionados como consecuencia de incumplir el *deber de aviso* (dolo) de la existencia de vicios ocultos por parte del comodante (art. 1832.1), y sobre la cual nos hemos referido a propósito de los antecedentes del Código Echenique.

Demás está decir que la sección correspondiente a la responsabilidad *quasi ex delicto* no regulaba la materia, por lo que todo se decidía por lo dispuesto en la parte de contratos típicos.

Si se trae a colación lo expuesto anteriormente, es posible advertir una manifiesta incertidumbre con relación a la naturaleza de dicho *deber de aviso*, aun cuando la consecuencia del incumplimiento y los daños generados quedaba reservado para la tutela *ex contractu*, la cual -en esa óptica- no quedaba limitada al incumplimiento del deber principal de prestación del comodante; esto era, la entrega de la cosa no fungible (art. 1825).

Lo anterior se ve magnificado por el hecho que la doctrina de la época, bajo la premisa que el comodato (contrato real *ex art.* 1825) representaba un contrato unilateral¹⁰⁰⁰, indicaba que las “obligaciones” del comodante (entre estas el deber de aviso) no resultaban del contrato de comodato, y que cuando el contrato se formaba, no habían obligaciones sino por parte del comodatario¹⁰⁰¹. Esto

(⁹⁹⁷) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 395

(⁹⁹⁸) *Ibíd.*

(⁹⁹⁹) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Comodato”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 509; **FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA**. “Voz: Comodato”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 200; **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 351 y ss.; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 259 y ss.

(¹⁰⁰⁰) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 360; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 250.

(¹⁰⁰¹) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 360.

invitaba a alegar que la “obligación de avisar si la cosa prestada tiene algún vicio oculto no nace del contrato, sino, como lo hemos demostrado, del dolo del comodante¹⁰⁰²”. En el fondo de ello había un reclamo a un principio jurídico (no especificado) del ordenamiento que imponía un comportamiento en tal sentido.

Llegado a este punto, y luego de revisado diversos tipos contractuales, queda claro que en ciertas ocasiones el legislador, presumiendo el interés de cuidado de una de las partes, imponía a la otra un deber específico a su cargo cuyo objeto radicaba en cautelar sus bienes personales y/o patrimoniales, según el caso concreto.

Estos deberes presentaban de esta manera dos rasgos muy concretos: (i) su fuente legal y (ii) su carácter típico. En otras palabras, nacían en virtud de lo dispuesto por el Código Civil de 1852, pero siempre dirigidos a un tipo contractual en específico, siendo que en algunas ocasiones la “forma” de configurar estos deberes respondía a la extensión de una “obligación” de otro contrato como sucedía con la custodia. En los casos en donde ni una ni otra “forma” se presentaba, simplemente aparecían como mandatos legales contenidos, en este caso, en el Código Civil de 1852.

En parte por respeto a la autoridad de la ley, y en parte por la propia formación jurídica y el estado de la doctrina, el escenario nacional presentado no despertó mayor curiosidad ni cuestionamiento. Este proceso de reconocimiento de deberes que tenían por objeto cautelar la integridad personal y patrimonial se fue sucediendo con naturalidad desde inicios de la República, y aunque no tengan la misma connotación que los «deberes de protección» alemán o deberes de seguridad francés, si representan en el fondo una manera de tutelar *ex contractu* un interés que no se deducía en la prestación debida, trastocando con ello los dogmas del contrato.

Paralelamente, otro proceso sin igual iba a comenzar. El interés del legislador por cautelar la integridad en las relaciones contractuales empezaría a adoptar otra fisonomía, quizá más cercana ahora sí a la experiencia francesa y alemana. En el fondo de este se ubicará la constatación de una

(1002) Ídem, pp. 360-361. Igualmente, haciendo énfasis en el dolo, *v.* **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 254.

disociación entre una *necesidad extrajurídica* y la *realidad normativa* nacional, que responderá no solo a una cuestión estrictamente jurídica, sino también social y económica.

3.4.2. Como adelantamos, a diferencia de los primeros intentos de codificación de la República, el Código Civil de 1852 surgió en un contexto en donde las condiciones económicas de la Nación comenzaron a virar favorablemente.

En efecto, el Código Echenique tuvo un valor simbólico dentro de un contexto en donde la *prosperidad falaz* a la cual refería Basadre comenzaba a tomar cuerpo como consecuencia del descubrimiento y posterior explotación del guano. La trascendencia de este cuerpo normativo se alejaba del aspecto legal para ubicarse en el escenario contextual de una República que, frente a la prístina y alentadora bonanza económica que los años venideros depararían para el país, adoptó una política de modernización.

Que la decisión sobre la promulgación del Código Civil de 1852 sea tributaria de la intención política no es sorpresa. Pero cuando la política estatal resulta impulsada por el aspecto económico, entonces el código debía ser capaz (en su redacción) de adecuarse a una realidad que necesariamente iba a cambiar (si es que ya no había cambiado) y que era dominada por la fragmentación del país; una que al no ser exclusiva de la política, sino propia también de la sociedad, supuso una “relación de desconexión o fragmentación” a nivel económico (feudalismo imperante sobre burguesía incipiente) y social, que minaba los esfuerzos por reconocer en el Perú un auténtico Estado-Nación (concepción burguesa).

En esa realidad, el escenario de la República evidenciaba un alejamiento con la modernidad que suponían los países capitalistas. La fragmentación antes aludida se materializaba al constatar la ausencia de recursos básicos, caminos, transporte, empresa, fábricas, obreros, entre otros. Se puede decir que el progreso económico que debía sustentar la viabilidad de la República quedaba a la suerte de la incertidumbre desde que los propios postulados de la independencia quedaban vaciados de contenido: libertad cuando existía esclavitud, liberalismo político cuando no había liberalismo económico, peruanismo cuando el discurso no incorporaba al indio, entre otros.

En ese sentido, la época del guano y el salitre salvó a la independencia como empresa económica y, a partir de ello, política. La riqueza de estas trajeron cuantiosos ingresos al Estado que devino entonces en productor de guano y salitre; este era pues el momento para realizar el proyecto de Estado que ideológicamente justificó la República en el instante de su emancipación.

Ahora bien, la construcción de la República supuso “modernizarla” en varios aspectos: eliminando la esclavitud (rezago de países atrasados), dotando de leyes capaces de regular la vida en sociedad, mejorando y construyendo infraestructura, entre otras cosas. Trasladándonos al plano jurídico, estas situaciones tuvieron impacto legal, y recién promulgado el Código Civil de 1852, ya se atestiguaban contradicciones entre la *necesidad extrajurídica* y la *realidad normativa*, en general.

Si la técnica de la codificación fue importada de Europa, su recepción para 1852 debió significar un esfuerzo por compatibilizar las instituciones jurídicas con una realidad nacional que se encontraba en vías de construcción. El problema fue que el Código Echenique fue “construido” antes de que la República se defina así misma, cuando la experiencia del Derecho Continental nos demuestra que el orden de las cosas es el inverso (ejemplar es el caso de la esclavitud reconocida en el Código Civil de 1852 y abolida posteriormente mediante decisión política).

En otros casos la situación fue más compleja.

Sucedió con el caso de las obligaciones y de los contratos; construidas (históricamente) estas para “facilitar la transmisión de propiedad” dentro de un modelo económico que tenía a esta última como su principal activo (sistema del *Code*)¹⁰⁰³. El problema se presentaba cuando se advertía que un sistema de contratación en general basado en la “lógica de la propiedad” no podía configurarse en nuestro *medio* por el mero hecho que a diferencia de la experiencia francesa, el rezago del modelo feudal seguía siendo una de las principales características de la economía peruana, siendo que el feudalismo aparecía como antítesis de la propiedad “privada”, en estricto.

⁽¹⁰⁰³⁾ DI MAJO, Adolfo. Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; pp. 1-21.

No hay duda que esta no era la realidad de toda la República, pero un código como el nuestro, en el que parecía no haberse advertido ello, ni regulado los diversos ámbitos de la vida en sociedad atendiendo a sus propias particularidades, estaba condenado a resultar -en el mejor de los casos- inaplicable, constituyéndose -contrario a sus fines- en un factor más de fragmentación nacional.

Frente a dicha circunstancia, la nueva situación económica, los recursos primarios con los que contaba el país y el posterior surgimiento de una tibia clase burguesa (que no significó la desaparición del modelo colonial), trajo consigo a las industrias y las fábricas, y con ello llegaron también los empleados y los trabajadores, dentro de un contexto inicial (mediados de siglo XIX) que pretendía favorecer -naturalmente- el florecimiento de esta.

Como parte de la “modernidad nacional”, una de las actividades económicas que se promovió fue la construcción de ferrocarriles; “precursores del desarrollo industrial y en la panacea desarrollistas en todo el mundo occidental¹⁰⁰⁴”. Esta debía representar un signo de cambio a nivel político y económico; indirectamente también lo será a nivel jurídico.

3.4.2.1. Luego de las infructuosas tentativas por llevar a cabo la construcción de un camino de hierro entre Lima y el puerto del Callao, y los problemas en relación con las empresas seleccionadas, en 1848 se decidió confiar en los señores Pedro Gonzales Candamo y Manuel Vicente Oyague y Hermano la concesión del primer ferrocarril que se llevó a cabo en Perú y en América del Sur¹⁰⁰⁵.

Respecto al contrato de ferrocarril de Lima al Callao¹⁰⁰⁶, el derecho de construcción del camino ferrocarril fue otorgado por el plazo de 25 años con el propósito de que una vez realizado sirva para el transporte de pasajeros y mercaderías, estipulándose asimismo que la propiedad del camino ferrocarril durará para la empresa el término de noventa y nueve años, contados desde el día que esté concluido y comenzara a servir al público, siendo que al término del mismo la propiedad del referido

⁽¹⁰⁰⁴⁾ *v.* **KLARÉN, Peter.** Nación y sociedad en la historia del Perú. Trad. de Javier Flores. Lima: IEP, 2004, p. 221.

⁽¹⁰⁰⁵⁾ **MEIGSS, Enrique.** Colección de leyes, decretos, contratos y demás documentos relativos á los ferrocarriles del Perú. Tomo II. Lima: Imprenta del Estado, 1877, p. 18.

⁽¹⁰⁰⁶⁾ Sobre el punto, *v.* la recopilación de **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Ferrocarril”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, p. 149.

camino con todas sus tierras, carros, repuestos, edificios y demás que le pertenezcan pasaran al Estado¹⁰⁰⁷.

Dentro de las condiciones en las que fue celebrado dicho contrato, existía una que justifica su tratamiento como parte de este trabajo. En efecto, partiendo de la premisa que en dicho entonces aún no se había promulgado el Código Civil de 1852, las reglas que rigieron el contrato de ferrocarril fueron efecto en su mayoría de la autonomía entre el Estado y el concesionario (en defecto, además, de normas especiales en la materia). Así pues, el art. 12 (dec. 6 dic. 1848) establecía que “la empresa no tiene responsabilidad en los casos fortuitos, ni por las personas, ni por las cosas; pero sí por culpa de sus empleados, fuese dañada alguna persona, será responsable del daño el empleado ó empleados que lo causen, conforme á las leyes. Del mismo modo las pérdidas ó robos que pueden ocurrir en el camino de fierro o estaciones, por culpa de sus empleados, son de cargo de la empresa¹⁰⁰⁸”.

El citado dispositivo (cláusula) partía del principio que la empresa concesionaria no tendría responsabilidad en el caso fortuito, ni por las personas ni por las cosas. A primera vista, pareciera que lo que se busca es determinar que la responsabilidad de la empresa llega hasta la presencia del caso fortuito (imposibilidad). Por supuesto que a todo esto la cláusula busca regular la actividad del transporte de pasajeros y cosas mediante ferrocarril. El asunto es que si ello es así, y la cuestión se redujera al solo traslado, no tendría que haber mayor problema con relación al destino de las cosas y las personas: estas no forman parte del transporte. Sin embargo, solo la duda en relación con ello explica la necesidad de que el contrato deje en claro que la empresa no será responsable por las personas y las cosas.

La potencialidad de los daños que la actividad ferroviaria podía causar no era una cuestión menor. Dicho esto, era absolutamente necesario determinar el destino de los accidentes; de lo contrario, quedaría un vacío en torno a ello, y la consecuente necesidad de aplicar la legislación colonial. Teniendo en cuenta ello, la propia cláusula duodécima reconocía la posibilidad de los daños pero vinculando siempre ello a una actividad humana; una actividad culpable (como sucedía también

⁽¹⁰⁰⁷⁾ Ibid.

⁽¹⁰⁰⁸⁾ Ibid.

en el Proyecto de Código Civil de 1847). Por eso, la responsabilidad quedaba en quien lo causaba: los empleados de la empresa.

A pesar de lo “lógico” de lo anterior, el contrato disponía que las pérdidas o robos que se sucedían en el camino o las estaciones fueran de cargo de la empresa siempre que el hecho respondiera a la culpa de estos últimos. En este caso, y solo en lo que respecta a las cosas, la empresa asumía la “culpa” de los empleados. Fuera de ello, la regla anterior era la que regían los infortunios durante el transporte, básicamente los accidentes fatales.

En este escenario, la producción de accidentes que aparecía como el costo de la actividad ferroviaria terminaba por financiar las ganancias que esta última reportaba al Estado. Así pues, las reglas de no responsabilidad (accidentes) o responsabilidad por culpa (en el caso de las cosas) disuadían la posibilidad de resarcimiento en beneficio de las víctimas, máxime cuando luego la prueba de la culpa (aun en ausencia de norma expresa en ese sentido, pero bajo el principio de quien alega prueba lo alegado) era sumamente costosa para quien sufría los daños. Con ello, se incentivaba la actividad al no trasladar el costo de la actividad (daños) al empresario.

Desde una perspectiva histórica, esta solución no se aleja de la experiencia del Derecho Continental en general, siendo que la tendencia se confirmará en el *medio* nacional.

Algunos años después (dec. 6 ago. 1852), y luego de promulgado el Código Civil de 1852 (29 de julio), se suscribió el contrato con José Hegan para el ferrocarril de Arica a Tacna¹⁰⁰⁹. En dicho documento se estipuló que “la empresa no responderá en los casos fortuitos ni por las personas, ni por las cosas; pero si por culpa de sus empleados sufriese lesión alguna persona ó cosa, será responsable el empleado ó empleados que causen el daño. La empresa responderá de las pérdidas que sufran por culpa de sus empleados las especies que se le hayan entregado para transportarles de un punto á otro¹⁰¹⁰”.

⁽¹⁰⁰⁹⁾ Ídem, p. 148.

⁽¹⁰¹⁰⁾ Ibíd.

Pactando en contra de lo dispuesto legislativamente para el contrato de transporte en el nuevo código, en donde como vimos el transportista asumía la guardia y seguridad de las personas y las cosas transportadas, el contrato de ferrocarril siguió la lógica del contrato para Lima - Callao: el costo de los accidentes no era interiorizado por el empresario salvo que medie la prueba de la culpabilidad.

La misma línea se siguió con relación al contrato de ferrocarril Lima - Chorrillos¹⁰¹¹. En efecto, la cláusula décimo octava establecía que “la empresa no tiene responsabilidad en los casos fortuitos, ni por las personas, ni por las cosas¹⁰¹²”. De igual manera, se estipuló que “si por culpa de sus empleados fuere dañada alguna persona, responderá el empleado conforme a las leyes¹⁰¹³”. El asunto es que a diferencia de los contratos para los ferrocarriles Lima - Callao y Arica - Tacna, para este caso las pérdidas de las cosas ocasionadas por los empleados de la empresa no serían asumidas por esta última así se demuestre la culpabilidad de los primeros.

Con mayor razón, el costo de los accidentes subvencionaba la actividad. De otra manera, quizá no hubiese surgido esta última.

Lo cierto es que esta situación, que desde una esfera macro-sistémica aparecía como necesaria, provocaba una distorsión en la esfera micro-sistémica, de modo tal que la política legislativa comenzó a tomar partido por los “menos” favorecidos, aunque no siempre de la misma manera.

Así pues, toda vez que se compuso un escenario de disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, sea en lo que atañe a la *praxis* contractual, a la regulación del contrato de transporte, y con ello la regla de la carga de la prueba *ex art.* 1268, resultaba “necesario sistematizar el buen régimen de todos los ferrocarriles de la República”, por lo que el Gobierno dictó el Reglamento General de los Ferrocarriles del Perú (o Reglamento) que comenzó a regir a partir del 1 de marzo de 1876.

⁽¹⁰¹¹⁾ Ídem, p. 150.

⁽¹⁰¹²⁾ Ídem, p. 151.

⁽¹⁰¹³⁾ *Ibíd.*

Como parte del Reglamento, el cual tenía por objeto regular tanto el desarrollo de la propia actividad desde un aspecto técnico como la relación entre el empresario (transportista) y el público en general, se dispuso en su art. 16 que “toda empresa de ferrocarril tiene el deber de proporcionar al público, con arreglo á los respectivos reglamentos, las mayores facilidades, comodidades y seguridades posibles, para la conducción de las personas y de sus equipajes, mercaderías y demás objetos de transporte; y de hacer que sus agentes se porten con la mayor urbanidad y compostura”.

Dicho dispositivo demuestra que el transporte por medio de ferrocarril (actividad) suponía en la esfera del empresario no solo la obligación de trasladar de un lugar a otro al pasajero y/o sus pertenencias (en línea con el Código Civil de 1852) sino también el brindar facilidades, comodidades, y en general, las mayores seguridades con relación a la persona del pasajero, sus equipajes y todo aquello que fuera objeto de transporte, resultando para dicho efecto constreñido a que sus agentes (empleados) se porten con la mayor urbanidad y compostura.

De una u otra manera, se puede decir que la tendencia del Reglamento seguía la orientación del Código Civil de 1852. Para confirmar ello, basta observar las sucesivas disposiciones del mismo.

En el art. 8, con relación a la tutela de las personas, se establecía que “el objeto de la seccion de vigilancia de las empresas de los ferrocarriles, es: atender á la rigurosa observancia de los reglamentos y disposiciones referentes al orden público y á la seguridad de las personas, tanto en las estaciones, cuanto en el camino, ya sea dentro ó fuera de los trenes; (...) y de velar por que se cumplan las disposiciones de los mismos reglamentos que tiendan á evitar los daños que puedan sobrevenir á la línea férrea ó á los particulares, por descuido, impremeditación ó culpa de estos”.

Por su parte, en materia de pertenencias, el art. 49 disponía que “son responsables las empresas, de la sustracción ó deterioro de los efectos que se les haya entregado, ya provenga el daño de sus mismos empleados ó ya de los extraños que concurran á sus oficinas. La prueba de los casos de fuerza mayor corresponde á la empresa y mientras no la verifique, quedará subsistente su responsabilidad”.

En todas estas hipótesis, queda claro que el sistema imponía al transportista una obligación legal adicional a la simple prestación de transporte: una obligación de velar por la seguridad de las

personas y sus bienes. En ese sentido, se buscaba evitar la producción de accidentes, entendiendo por estos “todo acontecimiento capaz de poner en peligro la vida, la salud ó los intereses de los pasajeros ó del público en general, aunque tal acontecimiento no sea efecto de la casualidad (...) (art. 109 del Reglamento)”.

De esta manera, los intereses personales (vida, salud) y patrimoniales (pertenencias) de los pasajeros quedaban salvaguardados con la dación del Reglamento cuyas disposiciones se integraban en el contenido del contrato de transporte que en ocasión de la compra del boleto de ferrocarril quedaba conformado por disposición legal (art. 32 del Reglamento)¹⁰¹⁴, encontrándose los particulares habilitados a ejercer las acciones correspondientes en contra de la empresa (art. 112 del Reglamento).

Todo este esquema se complementaba con la necesidad de que cada ferrocarril tenga un “reglamento especial” orientado a la preservación de la esfera jurídica ajena (art. 12 del Reglamento); además de disposiciones en materia de aseo y condición de las estaciones en beneficio de los pasajeros (art. 18 del Reglamento), el estado de los carros y coches (art. 101 del Reglamento), entre otros.

El interés de prestación y de protección de los pasajeros sobre sus bienes y su persona se presentaban en forma clara y concreta en el contrato de transporte de ferrocarril en ocasión del Reglamento. Por consiguiente, el deber de prestación y el deber de cuidado a cargo de los transportistas seguían en cierta manera lo dispuesto para la responsabilidad de los portadores del Código Civil de 1852.

Por último, controversial resultaba también el art. 44 del Reglamento, el cual establecía que “los daños que los pasajeros causen en los coches ó salones intencionalmente ó por imprudencia, deberán ser indemnizados por ellos con arreglo á una tarifa aprobada por el Ministro de Gobierno que se presentará al efecto por cada empresa. El que voluntariamente destruya ó descomponga la via de hierro, ponga obstáculos en ella que impidan el libre tránsito ó puedan producir un

⁽¹⁰¹⁴⁾ La norma exigía que se compre el boleto antes de subir al ferrocarril, no regulando la hipótesis en que los pasajeros abordaran el transporte en desmedro de lo anterior y a continuación ocurriera un accidente desfavorable a ellos, sus pertenencias e incluso menores hijos acompañantes. Esta situación variará con el sucesivo Reglamento de 1908.

descarrilamiento, arroje piedras ú otros proyectiles sobre los trenes, será reducido á prision y sometido al juez respectivo del crimen, para hacer efectiva la responsabilidad civil y criminal en que puedan incurrir los delinquentes, por los delitos de homicidio, heridas y daños de todas clases que puedan resultar”.

¿El referido art. 44 reconocía un deber de seguridad a cargo del pasajero con relación a los bienes del empresario? La cuestión debe ser correctamente enfocada. La norma no impone al pasajero adoptar un comportamiento específico en favor del transportista a efectos de evitar que este sufra perjuicios. De hecho, la “irrelevancia” del interés de protección del empresario se exhibe desde el momento que en el Reglamento, al igual que en el Código Civil de 1852, la responsabilidad se construye desde la óptica del porteador (culpable) y no así del pasajero; este último solo está obligado contractualmente a pagar la tarifa del boleto de ferrocarril.

Por lo demás, y a pesar de cualquier duda en relación con la naturaleza resarcitoria o indemnizatoria de la norma, nada quita que sobre el pasajero (aunque no por dicha condición) se interponga una acción de responsabilidad, sobre todo, y más claramente, en función a lo dispuesto en la segunda parte del art. 44 del Reglamento.

La conclusión a la que hemos abordado se reafirmará posteriormente con la promulgación, algunas décadas después, del Reglamento General de Ferrocarriles de 23 de septiembre de 1908.

En efecto, en el Reglamento de 1908, la seguridad en el servicio fue un objetivo primordial, tanto en lo que respecta a la persona del pasajero como a los bienes que eran transportados. Así pues, los arts. 20, 21 y 33 imponían a la empresa de ferrocarril la obligación de mantener, presentar y emplear una maquinaria capaz de no poner en riesgo al público en general, mientras que los arts. 23, 29 y 63 reconocían una obligación de parte del transportista de proteger la esfera jurídica personal del pasajero, no solo la vida de este frente al riesgo del acaecimiento de un infortunio ferroviario (colisión de trenes o descarrilamiento), sino también la integridad corporal del transportado, la cual podía verse amenazada como consecuencia de un cargamento compuesto de piedras, fierros, maderas, entre otros objetos peligrosos.

La obligación de seguridad del transportista también se extendía a los bienes de los pasajeros. De hecho, la norma preveía que el transportista responda por los bultos y equipajes de los pasajeros (art. 170 y ss.) Pero no solo a estos, sino también a los animales que eran transportados, disponiendo el art. 312 del Reglamento de 1908 que la empresa de transporte debía velar por su condición, proveyendo a estos de alimentación y bebida, a efectos de evitar cualquier daño o perjuicio sobre los animales.

La lógica de garantizar la seguridad de los bienes personales y patrimoniales de los pasajeros en la industria del ferrocarril explica además por qué en la noción de “accidente” del Reglamento de 1908, involucra a las cosas (bienes patrimoniales o efectos de los pasajeros) y la propia persona de quienes se hacían con los boletos para abordar los ferrocarriles.

De esta manera, entre el Reglamento de 1908 y el anterior se presenta una línea de continuidad en donde la constante parecía ser, sin duda, el reconocimiento *ex lege* de una obligación que no se vinculaba al deber principal o accesorio de prestación, así como a ninguna otra posición jurídica que forme parte del contenido de la relación de obligación; en puridad, una obligación de seguridad que confirmaba la fórmula legal general de la responsabilidad de los portadores del Código Civil de 1852.

Este deber de velar por la seguridad quedaba integrado al contrato de transporte de ferrocarril (específicamente), siendo que la responsabilidad derivada de su violación debía seguir en principio la suerte de este contrato, en donde a falta de disposición expresa en los Reglamentos, debía operar supletoriamente la regla general del Código Civil de 1852; esto es, la responsabilidad contractual.

3.4.2.2. La regulación del contrato de trabajo en el Código Civil de 1852 fue indirecta. En efecto, influenciado por el *Code*, este era concebido bajo la impronta de la *locatio conductio*, por lo que el art. 1540 del Código Echenique dispuso que “la locación y conducción es un contrato por el cual una persona cede á otra el uso de alguna cosa, ó se obliga á prestarle un servicio ó trabajo personal, durante un tiempo determinado y por cierta renta convenida”.

Ahora bien, cuando una persona se obligaba a prestar a otra su servicio personal o de industria por cierto tiempo o para una empresa determinada, el Código Civil de 1852, en línea con el art. 1780

*Code*¹⁰¹⁵, reconocía en dicho vínculo un contrato de locación de servicios. Dicho tipo contractual (*locatio conductio operarum*), lejos de su actual connotación (Código Civil de 1984), comprendía la prestación de trabajo de carácter subordinado¹⁰¹⁶.

Luego, el propio cuerpo normativo reconocía como modalidad la “locación de servicios de domésticos”, que no era otra cosa que el trabajo subordinado doméstico o de criados, no compartiendo la misma naturaleza con el régimen de los portadores (transporte) y los operarios (obra), en donde no aparecía el carácter de dependencia¹⁰¹⁷. Finalmente, en materia de criados y obreros (dependientes) la influencia francesa derivó los asuntos laborales a las normas de policía (art. 1636 del Código Civil de 1852)¹⁰¹⁸.

En un contexto en donde las relaciones laborales no ocupaban un lugar preponderante y su regulación quedaba a merced a reglamentos, no sorprende que un sector de la doctrina haya cuestionado dicha situación al atestiguar que los pocos artículos que trataban la materia resultaban inocuos cuando no insuficientes para toda la problemática que podía surgir a propósito de ello¹⁰¹⁹. Dentro del complejo universo que representaban las vicisitudes de orden laboral, había una que merecería especial atención y que podía ser graficada con el siguiente caso:

“un obrero, con motivo del contrato de locación de servicios, es víctima de un accidente. ¿Qué dicen a este respecto los arts. 1633 á 1636?¹⁰²⁰” La respuesta ensayada fue: “absolutamente nada¹⁰²¹”.

Lo cierto es que la ausencia de una regla especial en el cuerpo normativo conllevó a que los obreros que sufrían accidentes en ocasión del trabajo deban apelar a la tutela *quasi ex delicto* conforme

(¹⁰¹⁵) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 255; **SANGUINETI, Wilfredo**. Contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo. Lima: Cultural Cuzco, 1988, p. 53.

(¹⁰¹⁶) Ídem, p. 54.

(¹⁰¹⁷) **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 212 y ss.; **SANGUINETI, Wilfredo**. *óp. cit.*; p. 53.

(¹⁰¹⁸) Ídem, p. 54.

(¹⁰¹⁹) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 254.

(¹⁰²⁰) *Ibíd.*

(¹⁰²¹) *Ibíd.*

al art. 2191 del Código Civil de 1852¹⁰²², y en línea con la experiencia francesa¹⁰²³, en una primera etapa, *ex art. 1382 Code*.

El problema era que, conforme informa un autor, en dicha época, “la mayoría de los accidentes carece de reparación, porque ellos se aprecian con arreglo á los preceptos del Derecho Común, según los cuales los hombres responden por el daño que causan por su descuido ó negligencia, pero el descuido y la negligencia no se presumen y deben ser probados, siendo el demandante sobre el que recae el fardo de la prueba¹⁰²⁴”.

La situación planteada por Manzanilla y confirmada por Ortiz de Zevallos¹⁰²⁵ era correcta. En efecto, como habíamos visto, la culpa en el Código Civil de 1852 fundaba la responsabilidad extracontractual. En ese sentido, en un ambiente (nacional) en donde la responsabilidad por los infortunios laborales durante la segunda mitad del siglo XIX era visto desde el ángulo de la *tutela ex aquilia*, la carga de la prueba de la culpa *ex art. 1268*¹⁰²⁶ correspondía al demandante¹⁰²⁷.

Ahora bien, siguiendo dicha lógica, si el presupuesto era que la prueba de la culpa era sumamente difícil (o imposible) de conseguir para el demandante (circunstancia extrajurídica)¹⁰²⁸, el resultado “inevitable¹⁰²⁹” era que el obrero sufra “la incapacidad ó la muerte sin que las empresas soporten las consecuencias económicas del accidente y sin que contribuyan á aliviar la miseria de las víctimas ó de sus familias¹⁰³⁰”.

(1022) *v. OLAECHEA, Manuel Augusto*. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 216; **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 254; **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 14; **MATOS ZEGARRA, Mauricio**. *Los accidentes de trabajo y en el trayecto al trabajo en el Perú*. En: Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María, 2010 (noviembre), p. 21.

(1023) Ídem, p. 17. Con relación a la experiencia francesa, *v. nuestro análisis de la Obligation de sécurité* en el Cap. I.

(1024) **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 14.

(1025) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 254.

(1026) En esa línea, el art. 657 del Código de Procedimientos Civiles de 1852 y el art. 338 del Código de Procedimientos Civiles de 1912 establecían que si el demandante no probaba su acción, el demandado sería absuelto.

(1027) **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 14.

(1028) *Ibíd.*; **MATOS ZEGARRA, Mauricio**. *óp. cit.*; p. 18.

(1029) **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 14.

(1030) *Ibíd.*

La dificultad o imposibilidad en conseguir la prueba de la culpa se veía maximizada cuando el análisis partía de la búsqueda de la culpa extracontractual, o sea, el actuar descuidado o negligente que conllevó a la producción del daño en contra del obrero, toda vez que el “juicio del comportamiento” del empleador bajo el imperio de la culpa no presentaba en nuestro ordenamiento un correlato abstracto sobre el cual juzgar. En otras palabras, la ausencia de una normativa propia en materia de trabajo traía consigo que el empleador no se encuentre obligado a adoptar acciones concretas en beneficio del trabajador cuyo incumplimiento suponga el “descuido o la negligencia” en su accionar.

Pero no solo ello, sino que incluso asumiendo la posibilidad de la prueba de la culpa, del cien por ciento de los casos, el “ochentaiocho por ciento de las víctimas no percibiría indemnizaciones, porque sólo el doce por ciento de los accidentes proviene de culpa de los industriales, debiendo imputarse el sesenta y ocho por ciento de ellos á caso fortuito, á fuerza mayor ó á causas desconocidas, y el veinte por ciento á imprudencia de los mismos obreros¹⁰³¹”.

En otras palabras, no solo era un problema de la prueba de la culpa, de ausencia de modelos de comportamiento adecuado e idóneo (reglamentos), sino también de la propia culpa como fundamento de la responsabilidad *ex art.* 2191.

Sin perjuicio de lo anterior, la desigualdad entre empleado y empleador era evidente¹⁰³². Así pues, “en el proceso sobre indemnización, el empresario representa la parte fuerte y el obrero la parte débil. Los obreros dominados por el temor de perder su ocupación y su salario, evitan demandar á los patrones y se resignan con las indemnizaciones espontáneamente ofrecidas (...)”¹⁰³³. El incentivo de la indemnización quedaba relegada frente al desincentivo del despido (desistimiento) por autoridad del empleador (en el caso de los criados, esta ocurría *sine causa ex art.* 1634, y el Código Civil de 1852 no planteaba regla general en contra).

Por ende, “estas consecuencias de orden práctico revelan que los principios tradicionales, sin tener eficacia para garantizar á las víctimas del trabajo, producen el fenómeno perturbador de

⁽¹⁰³¹⁾ Ídem, p. 16. Confirma ello **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 216.

⁽¹⁰³²⁾ **MANZANILLA, José Matías**. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 15.

⁽¹⁰³³⁾ *Ibíd.*

alimentar en el obrero la esperanza á una reparación tras de la cual corre para perder sus ilusiones, su tiempo, sus miserables recursos y su derecho^{1034?}.

Se concluía entonces que “en la más feliz de las hipótesis, eliminando con el pensamiento todas las dificultades de la prueba y todos los motivos egoístas de la conducta humana, los principios clásicos de la jurisprudencia, no amparan, según las cifras (...) tomadas de estadísticas alemanas, sino el doce por ciento de los accidentes; y arrojan á la sociedad, la carga de alimentar y asistir el ochenta y ocho por ciento de las víctimas de la industria^{1035?}”.

Como ocurría para el caso del ferrocarril, pero con diversos matices, la experiencia peruana afrontaba un nuevo caso de disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*.

Correspondía entonces afrontar la materia, y sobre todo, determinar una alternativa que en gran parte significaría una ruptura con el *status quo* jurídico y que visto desde una perspectiva comparada, asemejará la experiencia peruana a aquella francesa que tuvimos ocasión de comentar anteriormente.

3.4.2.3. Un autorizado autor ha señalado que Manzanilla se erigió como el máximo exponente de la doctrina del riesgo profesional (o de “la obligación que tienen los patrones en

(¹⁰³⁴) Ídem, p. 16.

(¹⁰³⁵) Ídem, pp. 16-17.

indemnizar los accidentes que sufran los obreros en el ejercicio de su trabajo o profesión¹⁰³⁶) en nuestro *medio*¹⁰³⁷.

Manzanilla, sin embargo, no solo debe ser recordado como propulsor de la doctrina del riesgo profesional y de la primera ley sobre accidentes del trabajo, sino también porque este analizó por primera vez, desde una óptica sumamente crítica, el rol de la culpa en el sistema de responsabilidad civil en la legislación peruana. En efecto, hasta ese momento, producto de la exégesis, diversos autores habían estudiado la materia únicamente a partir de la normativa, pero muchas veces la norma difería del *medio* en que esta era aplicable.

Según este autor, para resolver el problema de los infortunios laborales, la responsabilidad *quasi ex delicto* aparecía insuficiente¹⁰³⁸. La razón de ello radicaba en que la “doctrina del cuasi delito rige las relaciones humanas en ausencia de contrato¹⁰³⁹”. Para Manzanilla, la relación entre patrones y obreros se caracterizaba porque ambos estaban “unidos entre sí por vínculos contractuales¹⁰⁴⁰”.

Así pues, siguiendo lo dispuesto en el art. 2191, Manzanilla resaltaba que conforme al cuasi-delito “el que por imprudencia ó descuido ocasione daño á otro, ha de repararlo¹⁰⁴¹”. Sin embargo, “ese otro, es un tercero; es el transeunte sobre el cual se desploma una pared y que para solicitar

⁽¹⁰³⁶⁾ **MIRO QUESADA, Luis.** “El riesgo profesional aplicado al Perú”... *óp. cit.*; p. 35.

⁽¹⁰³⁷⁾ **RAMOS NUÑEZ, Carlos.** “La teoría del riesgo profesional: expresión militante de la economía contemporánea”. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004, p. 565. Sobre la teoría del riesgo profesional, *v. MIRO QUESADA, Luis.* “Legislación del trabajo”. En: ID. Albores de la reforma social en el Perú. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1965, p. 135 y ss.; ID. “La moderna crisis social”. En: ID. Albores de la reforma social en el Perú. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1965, p. 5 y ss.; ID. “El contrato de trabajo”. En: ID. Albores de la reforma social en el Perú. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1965, p. 49 y ss.; ID. “El riesgo profesional aplicado al Perú”. En: ID. Albores de la reforma social en el Perú. Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva, 1965, p. 35 y ss.; **MANZANILLA, José Matías.** *El contrato de trabajo.* En: *Rev. Univ.*, año IV, vol. II, 1909, p. 64 y ss. y 112 y ss.; ID. *La doctrina del riesgo profesional en el Perú.* En: *Rev. Univ.*, año IV, vol. II, 1909, p. 129 y ss.; ID. *La responsabilidad de los Empresarios por los accidentes del trabajo.* En: *Rev. Univ.*, año VI, vol. I, 1911, p. 1 y ss. y 109 y ss.; ID. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; *passim*; **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 216 y ss.; ID. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 101 y ss. (de la parte correspondiente a contratos); **DULANTO PINILLOS, Nicolás.** De las indemnizaciones por muerte del accidentado en el trabajo. Tesis (Br.). Lima: PUCP, 1945, *passim*; **RIVERA SCHREIBER KROLL, Jorge.** Los accidentes del trabajo en la doctrina y en la legislación. Tesis (Br.). Lima: PUCP, 1967, *passim*; **UCEDA CASTAÑEDA, Carlos.** La teoría del riesgo profesional y su aplicación en el Perú. Lima: Ediciones C.E.U.C., 1959, *passim*; entre otros.

⁽¹⁰³⁸⁾ **MANZANILLA, José Matías.** La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 17.

⁽¹⁰³⁹⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁰⁴⁰⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁰⁴¹⁾ *Ibíd.*

reparación del dueño del edificio, invoca la falta proveniente del cuasi delito¹⁰⁴²". Pero en este caso, "el obrero no es un tercero, es un contratante, bajo el imperio de las reglas de los contratos y no de las reglas del cuasi delito¹⁰⁴³".

Las consideraciones de orden teórico descartaba el empleo de la tutela *quasi ex delicto* para el caso de los accidentes de trabajo, sumándose además que esta se fundaba en base a la culpa y aquella no permitía cautelar en forma idónea los intereses de los obreros.

3.4.2.4. Conocedor de soluciones de orden contractual en la experiencia del Derecho Continental, especialmente en autores de origen francés y belga como los citados Sauzet y Saintelette¹⁰⁴⁴, Manzanilla se mostraba tan reacio a aceptar la tutela extracontractual como la *ex contractu* en materia de accidentes del trabajo.

En principio, parte por indicar que "para remediar las injusticias de la teoría del cuasi delito, aparece la de la falta contractual¹⁰⁴⁵". Ahora bien, la falta contractual o responsabilidad por inexecución de obligaciones se fundaría en la idea del carácter obligatorio de los pactos¹⁰⁴⁶. Sin embargo, dichos pactos no se reducirían solo a lo que en forma expresa las partes acordaron al momento de conformar el vínculo contractual, sino también a "todo lo que sea inherente a sus fines esenciales¹⁰⁴⁷". Dentro de los "fines esenciales" del contrato de trabajo, Manzanilla recuerda que estaría "la obligación del empresario á garantizar la seguridad del trabajador, á rodearlo de precauciones y á indemnizarlo por los accidentes¹⁰⁴⁸".

En buena cuenta, nuestro autor, bajo evidente influencia francesa, sometía a discusión la *Obligation de sécurité* (más inconsciente que conscientemente), cuyos primeros rastros aparecen -entre otros- en el contrato de trabajo, conforme se vio en el Cap. I.

(1042) Ibíd.

(1043) Ibíd.

(1044) Respecto a estos autores *v.* el Cap. I. y de igual manera, **BOZA, Edilberto.** *óp. cit.*; p. 11 y ss.; **MATOS ZEGARRA, Mauricio.** *óp. cit.*; p. 18 y ss.

(1045) **MANZANILLA, José Matías.** La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 17.

(1046) Ibíd.

(1047) Ibíd.

(1048) Ibíd.

Según Manzanilla, un postulado de la doctrina de la culpa contractual -o mejor dicho, en lo que aquí respecta, de la obligación de seguridad-, es la inversión de la prueba, “por que si el empresario debe, contractualmente, precaver al obrero de menoscabos y daños en la salud y la vida, se presume como causa de ellos, el incumplimiento de esa obligación contractual (de seguridad), salvo prueba en contrario¹⁰⁴⁹”.

Para este autor, “bajo la influencia de impresiones superficiales hubo de atribuirse valor científico y positiva utilidad, á la doctrina de la falta contractual y á su corolario de la inversión de la prueba, que libera al trabajador de las molestias y de las incertidumbres de acreditar la culpabilidad del empresario¹⁰⁵⁰”. Así pues, “este sistema es artificioso y nada artificioso puede prosperar ni elevarse á principio de justa y universal aplicación¹⁰⁵¹”.

Pese a lo dicho por Manzanilla, su razonamiento no se centra en el contenido de fondo de la “teoría” de la *Obligation de sécurité*. Al contrario, al identificar ella en la “culpa contractual”, su análisis se dirige a la regla de la culpa y la posibilidad de su inversión. En ese sentido, no sorprende que acto seguido afirme que “encuentrese ó no en la naturaleza del contrato de trabajo la responsabilidad por los accidentes, no hay entre las obligaciones contractuales y la regla de invertir la prueba ningún lazo causal (...)”¹⁰⁵².

La ausencia de la regla de presunción de culpa en el Código Civil de 1852 (en parte porque el *Code* tampoco contenía una regla expresa en sentido contrario) impidió que la solución de la obligación tácita de seguridad se imponga en el pensamiento de Manzanilla, aun cuando teóricamente la misma podía haber resultado correcta.

De hecho, Manzanilla señalaba que “si por la esencia de las cosas, el patrón debe de garantizar á sus servidores de los riesgos del trabajo, también, por la naturaleza de las cosas, hay que obedecer los reglamentos del taller, pudiendo provenir el accidente de la violación de los reglamentos ó de la

(¹⁰⁴⁹) Ibíd.

(¹⁰⁵⁰) Ídem, p. 18.

(¹⁰⁵¹) Ibíd.

(¹⁰⁵²) Ibíd.

ausencia de precauciones y aparatos protectores¹⁰⁵³". En otras palabras, la teoría, aun cuando cierta, no comprendía las hipótesis en que no se presentaba culpa del patrón; frente a ello, la presunción no era tampoco suficiente¹⁰⁵⁴.

Así pues, si la principal causa de los accidentes recayese en el comportamiento culposo del patrón, Manzanilla confiesa que podría hacerse de la regla de presunción una máxima jurídica¹⁰⁵⁵. Pero como ello no era así, la obligación de seguridad no remediaba la necesidad de imponer al empleador el costo del daño, incluso, en ausencia de culpa.

Para finalizar, aunque la teoría de la culpa contractual (o patronal) aparentemente beneficiaria a los obreros al dispensarlos de la prueba de la culpa de los empresarios, dicha ventaja no compensa el problema de juzgar los accidentes del trabajo a partir de las reglas de la responsabilidad *ex contractu* en vez de aquellas propias de la culpa *quasi ex delicto*¹⁰⁵⁶. La razón es simple: en este último régimen, el autor del daño responde incluso por la culpa levísima, mientras que en el primero -en tanto contrato bilateral que reporta ventaja para ambos- el deudor responde por la culpa leve¹⁰⁵⁷. Esto invita a pensar a Manzanilla que existe entre ambos regímenes una distinción en cuanto a su extensión, siendo la primera más amplia que la segunda¹⁰⁵⁸.

Se concluye por ende que "la teoría de la culpa patronal, no obstante la inversión de la prueba, tiende, en suma, a reducir los casos de responsabilidad de los empresarios (...)"¹⁰⁵⁹.

Dicho esto, ambas teorías, tanto la que tutela los accidentes del trabajo a partir de la culpa *quasi ex delicto* como la contractual, no resultan suficientes para componer la disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa* en esta materia. Para Manzanilla, en el fondo, el real problema de estas

(¹⁰⁵³) Ibid.

(¹⁰⁵⁴) MIRO QUESADA, Luis. "El riesgo profesional aplicado al Perú"... *óp. cit.*; p. 36.

(¹⁰⁵⁵) MANZANILLA, José Matías. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 18.

(¹⁰⁵⁶) Ídem, p. 19

(¹⁰⁵⁷) Ibid.

(¹⁰⁵⁸) Ibid.

(¹⁰⁵⁹) Ibid.

era que subordinaban la indemnización a la idea de “culpa”, pero “como la falta no es la regla sino la excepción¹⁰⁶⁰”, el costo de los accidentes seguirían a cargo de los trabajadores.

3.4.2.5. Si en el sustrato final de la discusión sobre la responsabilidad por accidentes de trabajo se ubicaba el rol de la culpa en nuestro sistema (presente en la experiencia de Europa Continental en general), la doctrina consideró que la alternativa capaz de solucionar la *necesidad extrajurídica* era ideando una nueva justificación para trasladar el costo del daño a los empresarios *más allá* de la culpa. Así pues, el juicio de responsabilidad como *juicio de culpa* debía pasar a ser un *juicio de riesgo* sobre la base de la idea del riesgo profesional.

Ahondemos en ello.

Ante la válida pregunta sobre “¿por qué ha de soportar la industria la reparación de los accidentes?¹⁰⁶¹”, se afirmaba que “apreciados en el conjunto de sus causas, los accidentes constituyen inevitable fenómeno de la producción contemporánea. Por que el obrero desde el momento de entrar al taller, de descender á la mina, de encaramarse en los andamios, de servir de guarda frenos en los ferrocarriles, de emplear substancias explosivas ó inflamables, corre peligros inherentes á la operación que efectúa, que solo cesan cuando la tarea termina para reaparecer mas tarde al reanudarla. Este peligro peculiar y exclusivo á los obreros, inherente al oficio, es un riesgo profesional, riesgo distinto á las demás vicisitudes que envuelven la actividad y la vida humana¹⁰⁶²”.

En realidad, “las precauciones, los aparatos protectores, el temor y la ilustración de los hombres, son ineficaces para extinguir las causas del accidente; y esta ineficacia revela que prescindiendo de la falta de patronos y obreros, hay un peligro inherente á cada labor, hay un riesgo profesional de donde emana la responsabilidad para la industria de reparar las consecuencias económicas de la mutilación á de la muerte de los trabajadores, debiendo considerarse los gastos de

(¹⁰⁶⁰) Ibíd.

(¹⁰⁶¹) Ídem, p. 20.

(¹⁰⁶²) Ibíd.

asistencia y de indemnizaciones entre los gastos generales de la empresa, a idéntico título que los deterioros de las máquinas y de las primas de seguros¹⁰⁶³”.

Tal cual estaba planteado el asunto, el paso de la culpa al riesgo profesional obedecía a las “necesidades prácticas¹⁰⁶⁴” de atender una circunstancia concreta que ya habíamos anticipado: la modernización del país como premisa política traía como consecuencia que el carácter de excepción con el que contaban los accidentes (*per se*) a nivel jurídico -y que derivaban en la responsabilidad *quasi ex delicto*- ceda ante la habitualidad (hecho normal) de su ocurrencia en un contexto (prístinamente) industrial, sea en materia minera, de transporte, fábricas, industrias químicas, entre otras¹⁰⁶⁵.

En efecto, “el derecho Romano, el Código Napoleón y las demás legislaciones ligaron la culpa á la responsabilidad, porque el Legislador no convierte en reglas de derecho sino los elementos reales que encuentra en la vida; y en el mundo romano y en los primeros años del siglo XIX, no fue verdad de orden real el carácter é inevitable de los riesgos del trabajador que es uno de los fundamentos de la nueva teoría¹⁰⁶⁶”. Más aún en nuestro *medio* en donde hasta mediados de siglo XIX se vivía bajo el esquema de una economía no desarrollada. No obstante, cuando la bonanza se introdujo en nuestro país con el guano y salitre, esta no solo reportó réditos económicos, sino también, en igual proporción, accidentes que visto objetivamente se traducían en el costo de la actividad industrial, y si este subvencionó la actividad durante medio siglo, era momento de “traducir en obligación legal¹⁰⁶⁷” la *necesidad extrajurídica* de los trabajadores mediante la alteración de la realidad normativa presente en el Código Civil de 1852.

Para un sector importante de nuestros autores, “la doctrina del riesgo profesional, expresión militante de los fenómenos económicos contemporáneos¹⁰⁶⁸”, se mostraba como la mejor solución.

(¹⁰⁶³) Ibid.

(¹⁰⁶⁴) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 216.

(¹⁰⁶⁵) **MANZANILLA, José Matías.** La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 21.

(¹⁰⁶⁶) Ídem, p. 22.

(¹⁰⁶⁷) Ibid.

(¹⁰⁶⁸) Ídem, pp. 22-23. De esta frase parece surgir el título del artículo de **RAMOS NUÑEZ, Carlos.** “La teoría del riesgo profesional: expresión militante de la economía contemporánea”... *óp. cit.*; *passim*.

Ahora bien, la discusión en relación con la responsabilidad del empresario por los accidentes de los trabajadores no solo se instalaría en el ámbito jurídico propiamente dicho, sino también en el político, durante varios años inclusive, dado que a la expectativa se encontraba la promulgación de la ley de accidentes de trabajo.

Luego de avances y retrocesos, y superando una férrea oposición en el Congreso, la ley sobre accidentes del trabajo (Ley de 20.01.11) fue promulgada el 20 de enero de 1911 por Augusto B. Leguía y el ministro Julio Ego Aguirre, contando la misma con 82 artículos distribuidos en los siguientes títulos: (i) principios generales; (ii) asistencia médica; indemnizaciones; (iv) declaración de los accidentes y procedimientos judiciales; (v) seguros; (vi) garantías; y (vii) multas.

El artículo más importante fue el primero, que consagraba la doctrina del riesgo profesional conforme al siguiente tenor: “el empresario es responsable por los accidentes que ocurran á sus obreros y empleados en el hecho del trabajo ó con ocasión directa de él”. Más allá de alguna duda sobre la expresión “ocasión directa” que motivó sendos debates previos¹⁰⁶⁹, lo cierto es que en el art. 1 de la Ley de 20.01.11, “responsabilidad” no aparece como sinónimo de “culpabilidad”, sino que la misma resulta consecuencia de su propia condición; en el fondo, el riesgo de la actividad era la que reportaba la justificación teleológica para trasladar el costo del daño. En buena cuenta, se puede decir que la tesis de Manzanilla, Miro Quesada, Ortiz de Zevallos, en principio, había sido consagrada legislativamente.

Sin embargo, lo anterior podía ser objeto de revisión si es que se atendía lo dispuesto en los arts. 10 y 29 de la Ley de 20.01.11. Conforme al primero de estos “cuando el accidente se haya producido sin culpa del empresario, la responsabilidad fijada por esta ley no podrá hacerse efectiva sino en los capitales, bienes y derechos invertidos, existentes ó provenientes del trabajo ó industria en que el accidente se produjo. Hecha judicialmente la liquidación del activo de la industria, termina la obligación del empresario, correspondiendo á este la prueba de su inculpabilidad”. La pregunta inmediata es ¿a qué se refiere el art. 10 con la “culpa del empresario”?

⁽¹⁰⁶⁹⁾ MANZANILLA, José Matías. La responsabilidad por los accidentes del trabajo... *óp. cit.*; p. 165 y ss.

En una ley que busca consagrar un régimen de responsabilidad ajeno a la culpa, el art. 10 no parecía contribuir a ello. Lo propio ocurría con el art. 29 en donde se establecía que “si el accidente proviniera de culpa inexcusable del empresario ó de sus representantes y empleados, se aumentará prudencialmente la indemnización sin que pueda exceder de la totalidad del salario anual”. ¿A qué se refería el art. 29 con “culpa inexcusable” y cuál era su rol en un sistema de responsabilidad por riesgo?

La aparente contradicción no pasó inadvertida. Sucedió que la expresión “culpa inexcusable”, más allá de su desarrollo histórico, fue introducido en el proyecto que finalmente derivó en la Ley de 20.01.11. como concesión en favor del sector (parlamentario) que rechazaba la introducción de la doctrina del riesgo profesional¹⁰⁷⁰. Así pues, el ánimo de esta fue atemperar el escenario polarizado que se iba formando progresivamente en el país¹⁰⁷¹. Sin embargo, como bien se ha reconocido, no cabe duda que si lo que se pretendía era consagrar una responsabilidad por riesgo, la sola referencia a esta (no presente en la tripartición adoptada por el Código Civil de 1852) como valor de ajuste de la indemnización debería haber quedado descartada¹⁰⁷².

Peor aún, cuando se buscó interpretar la “culpa inexcusable”, antes que dotarla del significado que había adquirido en Francia, se buscó equipararla a la falta ocurrida como consecuencia de la inobservancia de los reglamentos internos de los empresarios¹⁰⁷³. De esta manera, la responsabilidad no surgía en caso el accidente se deba al “incumplimiento” de los reglamentos internos de las empresas. Sin duda, ello colisionaba totalmente con el postulado de la nueva doctrina, toda vez que esta debía favorecer la indemnización incluso si el accidente se debía a la imprudencia del obrero¹⁰⁷⁴.

Esta regla, que finalmente se consagró en la Ley de 20.01.11., significaba la antítesis de la doctrina del riesgo profesional y con ello su eficacia quedaba seriamente cuestionada¹⁰⁷⁵.

(¹⁰⁷⁰) Ídem, p. 224

(¹⁰⁷¹) *Ibid.*

(¹⁰⁷²) *Ibid.*

(¹⁰⁷³) Ídem, p. 225.

(¹⁰⁷⁴) Ídem, p. 227.

(¹⁰⁷⁵) Ídem, p. 228.

Por otro lado, la Ley de 20.01.11. se circunscribía a solo algunas actividades empresariales, básicamente las que se encontraban listadas en su art. 2., y siempre que el salario anual del empleado no exceda una cifra expresamente establecida en el art. 7. Cumplido ello, el obrero podía solicitar la indemnización correspondiente siempre que se respete el plazo de 1 año de prescripción de la acción que surgía de la Ley de 20.01.11.

Vamos a referirnos ahora a un tema adicional y fundamental: la naturaleza de la responsabilidad por accidentes del trabajo en la Ley de 20.01.11.

Sobre el particular comencemos indicando que ningún artículo de dicha norma resolvía el problema. Sin embargo, en algunas ocasiones se reenviaba al Derecho Común las cuestiones que no se comprendían en el ámbito de aplicación de la Ley de 20.01.11. Así por ejemplo, el art. 7 establecía que “si el salario anual excede de 120 libras, se aplicará el Derecho Común, pero pueden los obreros y empleados, sus representantes ó los interesados en las indemnizaciones acogerse á la presente ley hasta la referida suma; en cuyo caso se entiende que hay renuncia implícita para toda indemnización por daños y perjuicios, conforme á las reglas de Derecho Común”.

De igual manera, el art. 9 de la Ley de 20.01.11. señalaba que “las reclamaciones por daños y perjuicios; no comprendidos en esta ley, quedan sujetas á las prescripciones del Derecho Común”.

La disociación entre el régimen de responsabilidad del “Derecho Común” y la responsabilidad por riesgo profesional motiva dos interrogantes: (i) ¿cuál era el régimen de responsabilidad del “Derecho Común”?; (ii) ¿cuál era el régimen de responsabilidad en la Ley de 20.01.11. que incorporaba el riesgo profesional (con ciertas inconsistencias técnicas)?

Con relación a lo primero, cabe indicar que con la expresión “Derecho Común”, el legislador no hace referencia a un específico régimen de responsabilidad civil, si es que partimos de la premisa que este último se deducía en responsabilidad *ex contractu* o *quasi ex delicto*. En realidad, dicha expresión buscaba distinguir entre una responsabilidad naciente de una “ley especial” (Ley de 20.01.11), y aquella que derivaba de los regímenes de responsabilidad propios del Derecho Común; esto es, el Derecho Civil del país, y más precisamente, el Código Civil de 1852 como “ley general”.

Si ello es así, la sola referencia al Derecho Común no resolvía la segunda cuestión porque la Ley de 20.01.11. no consagraba un nuevo régimen de responsabilidad civil, sino la responsabilidad del empleador basada en un nuevo criterio de justificación del traslado del costo del daño (en el discurso de los propulsores de la “nueva doctrina”, esta se abstraía de los confines de la responsabilidad contractual y extracontractual no tanto por la fuente de la obligación resarcitoria, como porque los regímenes del Derecho Común se basaban en la culpa y la “nueva doctrina” en el riesgo, de modo que entre ambos no había coincidencia).

Ahora bien, la creación legislativa respondía a un hecho concreto: la responsabilidad por accidentes del trabajo era pasible de ser reclamada según las reglas del Derecho Común (Código Civil de 1852), aunque bajo el imperio de la culpa. A fin de modificar dicha *realidad normativa*, la Ley de 20.01.11. no introdujo ni un nuevo supuesto y mucho menos un nuevo régimen de responsabilidad adicional a los previstos en el Código Civil de 1852; al contrario, solo se limitó a añadir al riesgo como factor de responsabilidad en materia de contrato de trabajo (y solo para este caso) bajo el criterio de “especialidad” sobre la “generalidad”. Entonces, la responsabilidad que obra en la Ley de 20.01.11. debía necesariamente pertenecer a un régimen de responsabilidad: esto fue lo que omitió dicha norma.

Con relación a lo segundo, lo anterior motivó a que un sector de la doctrina sustente que aunque la teoría del riesgo profesional en “aparición carece de vínculos con la del cuasi-delito, pues representan dos concepciones económicas y dos reglas jurídicas, absolutamente opuestas e inconmensurablemente separadas entre sí (...) ¹⁰⁷⁶”, la realidad es que “si se estudia el desarrollo de la idea de responsabilidad desde los tiempos de los romanos hasta hoy, se encuentra que el riesgo profesional es el continuador en la historia de la culpa aquilia, que por adaptaciones sucesivas, siempre conforme con las realidades de la vida y con el estado de la conciencia humana, se transformó lentamente en el riesgo profesional, (...) de modo que esta idea es evolucionista y no es revolucionaria ¹⁰⁷⁷”. En el fondo, es la responsabilidad *ex aquilia* la que soportaría la teoría del riesgo

⁽¹⁰⁷⁶⁾ Ídem, p. 157.

⁽¹⁰⁷⁷⁾ Ídem, pp. 157-158.

profesional, y ella sería capaz entonces de tutelar al trabajador en los accidentes que ocurrían en ocasión directa del trabajo.

Esta tendencia se ve confirmada cuando algunos compiladores de legislación vinculaban el Derecho Común a la responsabilidad extracontractual¹⁰⁷⁸, en parte por su influencia francesa (en donde este aparece como un dato común¹⁰⁷⁹), y de ahí a la responsabilidad por accidentes del trabajo.

En cualquier caso, tanto antes de la Ley de 20.01.11. como a propósito de su promulgación, el régimen de responsabilidad por accidentes del trabajo era el cuasi-delictual, sea porque la *praxis* así lo determinaba, o porque no se presentaba mayor rigor jurídico en el análisis, o simplemente porque la responsabilidad *quasi ex delicto* aparecía como residual frente a aquella de orden contractual (por influencia de la doctrina francesa¹⁰⁸⁰).

¿Significa lo anterior que en materia de contrato de trabajo no se presentaron rastros de tutela contractual de intereses más allá al de prestación?

Para responder ello es importante tener en cuenta dos circunstancias: (i) un presupuesto fáctico: la necesidad de reparar los accidentes del trabajo; y (ii) un presupuesto jurídico: la escasa evolución en materia de obligaciones y contratos. La presencia de ambos presupuestos comportaba que la solución del primero no necesariamente deba conciliar con el segundo, y es que en la mentalidad nacional de la época, los accidentes del trabajo se seguían viendo como “accidentes”, después de todo. ¿Qué quiere decir ello?

El hecho de estudiar la responsabilidad del empleador bajo la óptica del accidente tuvo como consecuencia que este hecho se escinda del contrato de trabajo que vinculaba al empresario con el trabajador. Dicha circunstancia fue premeditada. La razón de ello no yacía en una cuestión jurídica propiamente dicha, sino en una necesidad: la premura por legislar un asunto que venía discutiéndose

⁽¹⁰⁷⁸⁾ DE LA LAMA, Miguel Antonio. Código Civil... *óp. cit.*; p. 1003.

⁽¹⁰⁷⁹⁾ En el caso de Francia, la contraposición de un Derecho Común con uno especial se explica no solo entre leyes diversas al *Code* y el texto de Napoleón, sino también desde que un régimen es considerado (a nivel de doctrina) “general” sobre otro “especial”, como sucede con la responsabilidad delictual en su relación con la responsabilidad contractual. *v.* nt. 2684 de la presente Tesis.

⁽¹⁰⁸⁰⁾ *v.* nota anterior.

desde 1905. Así pues, no sorprende que un autor como Manzanilla confiese que la Ley de 20.01.11. sea el paso previo de un objetivo mayor, la regulación del contrato de trabajo, en donde la indemnización aparezca como un aspecto más de este. Entre el periodo que corre desde 1905 hasta momentos antes de la promulgación de la Ley de 20.01.11., dicha empresa era imposible, dado que si la oposición ya cuestionaba profundamente la sola reparación, con mayor ahínco discutiría la regulación de dicho contrato que supondría para el empleador más deberes de los que típicamente debería tener; entre estos, el pago de la renta, principalmente. Y ese costo adicional podría terminar por ahuyentar al empresariado.

Lo anterior explica también porque Manzanilla, luego de cuestionar severamente la responsabilidad extracontractual, termina por inclinarse por ella al momento de juzgar la naturaleza de la responsabilidad del empleador. La responsabilidad contractual no le permitía sostener, sin tener que apoyarse en la obligación de seguridad, la existencia de una obligación de resarcir, toda vez que legislativamente, sea a nivel especial o de Derecho Común, el empleador no se encontraba obligado *ex ante* a cuidar de la integridad del trabajador, y en un ambiente en donde la letra de la ley definía el derecho, dicha alternativa no hubiera realmente trascendido. En cambio, la responsabilidad extracontractual si le permitía partir del presupuesto de la necesidad de resarcir con la sola ocurrencia *ex post* de un daño y a partir de ello definir únicamente cómo lograrlo.

El problema con la solución planteada era que con la Ley de 20.01.11. no se lograba un objetivo que resultaba tan importante como el resarcimiento: la protección de la esfera jurídica del trabajador. Como puede verse, la citada ley imponía mayormente obligaciones al empresario una vez que el accidente ocurría, mas no mientras aquél no suceda. Ante el silencio del Código Civil de 1852 y las leyes especiales, el empleador no estaba obligado en estricto a velar por la seguridad del trabajador, sino simplemente a resarcir los daños sufridos siempre que estos no sobrepasen el máximo legal: 120 libras anuales. Superado aquél, volvía a regir la responsabilidad *quasi ex delicto*. ¿Cuál era el incentivo para adoptar las medidas de seguridad necesarias y costosas cuando en el peor de los casos la Ley de 20.01.11. no sería aplicable y la *culpa aquiliana* no podría ser probada (como siempre) por los trabajadores?

Luego de promulgada la Ley de 20.01.11., esta también pudo ser causa de disociación entre *realidad normativa* y *necesidad extrajurídica*: (i) porque la ley podría no cumplirse (dado el estado de la cuestión en el Perú de inicios de siglo XX); o (ii) porque si ello era así, el trabajador seguía expuesto a los accidentes. Sobre lo primero, la ausencia de una regulación especial de las relaciones laborales podría haber configurado una situación en donde frente a un accidente no fatal, el beneficio económico del resarcimiento sea menor al de la pérdida del trabajo, o que, en caso de accidente fatal, el beneficio económico del resarcimiento sea menor al beneficio económico de la indemnización voluntaria del empleador. En buena cuenta, el sistema en materia de tutela del trabajador estaba incompleto. Y lo segundo era consecuencia de lo primero.

3.4.2.6. No sorprende de este modo que un par de años después de promulgada la Ley de 20.01.11., y como parte de la lógica de regular el tema del trabajo bajo las normas de policía (*ex art. 1636 del Código Civil de 1852*), se haya emitido un decreto en materia de aparatos de protección en el que básicamente se reconocía en el empleador un *deber de cuidado* respecto a la posición del trabajador en *ocasión directa* del trabajo.

¿Cuál era la naturaleza jurídica de dichos deberes?

La norma no decía nada al respecto.

Una primera indagación permite observar que estos se justificaban a partir del hecho que el sistema buscaba, ya no solo indemnizar *ex post*, sino también evitar *ex ante* la producción de los accidentes; de ahí que sus disposiciones se hayan vinculado a los “peligros” (art. 1) que podían surgir a raíz de ciertas actividades laborales. En otras palabras, a diferencia de los deberes contenidos en la Ley de 20.01.11., estos surgían en un momento distinto, no con la ocurrencia de los accidentes, sino con la relación “empleador” – “trabajador” (relación de contrato de trabajo). Así pues, el primero debía procurar la seguridad del último a efectos de que la actividad prestacional (subordinada) se desenvuelva de forma tal que no exista riesgo de accidente.

Al igual que ocurría con el contrato de transporte por ferrocarril, los deberes legales de las disposiciones reglamentarias se integraban al contenido contractual conforme lo disponía el art. 1257

del Código Civil de 1852, de modo que el contrato de trabajo (locación en el sistema del Código Echenique) suponía en la esfera del empleador deberes de cuidado específicos y concretos *ex lege*. El problema es que entre la normativa especial que promovía deberes de cuidado (a nivel de contrato) y la ley que imponía el deber de indemnizar frente a los accidentes (fuera del contrato) no había sintonía.

La doctrina de la época no discutió ni ofreció una solución a esta cuestión.

Lo único cierto, al menos en lo que refería a los deberes de cuidado *ex lege*, era que estos quedaban integrados al contrato por virtud de la ley. El asunto es que aunque estos formaban parte del contenido de la relación de obligación, la consecuencia jurídica de su incumplimiento y el mecanismo legal de protección no quedaba claro, aun cuando hubiese sido difícil sustentar una posición distinta que no sea que estos debían seguir el destino del contrato típico para el cual fueron concebidos. Esta cuestión se veía con mayor claridad cuando era posible constatar que la ausencia de medidas de seguridad no necesariamente causaba accidentes, de modo que frente a ello el resarcimiento (*quasi ex delicto*) no resultaba la alternativa propicia.

Ahora bien, más allá de la duda respecto a su naturaleza, lo cierto es que dichos deberes de fuente legal integrados al contrato de trabajo a partir de 1913 eran fruto además de que el legislador presuponía un interés de protección del trabajador cuya relevancia jurídica era tal que motivaba a reformar la *realidad normativa*. Este interés reconocido legislativamente en favor del trabajador no se confundía en modo alguno con su interés de prestación al pago de la remuneración.

Sin perjuicio de lo anterior, los *deberes de cuidado* legales emanados del Decreto de 4 de julio de 1913 presentaban forma típica al vincularse exclusivamente con el tipo contractual para el cual estaban dirigidos, de modo tal que, una vez más, en la experiencia peruana, la tutela se confería en forma típica y legal, circunscrito en este caso a los bienes personales y no así al patrimonio, como ocurría en materia de transporte de ferrocarriles.

Finalmente, la Ley N° 2290 de 1916, que modificó y amplió la Ley de 20.01.11 (N° 1378), y la Ley N° 7975 de 1935, que amplió las anteriores, no variaron en -última instancia- el sentido ni la premisa de la Ley de 20.01.11¹⁰⁸¹.

3.4.2.7. La tendencia que se exhibe en nuestra legislación no fue alterada como consecuencia de un intento por reemplazar el Código Civil de 1852, nos estamos refiriendo en el Proyecto de Código Civil de 1890.

En el referido proyecto, la obligación seguiría adoptando el carácter polisémico antes aludido, representando tanto la relación (art. 1400), la prestación y el deudor obligado (para ambos casos *v.* el art. 1401), y el contrato se mantendría reducido al consenso *ex* art. 1581. En ambos casos, lo cierto es que el sistema estaba construido para que las partes (sujetos) involucradas obtengan “las ventajas” (positivas) previstas y queridas (art. 1583).

La línea de continuidad planteada se reproducía también en lo que se refiere a los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual, en donde el primero se configuró de modo tal que el incumplimiento pueda adoptar forma positiva y negativa bajo el imperio de la culpa (arts. 1439 y 1440), y el segundo descartaba el problema de la tipicidad del ilícito (arts. 2870 y 2871), superando incluso los defectos de redacción del Código Civil de 1852.

En ese contexto, no debe sorprender que el Proyecto de Código Civil de 1980 no haya incorporado una función de protección (genérica) en la parte general de las obligaciones y los contratos, no identificando dicho “atributo” en ambas categorías. Sin embargo, ello no fue óbice para que en este proyecto se aprecie, al igual que en el Código Civil de 1852, la imposición (en la sección de los contratos típicos) de un deber que no se identificaba con el de prestación, sino con el interés en conservar la integridad personal y patrimonial de una de las partes. Así sucedió con el caso del arrendamiento (deber de aviso *ex* art. 1969.5), el transporte (deber de cuidado del patrimonio y

⁽¹⁰⁸¹⁾ Así, **LENGUA APOLAYA, César**. La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del derecho. Tesis (Mg.) Lima: PUCP, 2013, p. 38.

persona *ex arts.* 2057 y 2058), comodato (deber de aviso *ex art.* 2251.1) y hospedaje (deber de seguridad *ex art.* 2314).

Planteado así el asunto, los deberes de cuidado incluso en el Proyecto de Código Civil de 1890 adoptaron forma típica y legal, en línea con los antecedentes y el Código Civil de 1852, mostrándose distante esta experiencia a aquella de los «deberes de protección» y obligación de seguridad, que como vimos no se reprodujeron en forma exacta en nuestro *medio*, por más que de una u otra manera, sea posible identificar rasgos similares con la experiencia francesa, sobre todo en lo que respecta al modo en que se presentó la disociación entre la *realidad normativa* y la *necesidad extrajurídica* en materia de transporte y trabajo.

Teniendo en cuenta todo este bagaje, pasemos a sintetizar este periodo y ubicar contextual e históricamente nuestras afirmaciones.

IV. La experiencia nacional hasta ahora analizada nos muestra las siguientes particularidades:

(a) La protección de la esfera jurídica ajena en las relaciones de obligación no son consecuencia exclusiva de la adopción de una teoría.

(b) El Derecho Continental nos muestra que la imposición de un deber en aras de preservar un *status quo* que responda al *Integritätsinteresse*, sea en la experiencia alemana como francesa, respondió a una disociación entre la *necesidad extrajurídica* y la *realidad normativa* de una determinada sociedad en un momento y tiempo preciso.

(c) El estudio del Derecho en nuestro país nos permite agregar que dichos deberes fueron también resultado de la opción del legislador del Código Civil de 1852, e incluso de quienes tuvieron a su cargo el Proyecto de Código Civil de 1890.

(d) En la experiencia peruana, los deberes de cautela de la esfera ajena surgieron tanto en la hipótesis contenida en el literal (b) como en el (c). Respecto del primero, fueron manifestación de ello la regulación del contrato de transporte mediante ferrocarriles y la regulación especial en materia

de contrato de trabajo. Con relación al segundo, la propia configuración de los contratos de arrendamiento, hospedaje, transporte y comodato, como ejemplos propuestos, permite apreciar que en ellos se contenía la imposición legal de un deber que no se deducía en la prestación debida y que tampoco podía ser identificado en las demás posiciones jurídicas.

(e) En los casos antes señalados, la protección recaía sobre los bienes personales y/o patrimoniales. Sobre el punto no había una uniformidad de criterio.

(f) Independientemente de si estos deberes nacieron como consecuencia de lo señalado en el literal (b) o (c), el estudio de las fórmulas legales y la doctrina nos permite concluir que respecto de tales deberes, la particular concepción sobre la materia de las obligaciones y contratos no influyó en su advenimiento. De hecho, la doctrina tampoco identificó estos “nuevos” deberes y mucho menos incorporó a los mismos dentro de su discurso jurídico, sea que esta haya seguido vinculada a la exégesis del Derecho Civil o se haya encontrado influenciada por la “nueva” tendencia de abstracción de las categorías jurídicas.

(g) El contenido de estos deberes (de “protección” o “seguridad”) aparecía en modo diverso, algunas veces como deberes de aviso, otras como deberes de cuidado cuando no como deberes de información.

(h) La experiencia peruana, en lo que respecta a la hipótesis (b), se aproxima a la experiencia francesa, siendo aleccionador que estos deberes no se hayan pensado en forma genérica sino para contratos específicos como el transporte y el trabajo. La relación entre los hechos históricos y las soluciones concebidas vinculan aún más al Perú y Francia, máxime cuando la influencia de este último sobre el primero resultó muy marcada hasta lo que será la doctrina del Código Civil de 1936. Sin embargo, la experiencia nacional y la experiencia francesa no se muestran en forma idéntica por la falta de un elemento decisorio: la jurisprudencia. Acá, entre el periodo que va de 1821 a 1936, los deberes estudiados surgieron como consecuencia de la ley; en Francia principalmente por la labor creativa de su jurisprudencia.

(i) La experiencia peruana hasta 1936, teniendo en cuenta los hechos históricos y la evolución histórico dogmática de sus categorías jurídicas y las condiciones de sistema, se encontraba bastante contrapuesta a la realidad alemana. Pero fue el estado de su doctrina y la configuración del Código Civil de 1852 los que impidieron que se “teorice” una teoría como la de los «deberes de protección» alemana.

(j) La constante que ha definido la imposición de un deber de seguridad o protección en nuestro *medio* (1821 – 1936) ha sido su fuente legal y su forma típica. Estos surgieron por disposición expresa de una norma que siempre vinculó estos a una determinada parte (no a ambas) de un contrato típico específico, tanto en los escenarios (b) y (c), por lo que en este punto nuestra experiencia adopta un cariz particular.

Dicho esto, y como veremos a continuación a propósito de la promulgación del Código Civil de 1936, lo señalado en los literales (h) e (i) funcionarán como elementos determinantes en lo que será el futuro de los deberes de cuidado en nuestro sistema. La única manera para que la realidad expuesta en este punto cambie es que exista una mutación en lo que respecta a los literales (b) y (c). De lo contrario, lo que se presentaría sería un escenario de confirmación y continuación de la constante advertida en el literal (j).

Parte III

La técnica jurídica y política del derecho en el Código Civil de 1936: el tránsito al Código Civil de 1984

Sumario: V. Tercera etapa: contexto histórico. La metodología en la formación del Código Civil de 1936 y el estatus de la dogmática nacional. – 5.1. El Libro V: las obligaciones. Fuentes – 5.1.1. El *medio* y la necesidad de una “definición” de obligación. – 5.1.1.1. (*sigue*)... la “obligación” como relación de prestación. – 5.1.2. El sistema de responsabilidad contractual y su oposición al modelo alemán. – 5.1.3. El contrato en el Código Civil de 1936: noción. – 5.1.3.1. (*sigue*)... su configuración legal y las diferencias con el Código Civil de 1852. El rol de la buena fe en la concepción del contrato. – 5.1.4. El sistema de responsabilidad extracontractual y su contraste con el modelo francés y alemán. – 5.2. El Código Civil de 1936 y la tutela contractual de la esfera jurídica ajena. – 5.2.1. La fórmula legal en los tipos contractuales y la presencia de un interés que no se reduce al de prestación. – 5.2.2. El caso del art. 1572 del Código Civil de 1936. – 5.2.3. El problema peruano visto desde una óptica conceptual. – 5.2.3.1. (*sigue*)... el rol de la doctrina y la tibia constatación de un problema. La posición de Cornejo y Rey de Castro. – VI. *Síntesis:* valor y función de la tutela contractual de los bienes de la contratantes con anterioridad a la promulgación del Código Civil de 1984. La experiencia peruana, alemana y francesa en comparación y los rasgos característicos de la primera en su evolución histórica.

V. La necesidad por un nuevo código civil para la República había logrado consenso dentro del ambiente jurídico¹⁰⁸², quizá guiados más por el lado económico que por aquél social y político que, a pesar de los variados y multiformes cambios experimentados en el transcurso de más de medio siglo, seguía manteniéndose en estado de ebullición.

El proyecto de codificación se desarrolló durante la segunda y tercera década del siglo XX, estando a cargo el mismo por los señores Juan José Calle, Pedro Oliveira, Alfredo Solf y Muro, M. A. Olaechea y Hermilio Valdizán, siendo resultado de ello, luego de sendos anteproyectos, el Código Civil de 1936.

En la etapa de codificación antes aludida, la doctrina nacional, concentrada básicamente en Lima, aunque no necesariamente “limeña”, y en una sola universidad, comenzó a virar de una época marcada por la exégesis a otra en donde la dogmática empezaba a tomar partido e importancia; fue ahí donde cobró vital importancia la presencia de autores como M. A. Olaechea y Cornejo, en el difícil y poco atendido campo del derecho de las obligaciones y los contratos.

El surgimiento de la dogmática no supuso en nuestro *medio* el solo acercamiento a la doctrina extranjera, cuyos rastros pueden encontrarse incluso antes en las obras de García Calderón u Ortiz

(¹⁰⁸²) **BADANI CHÁVEZ, Rosendo.** Obligaciones y contratos. 3er curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Atlántida, 1948, p. 5.

de Zevallos, sino la adopción de una técnica de estudio distinta, vinculada a la abstracción de los conceptos antes que a la normativa. Pero como todo cambio, el rezago del pasado -veremos- seguirá presente en la doctrina que se inició con M. A. Olaechea y Cornejo y que verá uno de sus momentos más significativos con León Barandiarán.

De alguna forma, la aparición de una dogmática, aun cuando divorciada del rol creador teóricamente atribuible a esta, marca el fin de un código que era tributario de una época en donde la ciencia jurídica se confundía con su objeto de estudio en una solución inescindible. Por eso, la exégesis fue la técnica y cuando la influencia francesa comenzó a ingresar al *medio* nacional, esta iba acompañada de argumentos que apelaban a la autoridad de los grandes autores franceses de la época, desde Baudry-Lacantinerie hasta Planiol o Josserand; sin embargo, y a pesar de que hubo críticas en relación a las posturas de dichos autores y la conciencia de que el Código Civil de 1852 no era el *Code, strictu sensu*, ello no significó el salto a la dogmática en el sentido alemán.

La razón de lo anterior puede ubicarse en el hecho que nuestros autores, hasta el surgimiento de una dogmática, no estaban emparentados ni muy familiarizados con los autores alemanes, y los otros autores a los que estos recurrían, franceses, las más, o italianos, los menos, tampoco contaban con formación ni influencia germana marcada.

Ahora bien, coincidentemente, la aparición de una dogmática en sede nacional, se debe también en gran parte a que el influjo alemán comenzó a llegar, aunque no necesariamente de forma directa, si de manera indirecta, mediante traducciones o referencias de otros autores. Así puede observarse de los trabajos de M. A. Olaechea, Cornejo y León Barandiarán.

En los autores que estuvieron en los albores del nacimiento de la dogmática nacional se exhibe el rezago antes confesado, pero también una sutil tendencia a abarcar diferentes ramas del derecho, sea en lo que respecta a la Historia del Derecho, el Derecho Comercial o el Derecho Penal, inclusive¹⁰⁸³. En los autores que sucederán a estos, este último carácter, junto a aquél otro antes

(¹⁰⁸³) Como sucedió en el caso de M. A. Olaechea (Historia del Derecho Peruano), A. G. Cornejo (Derecho Penal) o Lino Cornejo (Derecho Civil).

anotado, irá desapareciendo, aunque no así un rasgo patológico que seguirá presente incluso hasta nuestros días: la ruptura con el pasado y la formulación fragmentada de posiciones desprovistas de historicidad nacional.

De cualquier manera, el tratamiento nacional de la materia del derecho de obligaciones y los contratos se vería influenciado con la aparición de una dogmática, en algunos casos con mayor incidencia que en otros, como veremos en lo sucesivo a propósito del Libro V del Código Civil de 1936, cuya autoría recayó en M. A. Olaechea.

5.1. Conforme a lo dicho, en el Código Civil de 1936 la regulación de las obligaciones y los contratos se ubicó en el Libro V.

En un código logradamente técnico, al contrario del Código Civil de 1852, el estudio de las categorías jurídicas, y como parte de ello, sus definiciones, mayormente, quedaron a cargo de la doctrina.

El estudio de la materia de las obligaciones significó en el mayor de los casos el análisis respecto de sus fuentes, concepto, estructura y patologías.

Comencemos con el problema de las fuentes en el Código Civil de 1936.

M. A. Olaechea, quien fuera crítico respecto de la enumeración de las fuentes de las obligaciones presente en el Código Civil de 1852, y bajo la firme convicción que las únicas fuentes eran la ley y la voluntad¹⁰⁸⁴, optó, en línea con la más moderna codificación de la época, virar la propuesta contenida en el Segundo Anteproyecto de la Comisión Reformadora del Código Civil (Libro V)¹⁰⁸⁵ y descartar la incorporación de un artículo para tal efecto en el Código Civil de 1936, reservando dicha tarea a la doctrina nacional¹⁰⁸⁶, quien debía encargarse de identificarlas y postularlas.

⁽¹⁰⁸⁴⁾ *v. OLAEACHEA, Manuel Augusto*. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil... *óp. cit.*; p. 15 y ss.

⁽¹⁰⁸⁵⁾ Parágrafo 107: Las obligaciones provienen de la ley o de la voluntad del hombre, manifestada por un acto jurídico (Sección Segunda: De las obligaciones y de sus modalidades).

⁽¹⁰⁸⁶⁾ **LEÓN BARANDIARÁN, José**. Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; p. 30.

Para este autor, el Código Civil de 1936 abandonaba “las figuras del cuasi-contrato y el cuasi-delito por ser aparentes. La obligación cuasi-contractual, como la proveniente del cuasi-delito, no derivan su imperio de la voluntad sino de la ley. El proyecto abandona esa nomenclatura; asimila las llamadas obligaciones cuasi-contractuales y las obligaciones legales, porque las unas y las otras reposan en motivo de justa convivencia y estima el delito y el cuasi-delito como actos ilícitos, cuyos efectos en el orden jurídico precisa reparar¹⁰⁸⁷”.

La posición de M. A. Olaechea tuvo eco en la doctrina sucesiva.

Cornejo planteaba que si bien el Código Echenique reconocía cinco fuentes, las fuentes de las obligaciones no eran sino dos: la ley y el contrato (voluntad)¹⁰⁸⁸. En ambas se contendría la cuatripartición de Justiniano y la denominada “voluntad unilateral”¹⁰⁸⁹. En esa misma línea, otro autor, manifestaba que “se está de acuerdo en distinguir dos fuentes: la ley y la voluntad humana¹⁰⁹⁰”. Sin embargo, demás está decir que las opiniones discrepaban “en cuanto a referir las diferentes obligaciones a una u otra fuente¹⁰⁹¹”.

Sobre lo último, León Barandiarán confesaba que “toda clasificación que se haga no tiene sino un valor relativo”, pero si se quisiese intentar una, “creemos que basta reparar en que los efectos jurídicos pueden ser generados: a) por hechos dependientes de la voluntad humana; b) por hechos independientes de esa voluntad, y que estos últimos pueden consistir en: e) hechos en los cuales el agente pretende la producción del propio efecto jurídico (acto jurídico), o d) no la pretende, pudiendo en este último caso el hecho ser e) en sí ilícito o ser f) ilícito (actos ilícitos); y si se trata de relacionar tal sistematización del hecho y el acto jurídico con las fuentes de las obligaciones, y si se distingue el acto jurídico (c), de todos los demás hechos jurídicos (a), (e), (f), resulta que es la ley la fuente de las

(¹⁰⁸⁷) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil... *óp. cit.*; p. 16.

(¹⁰⁸⁸) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 69.

(¹⁰⁸⁹) Ídem, p. 71 y ss.

(¹⁰⁹⁰) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; p. 30.

(¹⁰⁹¹) *Ibíd.*

obligaciones en estos últimos, y la voluntad del hombre manifestada por una declaración de la misma, en aquél¹⁰⁹²”.

Desde luego que había que hacer una salvedad, “la ley o la voluntad humana manifestada por una declaración de la misma, son respectivamente fuentes de obligaciones en este sentido: que en unos casos es la ley la que impone directamente el efecto jurídico, sin consideración a la voluntad en tal sentido del agente: (e) y (f), o sin participación de la voluntad humana: (a); y en otros casos es el acto de voluntad humana, (c), el que directamente crea y tiende a la producción del efecto jurídico – en los actos jurídicos¹⁰⁹³”.

Lo cierto es que “todo efecto jurídico proviene de una doble participación: la voluntad humana, directa o indirectamente, creando directa o indirectamente una situación, y la ley atribuyendo directa o indirectamente un efecto jurídico a esa situación¹⁰⁹⁴”. Así pues, la “distinción (...) de las fuentes de las obligaciones, en legal y convencional, sólo se explica considerando cuando una u otra directamente crea la obligación, participando la otra indirectamente a tal creación¹⁰⁹⁵”.

Dicho esto, no cabe duda que se presentó cierta unanimidad respecto del problema de las fuentes de las obligaciones durante la vigencia del Código Civil de 1936, aun en ausencia de norma expresa en ese sentido¹⁰⁹⁶.

5.1.1. Hasta este momento, la noción de obligación que nuestros autores habían incorporado en su concepto no contemplaba una faceta protectiva. Corresponde entonces determinar si esta circunstancia seguía presentándose o si algo había cambiado.

En línea con el código derogado, el Código Civil de 1936 no definió legislativamente la obligación. Tampoco puede decirse como para el caso del Código Echenique que esta se encontraba

(¹⁰⁹²) Ídem, pp. 30-31.

(¹⁰⁹³) Ídem, p. 31.

(¹⁰⁹⁴) *Ibíd.*

(¹⁰⁹⁵) *Ibíd.*

(¹⁰⁹⁶) *v. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.* “Fuentes de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 1812.

en la definición de contrato, dado que el escueto art. 1328 no daba mayores luces sobre ambas cuestiones.

La doctrina nacional, durante la vigencia del Código Civil de 1936, se ocupó del asunto, básicamente en la obra de (i) M. A. Olaechea, (ii) Cornejo, (iii) León Barandiarán, (iv) Badani, y (v) Castañeda.

(i) En la concepción de Olaechea, la obligación, más allá de la persistencia por referenciar a esta a partir de la noción de “relación jurídica”, y en línea con lo comentado para el Código Civil de 1852, seguía apareciendo, *strictu sensu*, como una relación de prestación¹⁰⁹⁷. Fue esta forma de ver y entender la “obligación” la que desembocará en lo que será el Libro V del Código Civil de 1936, y que finalmente será transmitida a sus alumnos en su cátedra de la UNMSM¹⁰⁹⁸.

(ii) Otro autor, Cornejo, quien como M. A. Olaechea había dado algunas luces sobre la materia de las obligaciones y los contratos a las postrimerías del Código Civil de 1852 (aunque de

(¹⁰⁹⁷) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 1 y ss. (de la parte correspondiente a obligaciones).

(¹⁰⁹⁸) *v.* referencia anterior.

manera bastante escueta¹⁰⁹⁹), observó (para el Código Civil de 1936) -no sin razón- que en la conceptualización de la “obligación” era posible advertir dos tendencias¹¹⁰⁰; una de *tipo romano*, y otra de *tipo técnico jurídico*¹¹⁰¹, siendo estas además -sin duda para nosotros- la síntesis de la evolución histórica peruana sobre el particular (hasta ese entonces).

Con relación a la primera, básicamente esta adoptaba el esquema de la *obligatio*, la cual tuvo la fortuna de ser adoptada por Pothier y el *Code*, quedando garantizada con ello su reproducción en los diversos códigos de inspiración francesa como el peruano de 1852¹¹⁰². Para comprobar ello, Cornejo dirigió el asunto a la definición legislativa que en los códigos mencionados se presentaba a propósito

(¹⁰⁹⁹) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Síntesis de las lecciones dictadas por el catedrático del segundo curso de Derecho Civil. Derechos y obligaciones. Universidad Nacional de San Marcos. Lima: Minerva, 1928, *passim* (quien recogía la definición de Demogue y que creía se aproximaba a aquella contenida en el BGB). Este trabajo tenía por objetivo introducir en la materia a los alumnos del Segundo Curso, antes que constituirse en un referente dogmático sobre la materia (de ahí su poca profundidad). En ese sentido, y visto en perspectiva, debe ser visto como un esbozo de lo que representará años después su *Exposición Sistemática*, por lo que a fin de valorar correctamente su concepción de la materia, es preferible abordar el asunto desde su obra orgánica antes que por sus lecciones (sobre todo porque contamos con ambos documentos, lo que no ocurren con otros autores de los que solo conocemos sus apuntes de clase), y ubicar su trabajo con la generación de autores que surgirá luego de promulgado el nuevo código. Con respecto a este autor, es importante destacar en él marcados momentos de una evolución jurídica. Durante la vigencia del Código Civil de 1852, y mortificado por la escases de estudios jurídicos en sede nacional, emprendería unos comentarios a la legislación civil en clara consonancia con aquellos producidos en Francia, a cuyos autores Cornejo demostraba profunda admiración y de quienes se propuso imitar el método de la exégesis (*v.* la técnica seguida en ID. Legislación civil del Perú. Comentarios al Código Civil de 1852. Tomo I. De las personas y sus derechos. Artículos 1 a 453. Chiclayo: Librería y casa editora Dionisio Mendoza, 1921 p. i-iv; y *ib.* en la *Síntesis de las lecciones del segundo curso*). Si su producción académica hubiese acabado en ese momento, su lugar hubiese estado al lado de nuestros autores caracterizados por la exégesis, como Toribio Pacheco u Ortiz de Zevallos. Sin embargo, fue con su *Código Civil. Exposición sistemática y comentario* que la corriente dogmática fue ingresando en Cornejo, a partir de su Tomo I (no estamos de acuerdo en quienes ven en este tomo una análisis exegético, para tal efecto, *v.* las secciones relativas al derecho subjetivo, el acto jurídico y la responsabilidad extracontractual), el cual estructural y sustantivamente supuso un claro adelanto en términos académicos a lo que representó la *Legislación civil del Perú* y la *Síntesis de las lecciones del segundo curso*, siendo ello más claro en sus comentarios dedicados a la teoría de las obligaciones y los contratos (Tomo II y III). El dato no menor que acompañó este proceso fue la influencia de la doctrina alemana, inexistente mayormente en la *Legislación civil del Perú* y trascendental en el *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*. Esta circunstancia nos conmina a nosotros a caracterizar a Cornejo por dogmático antes que exégeta, si es que se analiza su obra en conjunto. No cabe duda que si esa dogmática hubiese influido desde un inicio de su etapa académica, su contribución habría sido mayor aún, sin perjuicio de que tal y como ocurrieron los hechos históricos, su obra en materia de obligaciones y contratos fuera la más importante, a nuestro criterio, del siglo XX en el Perú.

(¹¹⁰⁰) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 27.

(¹¹⁰¹) Esta expresión fue empleada también por otro autor nacional, quien luego de señalar que el término “obligación” presentaba dos acepciones, indicaba que la obligación, en su acepción técnico-jurídica, excluía a los deberes impuestos por el Derecho Público y el Derecho Privado (que se refieran a los Derechos Reales, Familia o Sucesiones), comprendiendo únicamente, y por contraposición a su acepción lata o amplia, a las obligaciones legisladas en el Libro V del Código Civil de 1936 (*v.* **PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo.** Elementos de Derecho Civil peruano. 2da ed. Tomo I. Lima: Universo, 1970, p. 257 y ss.

(¹¹⁰²) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; pp. 27-28.

del contrato, el cual era concebido como convenio celebrado entre dos o más personas y por el cual se obligan a dar, hacer o no hacer alguna cosa¹¹⁰³.

Asimismo, sobre esta concepción de obligación, Cornejo alegaba algo que ya tuvimos ocasión de señalar, esto es que “en la definición justiniana como en todas las que le son similares, aparece como elemento esencial la existencia del deudor; la del acreedor considérase (sic) como más o menos eventual¹¹⁰⁴”. Así pues, “esta noción destaca uno de los aspectos de la relación obligacional: la protección jurídica otorgada al acreedor y es mas (sic) o menos extensa según que se trate de una obligación meramente natural; la protección del sujeto activo se manifiesta en el vínculo impuesto a la voluntad del sujeto pasivo, subordinando su interés al de la otra parte¹¹⁰⁵”. Finalmente, la idea de obligación bajo el cariz romano permitía distinguir entre el derecho personal (poder del acreedor de exigir la prestación y no más) y el derecho real (posibilidad de su titular de perseguir la cosa *erga omnes*)¹¹⁰⁶.

La definición de obligación bajo el esquema *tipo técnico jurídico*, a criterio de Cornejo, seguía básicamente la fórmula de Savigny, quien incorporaba para tal propósito la noción de relación jurídica. Según nuestro autor, “en esta concepción, aun cuando ciertos autores mantienen la idea de vínculo, la obligación se nos presenta en su doble aspecto activo y pasivo, abarcando en una unidad el poder del acreedor y la sujeción del deudor. La obligación que es una idea específica, se identifica con la relación jurídica que es una categoría genérica¹¹⁰⁷”.

Para clarificar lo anterior, Cornejo parte por señalar que en la noción de relación jurídica se entiende agrupados todos los efectos jurídicos atribuidos por la ley a una relación entre dos personas o entre una persona y una cosa, distinguiéndose esta de los derechos y deberes aislados¹¹⁰⁸. Esta distinción entre relaciones jurídicas y derechos presenta especial importancia en materia de

(¹¹⁰³) Ídem, p. 28.

(¹¹⁰⁴) Ibíd.

(¹¹⁰⁵) Ídem, pp. 28-29.

(¹¹⁰⁶) Ídem, p. 29.

(¹¹⁰⁷) Ibíd.

(¹¹⁰⁸) Ibíd.

obligaciones¹¹⁰⁹. Así pues, “el contrato engendra entre las partes una relación jurídica (la relación obligacional) de la que a su vez, concurriendo o no otros hechos, nacen uno o varios créditos, con sus correspondientes obligaciones, y diversos derechos de otra índole *v. gr.* derechos de rescisión o resolución de los contratos¹¹¹⁰”.

Establecida la distinción entre relación jurídica y derechos (crédito) y obligaciones (deuda), Cornejo confiesa cierta confusión sobre ella en el Código Civil alemán, el cual a su criterio emplea el sintagma obligación para aludir a relación jurídica (*Rechtsverhältnis*) que nace del contrato, o lo que sería la *Vertragsverhältnis* (o relación contractual), cuando no al crédito considerado en sí mismo. Lo propio se hacía extensible a ciertos autores alemanes como Enneccerus o Crome¹¹¹¹.

Lo cierto es que siguiendo a Carnelutti, Cornejo advierte que obligación y derecho son el anverso y reverso de una misma medalla, ambos indisolublemente unidos, pero considerando ambas -en forma individual- una sola faceta del fenómeno: son nociones unilaterales y parciales¹¹¹². Ahora, “si la una y la otra se combinan, considerando el fenómeno en una y otra fase, el lado activo y el lado pasivo, se obtiene la noción de relación jurídica, que es expresión de la correspondencia, o si se quiere también, de la correlatividad de la obligación y el derecho¹¹¹³”. De esta manera, “la diferencia entre relación jurídica, obligación, derecho o interés protegido, es así puramente teórica. En el campo político el fenómeno es siempre uno, porque como no existe la obligación sin el derecho o viceversa, tampoco existe obligación o derecho sin relación jurídica¹¹¹⁴”.

Prosigue Cornejo indicando que “precisamente porque la noción de relación jurídica presenta sobre la de obligación y de derecho la ventaja de la plenitud y la bilateralidad, la ciencia jurídica, (sic) prefiere referir a la relación, antes que a sus elementos (obligación y derecho) (...)”¹¹¹⁵.

(¹¹⁰⁹) Ídem, p. 29.

(¹¹¹⁰) Ídem, p. 29.

(¹¹¹¹) Ídem, pp. 30-31.

(¹¹¹²) Ídem, p. 31.

(¹¹¹³) *Ibíd.*

(¹¹¹⁴) *Ibíd.*

(¹¹¹⁵) *Ibíd.*

Entre la concepción romana francesa y la técnica jurídica, Cornejo se decanta por la segunda, toda vez que esta destaca por presentar un momento estático, en donde la obligación se presenta como una situación jurídica específica, resultante de ciertos hechos y de ciertas declaraciones de voluntad, y en la cual dos o más personas aparecen vinculadas de modo que la una pueda exigir de la otra una determinada prestación, y un momento dinámico, “o sea cuando se produce, se actualizan y se actúan los efectos que le son propios¹¹¹⁶” (obligaciones y derechos).

Teniendo en cuenta ello, la obligación, según Cornejo, puede definirse como “la relación que una declaración de voluntad o un precepto de la ley, establece entre dos personas, de modo que si la una no hace la prestación prometida, la otra puede compelerla por los medios legales a que la haga, o a que le indemnice el perjuicio derivado del incumplimiento¹¹¹⁷”. En la base de esta definición, se encuentra el presupuesto que la relación de obligación se constituye por una relación de deuda y otra de responsabilidad¹¹¹⁸.

Es por ello que se precisa que la “relación jurídica u obligacional, son los efectos compulsivos y compensatorios con que la ley sanciona el incumplimiento de la prestación, que por declaración de voluntad o por derecho, debe uno hacer a favor de otro¹¹¹⁹”.

Finalmente, esta concepción queda sintetizada cuando se decía que la misma se encontraba constituida por los siguientes elementos: (i) situación de hecho, la existencia de una promesa o la necesidad legal de una prestación a que uno está sujeto a favor de otro¹¹²⁰; (ii) persona, el deudor promitente o sujeto pasivo del deber legal; el acreedor o titular del derecho subjetivo de que emana el poder de exigir la compulsión jurídica para sancionar el incumplimiento¹¹²¹; (iii) prestación, un hecho o una abstención, un hacer o un no hacer, autorizados por la ley, como contenido de la

(¹¹¹⁶) Ídem, p. 32.

(¹¹¹⁷) Ibid.

(¹¹¹⁸) Ibid.

(¹¹¹⁹) Ídem, p. 38.

(¹¹²⁰) Ibid.

(¹¹²¹) Ibid.

promesa o deber a que está ligado el deudor¹¹²²; y (iv) sanción, la ejecución forzosa -efecto compulsivo- y la indemnización -efecto compensatorio- a que queda sujeto el promitente¹¹²³.

Visto en perspectiva, en la posición de Cornejo, se aprecia una evidente disociación en la connotación de la obligación pero no tanto por el carácter polisémico del sintagma (siglo XIX), sino por su potencialidad para abstraerse como expresión de una figura de orden superior (*Rechtsverhältnis*). La “obligación” como “relación de obligación” bajo el cariz de la “relación jurídica” sintetiza el pensamiento de Cornejo; uno que a simple vista aparece bastante influenciado por la dogmática alemana.

Lo anterior conformaba sin duda el sustrato ideal de la obligación.

El sustrato material del mismo yacía en la vinculación de orden inferior, o si se quiere, de orden de contenido de la obligación; esto es, los “derechos y obligaciones” que surgían con el contrato.

La expresión *derechos y obligaciones* sintetiza un fenómeno complejo que en su primer estadio se encontraba constituido por dos posiciones jurídicas concretas: el crédito y la deuda. Este *momento estático* se vinculaba idealmente por la sola afirmación que uno era el reverso del otro, aunque ello no quitaba que ambas representasen auténticas posiciones jurídicas independientes una de otra. A nuestro criterio, acá se ubicaba gran parte de nuestra experiencia jurídica en la materia.

En su segundo estadio, la citada expresión aparece como una sinécdoque que define la parte por el todo. En el Cap. III demostraremos ello conforme el Código Civil de 1984.

Como pudimos ver, durante su exposición, Cornejo plantea que del contrato o *Vertragsverhältnis* nacen uno o varios créditos, con sus correspondientes obligaciones y diversos derechos de otra índole¹¹²⁴. Esto quiere decir que en su concepción, si lo que se buscaba dilucidar era el sustrato material o contenido de la “relación”, el contrato como una de las *sources des obligations* era capaz de

(¹¹²²) Ibíd.

(¹¹²³) Ibíd.

(¹¹²⁴) Ídem, p. 30.

“producir” posiciones jurídicas que no se reducían al crédito y al débito, lo que en buena cuenta - dijimos- caracterizaba la experiencia alemana. La cuestión es saber hasta qué punto era así.

Cuando tuvimos ocasión de revisar la experiencia alemana en materia de obligaciones y su desarrollo, advertimos que en la base de ella se encontraba la noción de buena fe *ex* § 242 BGB. Conocedor de ello, Cornejo, más allá de estudiar el rol de la buena fe en materia de interpretación del contrato, y siguiendo la tendencia alemana, señalaba que aun cuando nuestra legislación no reproducía exactamente las disposiciones del BGB, “parece obvio que el criterio determinante de la buena fé (sic) y de la intención de las partes, debe servir como punto de referencia tanto para la determinación del contenido como de las modalidades de la prestación que la doctrina acepta como normas supletorias para la decisión de los casos concretos que no están regidos por una norma positiva explícita¹¹²⁵”.

Ahora bien, Cornejo tenía claro que cuando se trataba de obligaciones derivadas de un contrato, las relaciones de obligación, en todos sus aspectos y contenido, se determinan, en primer término, por la voluntad de los interesados, sirviendo la buena fe como límite en la determinación de esta intención¹¹²⁶. Postergado lo último para después, y al corresponder a la buena fe la determinación del contenido de la “obligación”, Cornejo no duda que “en determinadas circunstancias, de la buena fe puede resultar, también, que el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley¹¹²⁷”.

En efecto, según nuestro autor, “el que promete una prestación positiva, por ejemplo, la entrega de un caballo para el 1º del mes próximo, no debe únicamente, (sic) ejecutar la actividad que procure inmediatamente al acreedor la cosa debida, o sea la entrega, sino que además, tiene que omitir todo aquello que pudiera frustrar o poner en peligro el fin de la obligación, como, por ejemplo, hacer trabajar excesivamente al caballo; en su caso, tiene que adoptar también las medidas positivas

(¹¹²⁵) Ídem, p. 62.

(¹¹²⁶) Ibíd.

(¹¹²⁷) Ídem, p. 63.

conducentes o (sic) conservar la posibilidad de la prestación, por ejemplo, alimentar el caballo y pasearlo¹¹²⁸”.

Lo propio ocurría en el caso de una obligación negativa. Así, Cornejo señalaba que “el que atribuye a su vecino un derecho personal de paso, prometiéndole tolerar que utilice la finca para el acceso a la vía pública, está también obligado, de conformidad con la buena fe, a adoptar aquellas medidas de carácter positivo que posibiliten el ejercicio del derecho de paso, por ejemplo, dejar abierta la puerta de la finca en el tiempo oportuno¹¹²⁹”.

Los deberes accesorios como deberes que no se identificaban en el deber principal de prestación, aparecían como parte del contenido o sustrato material de las “obligaciones”, bajo la expresión “derechos y obligaciones”.

Lo cierto es que ahí mismo acontecía la presencia de otros *derechos de diversa índole*.

Como parte de los derechos subjetivos, Cornejo reconocía la existencia de una clase específica de estos, denominado aquí bajo la rúbrica de derecho conformativo o derecho potestativo¹¹³⁰.

Según indica nuestro autor, “los derechos de la potestad jurídica, llamados derechos potestativos, no han sido destacados con su figura propia e independiente, ni distinguido con la suficiente claridad de los derechos en general y de los derechos dotados de acción en particular, hasta llegar a autores muy modernos (Thon, Zitelman, Seckel)¹¹³¹”.

Dicha clase de derecho subjetivo era entendida como “aquellas facultades que tienen algún poder para producir efectos jurídicos y otorgar a su titular la posibilidad de producir, mediante la propia actividad y por declaración unilateral, un efecto de derecho. Estos derechos obtienen, pues,

(¹¹²⁸) Ibíd.

(¹¹²⁹) Ibíd.

(¹¹³⁰) *v.* Cap. I.

(¹¹³¹) **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario I... *óp. cit.*; p. 99.

satisfacción merced al titular mismo y no suponen desarrollo alguno de poder, dirigido sobre ajenas voluntades, es decir, acción¹¹³²”.

En la base de la posición de Cornejo yace a todas luces la experiencia alemana, sin duda¹¹³³, pero en lo que aquí importa, los derechos potestativos (*p.e* como de resolución¹¹³⁴), al asumir independencia jurídica, se agregaban al contenido de la relación de obligación, tal y como ocurría con la excepción¹¹³⁵, la cual -según nuestro autor-, entendida como contra-derecho o derecho negativo¹¹³⁶, constituía en su especialidad una figura autónoma¹¹³⁷, lo que no significa que en algunos casos apareciera en forma dependiente y en otras independiente¹¹³⁸, al punto que “solo en sentido restringido cabe incluir la excepción entre los derechos llamados potestativos¹¹³⁹”.

Y a todo ello se le agregaba otras posiciones jurídicas, quizá unas más discutidas y estudiadas que otras, como podría ser la carga.

Teniendo en cuenta ello, la suma de posiciones jurídicas que en el pensamiento de Cornejo se evidenciaba conformaban la base jurídica que soportaba la idea de *derechos y obligaciones*; en buena cuenta, el sustrato material antes referido.

Pero si se advierte, dicho sustrato material aparece en dicho segundo estadio en forma conjuntiva, como la suma inconexa de posiciones jurídicas que solo compartían el dato de formar parte de la noción jurídica de obligación (o de su contenido). El gran cambio y lo relevante de la posición de Cornejo yacía en pretender dotar a dicho contenido de una funcionalidad sistemática que trascendía ahora sí *strictu sensu* la *obligatio*. Dicha circunstancia conformaría lo que es el sustrato ideal de la obligación, y en la base de ella, como motor fundante, se encontraba la idea de relación jurídica.

(¹¹³²) Ídem, pp. 99-100.

(¹¹³³) *v.* Cap. I.

(¹¹³⁴) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 30.

(¹¹³⁵) *v.* Cap. I.

(¹¹³⁶) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario I... *óp. cit.*; p. 102.

(¹¹³⁷) *Ibíd.*

(¹¹³⁸) *Ibíd.*

(¹¹³⁹) *Ibíd.*

Visto en conjunto, sustrato ideal y sustrato material representarían en una unidad la obligación en sentido técnico; una “obligación” que en la concepción de Cornejo era sinónimo de *relación de obligación (Schuldverhältnis)*, en la connotación alemana tantas veces aludida, y *relación contractual (Vertragsverhältnis)*, como tuvimos también ocasión de sustentar.

En Cornejo, con mayor o menor claridad (bajo la creencia de estar ante una “idea sistemática”¹¹⁴⁰, la relación de obligación dejó de representar la *obligatio* para pasar a ser la *Schuldverhältnis* alemana, básicamente una *relación compleja* por su construcción interna como «*sistema móvib*», incluso aun cuando en su pensamiento no se evidencie explícitamente (mas si implícitamente) la obra de Herholz, Siber, Heck o Stoll.

Fue este soporte teórico dogmático incorporado al discurso de nuestro autor que le permitirá advertir la presencia de un deber que no se relacionaba con los de prestación (principal y/o accesorios) y cuya función consistiría en cautelar la esfera jurídica ajena. Este deber que ingresaría a formar parte de la relación de obligación, tal y como Cornejo la concebía, será materia de análisis más adelante.

(iii) Observemos ahora la perspectiva de León Barandiarán.

Autor de unos valiosos Comentarios al Código Civil así como de otros tantos escritos sobre el Derecho Civil, León Barandiarán destinó a la materia de las obligaciones al segundo tomo de su obra principal, la cual apareció casi contemporáneamente con el trabajo de Cornejo.

Según León Barandiarán, “la obligación en el sentido que la toma la Sección Segunda del libro V del Código (...) (así como su Sección Tercera...), es considerada como término correlativo de los llamados derechos de crédito o derechos personales¹¹⁴¹”. Esto quería decir que “se trata de un vínculo de carácter patrimonial, personal, que consiste en una prestación a la que un sujeto -el deudor- está obligado, y que consiste en hacer (lo que involucra dar) o no hacer alguna cosa¹¹⁴²”.

(¹¹⁴⁰) CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 38.

(¹¹⁴¹) LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; pp. 31-32.

(¹¹⁴²) Ídem, p. 32.

En buena cuenta, la obligación como “deuda” o “débito”.

Si la “obligación” reconocida en el Código Civil de 1936, conforme indicaba León Barandiarán, era en el fondo la “deuda” de la prestación a cargo del “deudor”, esta no debía confundirse con otras “diversas situaciones u órdenes de derechos con los que puede estar conectada¹¹⁴³”, encontrándose más bien “destacada¹¹⁴⁴” de ellas. En otras palabras, si bien “cualquiera de los derechos de orden patrimonial (derechos personales, reales, sucesorios) los derechos de familia y aun los derechos de la personalidad dan origen a obligaciones en el sentido de un *vinculum iuris*, es decir, de obligación en sentido estricto (...)”, ello no quiere decir que la “obligación” del Código Civil antes referida se pueda confundir con aquellas que no representaban propiamente un deber jurídico de orden patrimonial (*v.* obligaciones familiares, morales, etc.), encontrando esta, al contrario, plena identificación con los “derechos creditorios” (que evocaba al *vinculum iuris* y la prestación personal)¹¹⁴⁵.

Hasta acá, la obligación presentada por León Barandiarán seguía el *tipo romano*.

La poca claridad y certeza en la materia, provocó en él la necesidad de “dilucidar claramente el sentido del término obligación¹¹⁴⁶”; entiéndase, su naturaleza jurídica. Para tal empresa, e influenciado por la doctrina alemana, León Barandiarán adoptó la definición de Endemann, de modo que, “obligación” era “la relación jurídica de carácter obligatorio existente entre dos sujetos, en virtud de la cual, uno de ellos, como acreedor, está autorizado a exigir del otro, como deudor una prestación¹¹⁴⁷”.

Pero a diferencia de Pedro Carlos Olaechea, M. A. Olaechea y, sobre todo, Cornejo, León Barandiarán no hizo énfasis en su discurso en la categoría de la “relación jurídica”, aun cuando su definición de obligación así lo contemplaba. De hecho, él destacaba que la noción brindada incorporaba “los tres elementos integrantes: el sujeto activo, el pasivo y el objeto. Y se destaca también el carácter intrínseco: la exigibilidad, por los medios legales, de lo que constituye la

(¹¹⁴³) Ibíd.

(¹¹⁴⁴) Ibíd.

(¹¹⁴⁵) Ibíd.

(¹¹⁴⁶) Ibíd.

(¹¹⁴⁷) Ibíd.

obligación¹¹⁴⁸". Esto quiere decir que la obligación jurídica (coercibilidad) así entendida adoptaba el sentido polisémico aquí referido, representando esta la prestación ("objeto") y el deudor ("sujeto pasivo").

Restaba el vínculo, y este llegaría cuando León Barandiarán indicara que "obligación *hoc sensu*, es como la definía Justiniano¹¹⁴⁹"; ergo, *vinculum iuris*, máxime porque ello fue confirmado por Heinneccio en el derecho intermedio, y luego recogido, entre otros, por Lomonaco y Rehbhein en lo que sería el derecho moderno¹¹⁵⁰. En síntesis, la "obligación" (polisémica) consagraba su última connotación y con ello el discurso conducía inexorablemente a la *obligatio* romana.

Una obligación en clave de *obligatio* y que evocaba en última instancia a una relación de prestación hizo inviable en el discurso de León Barandiarán alguna referencia a la faceta protectora que venimos rastreando.

(iv) Crítico respecto de la regulación de las obligaciones en el Código Civil de 1852 por dar -en línea con el *Code-* "preferencia a la teoría especial de los contratos sobre la general de las obligaciones¹¹⁵¹", Badani se avocó al estudio de las obligaciones y los contratos como parte de su Tercer Curso.

Luego de desvincular el derecho de las obligaciones de los derechos reales¹¹⁵² y denunciar las "impropiedades del lenguaje¹¹⁵³" con relación al término "obligación", dado que esta representaba (en sentido activo) "sinónimo" de crédito¹¹⁵⁴ y "deber¹¹⁵⁵", Badani, a fin de desentrañar el verdadero concepto de obligación, recurrió a la etimología del lenguaje para advertir en su sustrato final el "vínculo jurídico"¹¹⁵⁶, lo que a su criterio explicaría la razón por la que esta se encuentra en la base

(¹¹⁴⁸) Ídem, p. 32 y ss.

(¹¹⁴⁹) Ibíd.

(¹¹⁵⁰) Ibíd.

(¹¹⁵¹) **BADANI CHÁVEZ, Rosendo.** *óp. cit.*; p. 5.

(¹¹⁵²) Ídem, p. 9.

(¹¹⁵³) Ídem, p. 10.

(¹¹⁵⁴) Ibíd.

(¹¹⁵⁵) Ibíd.

(¹¹⁵⁶) Ibíd.

de la clásica definición de Justiniano como “vínculo de derecho por el que somos constreñidos con la necesidad de pagar alguna cosa según las leyes de nuestra ciudad¹¹⁵⁷”.

Ahora bien, “suprimiendo la última parte que se refiere a las obligaciones propias del Derecho Civil de los romanos, y aclarando el significado de la frase *Alicujus solvendae rei* con un texto del Digesto¹¹⁵⁸”, Badani explicaba que la definición de obligación derivaría en aquella que concebía a esta como el “vínculo de derecho por el cual somos constreñidos a dar, hacer o prestar algo¹¹⁵⁹”.

Atendiendo a que incluso, como pudimos ver, Las Partidas concebían la obligación a partir del *iuris vinculum*¹¹⁶⁰, este autor no dudaba que en el fondo de las nociones modernas de la obligación se hallaba el vínculo jurídico antes aludido¹¹⁶¹, pero advierte también que “la palabra vínculo presenta la obligación en su aspecto de deuda, por lo que muchos la han reemplazado con la palabra relación, que es más comprensiva, pues nos da al mismo tiempo su aspecto de crédito¹¹⁶²”. En otras palabras, el paso del *iuris vinculum* a la relación jurídica era de orden aclaratorio antes que conceptual.

Badani, como León Barandiarán, identificaba la obligación a partir de ciertos elementos intrínsecos: (i) vínculo jurídico; (ii) sujeto activo; (iii) sujeto pasivo; y (iv) objeto (prestación), sin que estos adopten un significado distinto o novedoso a los que nuestra doctrina anterior había formulado. En buena cuenta, en su concepción, la noción de relación jurídica no incidía tangencialmente en la obligación desde un punto de vista funcional, lo que exhibe pues una visión estática de esta.

Y de esta manera, Badani asumió la obligación como una relación de prestación *strictu sensu*. La pretendida faceta protectora de la obligación quedaba también descartada en este autor.

(¹¹⁵⁷) Ídem, p. 11.

(¹¹⁵⁸) Ibíd.

(¹¹⁵⁹) Ibíd.

(¹¹⁶⁰) Ibíd.

(¹¹⁶¹) Ibíd.

(¹¹⁶²) Ibíd.

(v) Por su parte, Castañeda introduce su exposición a partir de constatar que conforme el Derecho Romano, obligación era *vinculum iuris*¹¹⁶³.

El carácter polisémico de dicho término también fue reconocido por ese autor, quien alegaba que el sintagma “obligación” se confundía con otros. “Así se dice “obligación” por deuda, o también por crédito tomándose solo el lado pasivo o activo de la obligación. Las personas están sujetas a obligaciones pasivas. (...). Finalmente, se confunde la obligación con el instrumento en que la misma consta¹¹⁶⁴”.

Ahora bien, según Castañeda, el paso de la noción romana a la germana de obligación supuso mudar una concepción personalista de esta (vínculo de personas) a una estrictamente patrimonialista (ceñida en la prestación debida)¹¹⁶⁵; de ahí que se subordine una definición de obligación en clave romana o de *vinculum iuris* por otra de corte moderno anclado en la relación jurídica.

Lo anterior se justifica por el hecho que en realidad “la obligación no confiere al acreedor poder alguno sobre el deudor, ni menos subordina a éste a aquél. No existe sometimiento del deudor al acreedor. Lo único que se aprecia es que la libertad del deudor está disminuida (...)”¹¹⁶⁶; “en el sentido que éste al obligarse se compromete a cumplir determinada prestación¹¹⁶⁷”.

En la exposición de Castañeda se constata una afiliación a lo que Cornejo denominó definición *tipo técnico jurídico* de la obligación. Sin embargo, a diferencia de este último autor, en Castañeda no se termina de distinguir el concepto del contenido de la relación de obligación; en otras palabras, la presencia de las demás posiciones jurídicas no había sido advertida con claridad, por lo que su

(¹¹⁶³) *v.* **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.** Instituciones del Derecho Civil. El derecho de obligaciones. Tomo I. Lima: P. L. Villanueva, 1957, p. 19.

(¹¹⁶⁴) *Ibíd.*

(¹¹⁶⁵) *Ídem*, p. 20 y ss.

(¹¹⁶⁶) *Ídem*, p. 25.

(¹¹⁶⁷) *Ibíd.*

construcción de la teoría de las obligaciones se centró básicamente (por no decir únicamente) en la prestación¹¹⁶⁸.

Esto último es lo que impidió a nuestro autor dotar de una mecánica o nexo funcional a la “obligación”.

Si ello era así, más utópico aún resultaba que en su concepción la obligación aparezca como una “relación de protección” como revés de la relación de prestación.

En síntesis, las tendencias expuestas confirman que durante la vigencia del Código Civil de 1936, la obligación podía ser entendida según los moldes expuestos por Cornejo; sin embargo, debe subrayarse que ello es cierto siempre que inmediatamente se agregue que mayormente la doctrina nacional siguió la definición romana de obligación, en línea con gran parte de la doctrina peruana de segunda mitad de siglo XIX y primeras décadas de siglo XX, como lo demuestran los autores citados anteriormente, pero también otros como Romero Zavala, quien entendía a la obligación como “vínculo jurídico entre acreedor y deudor a través de una prestación determinada¹¹⁶⁹”.

Y salvo por el caso de Cornejo, sobre quien profundizaremos más adelante, los demás autores se mostraban ajenos a aceptar la existencia de un deber de cuidar la esfera jurídica ajena que se inserte en la relación de obligación.

5.1.1.1. Si sobre la obligación cabía un tipo romano y otro técnico jurídico en materia de concepto, no debería sorprender que en gran medida dichos “tipos” hayan definido su contenido.

No cabe duda que la importancia de determinar el “contenido” supone una elección por comprender técnica y científicamente las relaciones jurídicas de obligación, y sobre todo porque es en el contenido en donde se observa la dinámica de dicha vinculación intersubjetiva, caracterizada

(¹¹⁶⁸) La influencia de Castañeda en la doctrina nacional se comprueba cuando se observa que para un autor, además de reconocer la superación de la obligación romana por aquella germana, la obligación se definía “como una prestación que se puede negociar, que puede circular, con prescindencia, casi absoluta, del elemento personal, ya sea como deuda o como crédito” (Cfr. **BOGGIO AMAT Y LEÓN, René**. Derecho Civil. Obligaciones. Síntesis. Lima: S/E, 1982, pp. 11-12).

(¹¹⁶⁹) *v.* **ROMERO ZAVALA, Luis**. Teoría general de los contratos. Sección Cuarta del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1936. Arts. 1328 al 1382. Lima: Impresor JAL, 1979, p. 7.

por la interacción de sus diversas posiciones jurídicas que se contienen en su seno. Pero dicha actividad, que en Cornejo resultó bastante clara, se debió a que este haya incorporado un discurso moderno y germánico de la obligación, planteada siempre desde la categoría del deber y por el trazo que une el sustrato ideal y el sustrato material que permite el paso de la *obligatio* a la *Schuldverhältnis*. ¿Qué sucedía cuando una visión así no era adoptada?

La experiencia peruana nos demuestra que cuando el discurso no es capaz de desdoblar la noción de “obligación” en una categoría de orden abstracto, lo que sucede es que ella, al identificarse con el *vinculum iuris*, solo muestra una faceta estática, en donde el contenido de la relación de obligación suele reducirse a las posiciones jurídicas de deuda y crédito. Es así que la obligación es tratada en la obra de León Barandiarán y Badani, siendo recurrente en ellos la identificación entre *vinculum iuris* y *Rechtsverhältnis*.

La fórmula *obligación = vinculum iuris = Rechtsverhältnis*, que antes pudimos ver en M. A. Olaechea a propósito del Código Civil de 1852, yerra sustantivamente, toda vez que en ella confluyen momentos históricos de distinto orden que no pueden incorporarse en una forma de ver la obligación civil. Pero dicho error no es comparable a aquél que representa el hecho de no advertir en la obligación dos sustratos (ideal y material) distintos que confluyen en un mismo momento y que en buena cuenta explican y dotan de sentido y funcionalidad a nuestra construcción legislativa en materia de contratos, en sus diversos tipos contractuales.

Lo anterior no se ve contradicho por el hecho que, en esencia, ambas perspectivas de la obligación evocan a esta como una auténtica “relación de prestación”.

Como puede inferirse, la expresión “relación de prestación” sintetiza la polisemia que se haya detrás del término obligación. En efecto, el vínculo entre deudor y acreedor en virtud del cual el primero debe cumplir una prestación en favor del último representa *strictu sensu* la obligación como relación-prestación-deudor. La obligación romana que se caracteriza por la “prestación”, al desconocer de un contenido más allá, se limita a esta, y por ende podría ser caracterizada como “relación de prestación”. Sin embargo, pudimos ver también que la denominada “relación de

prestación” surge también en otro contexto; uno en donde lo que se busca es escindir la obligación en dos relaciones, una de “prestación” y otra de “protección”.

La diferencia entre la primera “relación de prestación” y la segunda es que la última se ve inmersa dentro una concepción móvil de la relación de obligación a diferencia de la otra, por lo que en estricto la denominación “relación de prestación” adquiere en uno *valor sintético* (síntesis de la *obligatio*) y en el otro *valor figurativo* que centra el discurso en el aspecto que motiva la vinculación intersubjetiva.

Cuando la “relación de prestación” actuaba como *valor sintético*, esta comprendía y reducía el significado de la obligación; al contrario, cuando actuaba como *valor figurativo*, esta aparecía como parte de una estructura mucho más grande que no se reducía a aquella.

Lo señalado no debe hacer perder de vista una cuestión importante: el recurso a la “relación de prestación”, en sus dos connotaciones, supone que en el fondo, tanto en uno u otro caso, el intérprete concibe como función de la “obligación” el servir de vehículo de cooperación entre sujetos, o lo que es lo mismo, una finalidad positiva o de utilidad. La ausencia de ella, simplemente, desnaturalizaría la “obligación”; de ahí que esta aparezca *strictu sensu* como una *obligación con prestación*.

La relación de prestación (u obligación con prestación) que se escinde discursivamente dentro de una concepción compleja de la *Schuldverhältnis* fue objeto de tratamiento en Cornejo. Por ello, en su seno, si bien centrada o vinculada a partir del hecho de la “prestación” (claro es el ejemplo de los deberes accesorios), las posiciones jurídicas adicionales contenidas en la “relación de obligación” siempre se encontraban alineadas unas con otras en aras de lograr la cooperación que aparece como base fáctica de toda vinculación jurídica. Y esta última, en línea con lo dicho, siempre aparecía como una finalidad positiva.

Esta forma de ver la obligación no supuso la regla en nuestro *medio*; al contrario, fue una excepción casi limitada a la obra de Cornejo.

Más adelante retornaremos sobre el punto para advertir que la “extensión” de la obligación en Cornejo supuso recoger el problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato.

5.1.2. La cuestión relativa al incumplimiento contractual se sintetizaba en la lectura de los arts. 1318 y 1320. La fórmula legal regulaba en el primer caso la imposibilidad, bajo el entendido que “la obligación se extingue cuando la prestación llega a ser imposible sin culpa del deudor”, y en el segundo caso el incumplimiento, siendo que “queda sujeto a la indemnización de daños y perjuicios aquél que en el cumplimiento de sus obligaciones incurre en dolo, culpa o morosidad, y el que de cualquier modo contraviniera a ellas”.

Si la lectura de la normativa aplicable se redujera al art. 1318, cabría la posibilidad de una interpretación en contrario en el sentido que solo cuando en la imposibilidad medie la culpa del deudor, la obligación no se extinguiría y por ende la responsabilidad del deudor subsistiría. En buena cuenta, el juicio de responsabilidad se ceñiría a determinar si la producción de la imposibilidad se debió a la culpa del deudor y no así a una causa no imputable a este. De ahí a plantear que la imposibilidad también se manifestaba *pro tempore* solo había un paso. Sin embargo, el art. 1320 del Código Civil de 1936 presentaba un tenor distinto. En este, la atención no se centra en la imposibilidad como evento impeditivo de la realización del programa obligatorio, sino en el propio comportamiento *in obligatione* del deudor.

La diferencia entre ambas radicaba en que en el primero la falta de cumplimiento representa un momento subsiguiente a la producción de la imposibilidad, una consecuencia de ella; y en el segundo, la ausencia de cumplimiento es el *prius* y la imposibilidad el *posterius*, en el esquema mental del juicio de responsabilidad.

A grandes rasgos, y sin el detalle normativo, estos eran los modelos de la responsabilidad *ex contractu* (*Inexecution – Leistungsstörungen*), en donde -como pudimos ver- la propia configuración de un sistema construido a partir de la imposibilidad determinó que el hecho fáctico que fundaba la violación se manifieste en sentido negativo; esto es, la imposibilidad solo ocurría si es que el deudor

no ejecutaba lo comprometido (significaba un no hacer), presentándose luego el problema de la violación positiva.

En un sistema basado en el incumplimiento, el hecho que determinaba dicha circunstancia no discriminaba entre un comportamiento positivo y uno negativo.

Teniendo en cuenta lo dicho, ¿qué modelo adoptó el Código Civil de 1936?

Cornejo sostenía que los daños y perjuicios derivados de la inexecución de una obligación se imputaban al deudor cuando se hubiere incurrido en la omisión por dolo o culpa¹¹⁷⁰. Si ahí hubiese quedado el asunto, la inexecución en Cornejo hubiese revestido una característica particular: su fisonomía negativa o de omisión. Supuesto que en los hechos se vinculaba a la “omisión” que identificaba la imposibilidad en la experiencia alemana.

Sin embargo, al advertir Cornejo que el elemento que fundaba la responsabilidad contractual yacía en la culpa, y luego de reconocer que el Código Civil de 1936, en materia de graduación de culpa, se había apartado de sistema romano reproducido en el Código Civil de 1852, no dudaba este que, contrario a lo dicho anteriormente, la inexecución de lo debido en forma culposa (mas no intencional, como en el dolo) podía adoptar una fisonomía positiva o negativa¹¹⁷¹.

Teniendo en cuenta lo dicho, no sorprende que este autor haya sustentado que “la culpa, es, pues, falta de diligencia, de previsión, de prudencia en la acción o en la abstención. Tanto de obrar contra o sin derecho, como dejar de obrar lo que por derecho era debido¹¹⁷²”. Básicamente, “1. Un estado de derecho u orden jurídico anterior; 2. Una acción u omisión voluntaria pero no intencional respecto al perjuicio o daño que pueda causar; y 3. Un perjuicio, daño o agravio positivo contrarios a aquel estado derecho anterior¹¹⁷³”

⁽¹¹⁷⁰⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 261.

⁽¹¹⁷¹⁾ Ídem, p. 262

⁽¹¹⁷²⁾ *Ibíd.*

⁽¹¹⁷³⁾ *Ibíd.*

Así pues, en su pensamiento, la responsabilidad del deudor se definía en función de la actuación diligente del deudor respecto del cumplimiento de su deber de prestación, en donde la culpa aparecía como el revés de la diligencia “si la acción u omisión que la constituye importa directamente violación de un contrato o de una obligación contractual anterior¹¹⁷⁴”. Sin duda, el énfasis puesto en lo “anterior” de la obligación objeto de violación tenía por finalidad distinguir la culpa *ex contractu* de la culpa extracontractual, en donde la obligación no preexistía sino sucedía la comisión del “acto ilícito¹¹⁷⁵”.

Dicho esto, y constituyendo el centro de la responsabilidad contractual el comportamiento culposo del deudor, se extrae que en el pensamiento de Cornejo, el sistema adoptado por el Código Civil de 1936 no se concentraba en la noción de imposibilidad, de modo que la violación contractual del deudor no se presentaba necesariamente en forma de omisión, sino que también podía ser a manera de comisión.

Ahora bien, para ahondar en el incumplimiento vía comisión, era importante destacar el rol del art. 1320 del Código Civil de 1936. Según Cornejo, cuando el referido dispositivo aludía a “cualquier otro modo” de contravenir la obligación, se refería este a la causa del incumplimiento, “como si dijera que a más del dolo, de la culpa y de la mora existen otras causas que hagan imputable la omisión o dilación del cumplimiento de los deberes jurídicos¹¹⁷⁶”. Hasta este punto, la influencia alemana era marcada, cuando el discurso incorporaba como causal de violación solo a la omisión (violación negativa) como a la dilación (mora).

Pero más allá de un discurso en el que aparentemente se bifurcaban el modelo francés del *Code* y el alemán del BGB, lo cierto es que -materialmente- Cornejo tenía claro que la opción del legislador peruano no era reducir la *fattispecie* de la responsabilidad *ex contractu* en el incumplimiento total (omisión consecuente de la imposibilidad) o la mora (imposibilidad *pro tempore*)¹¹⁷⁷, sino extenderlo de modo tal que comprenda las hipótesis en que “se falte a cualquier pacto incluido en el contrato,

(¹¹⁷⁴) Ídem, p. 263.

(¹¹⁷⁵) Ibíd.

(¹¹⁷⁶) Ídem, p. 281.

(¹¹⁷⁷) Ídem, p. 282.

siempre que se altera o desatiende algunas de las modalidades de la prestación, alterándola en algo esencial o importante, o, cuando menos, menoscabando la utilidad que ella debía reportar al acreedor¹¹⁷⁸.

Culmina nuestro autor indicando que “la expresión a que nos referimos abarca en su amplísimo contenido, cualquier hecho no lícito que causando perjuicio pueda alterar el cumplimiento fiel, estricto y normal de las obligaciones; cualquier modo o forma que comporte el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de la prestación con daño al acreedor¹¹⁷⁹”.

Aun cuando por formación pareciera que en Cornejo el modelo alemán funciona como la premisa conceptual, este autor fue capaz de advertir que el Código Civil de 1936 no siguió dicho modelo; al contrario, el nuevo cuerpo normativo reconocía la posibilidad de que el incumplimiento (como categoría central) se presente en diversas facetas, no solo en forma total, parcial o tardía.

Esta tendencia se verá luego confirmada en otro autor de influencia germana: León Barandiarán.

A primera vista, y desde un aspecto formal, este autor adoptó teóricamente el modelo de perturbación de la prestación contenido en el BGB, deduciendo que la ausencia de cumplimiento responde a un comportamiento positivo cuando no a uno negativo; el primero representaría la violación contractual *strictu sensu* o *negative vertragsverletzung*, el segundo, al contrario, supondría la *pVV* o violación positiva del crédito¹¹⁸⁰.

En tanto discurso, la exposición de León Barandiarán grafica el sistema peruano, aun cuando los términos jurídicos empleados para tal propósito parecieran haberse extrapolado de una experiencia jurídica distinta: aquella alemana.

Para corroborar ello, basta advertir que en este autor, “si la imposibilidad proviene de falta del deudor, la obligación se transforma en pago pecuniario de daños y perjuicios; obligación

(1178) *Ibíd.*

(1179) *Ídem*, p. 282.

(1180) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; p. 421.

compensatoria que funciona en substitución de la prestación primitiva *in natura*¹¹⁸¹". De esta manera, añade León Barandiarán que la obligación es exigible por regla en forma natural, de modo que "solo si ésta no llega a efectuarse, entonces tiene lugar la indemnización compensatoria de los daños y perjuicios, siempre que no se trate de una imposibilidad inimputable al obligado¹¹⁸²", y por el interés positivo¹¹⁸³.

Acto seguido, el discurso de nuestro autor se matiza. En efecto, "no solamente el incumplimiento de la prestación responsabiliza al deudor en caso de falta, culposa o dolosa. La prestación debe cumplirse en forma adecuada y completa¹¹⁸⁴". Así pues, desligándose del modelo alemán de la imposibilidad, plantea León Barandiarán que "un cumplimiento defectuoso, parcial, irregular, responsabiliza al deudor por el perjuicio que atañe al acreedor con el no cumplimiento regular¹¹⁸⁵". En el fondo, la consecuencia de esta postura radica en la presencia del art. 1320 del Código Civil de 1936, "cuando se refiere a la responsabilidad contra los que "de cualquier modo contravinieren el tenor de ellas (las obligaciones)¹¹⁸⁶".

Finalmente, explícito es el hecho que para León Barandiarán, "la falta del deudor, que responsabiliza al deudor por daños y perjuicios, puede ser culposa o dolosa¹¹⁸⁷"; ergo, la culpa contractual como antítesis de la diligencia debida en el cumplimiento de la prestación. La culpa contractual se hallaba así vinculada al comportamiento debido, y en distinto nivel, también a la imposibilidad sobrevenida *ex arts.* 1318 y 1319 del Código Civil de 1936.

De lo expuesto se concluye que al contener nuestro ordenamiento una cláusula general de exacto cumplimiento -en línea con el modelo francés-, el incumplimiento se presentaba como categoría cuyo rasgo principal no se definía a partir de una especial fisonomía del comportamiento del deudor, como acontecía en la experiencia alemana centrado en el esquema de la imposibilidad.

(¹¹⁸¹) Ídem, p. 417.

(¹¹⁸²) *Ibid.*

(¹¹⁸³) Ídem, p. 418.

(¹¹⁸⁴) Ídem, p. 420.

(¹¹⁸⁵) *Ibid.*

(¹¹⁸⁶) *Ibid.*

(¹¹⁸⁷) Ídem, p. 421.

Incumplimiento e imposibilidad funcionaban como categorías autónomas¹¹⁸⁸.

De este modo, el sistema no favorecía la importación del problema de la *pVV*. Esta última circunstancia, como ahora sabemos, no es suficiente para descartar que en nuestro *medio*, y durante la vigencia del Código Civil de 1936, se haya mantenido la tendencia por cautelar los bienes personales y patrimoniales de los *partners* contractuales.

5.1.3. La sección cuarta del Libro V del Código Civil de 1936 se ocupó de los contratos.

En lo concerniente a las disposiciones generales sobre la materia (título I), el nuevo código se apartó del Código Civil de 1852, toda vez que a diferencia del Código Echenique, este no presentó una definición normativa de contrato, en línea con la técnica legislativa adoptada a propósito de la regulación de la obligación. Nuevamente, dicha labor quedó reservada para la doctrina.

Si la obligación como *iuris vinculum* sintetizó -mayormente- la experiencia nacional hasta la promulgación del Código Civil de 1936, la categoría jurídica del contrato, tanto en la fórmula legal como en la doctrina jurídica, había quedado reducida al “consenso”, en línea con el repertorio francés.

La situación viró con la doctrina que trató el nuevo código.

La primera señal que propició dicho cambio se encontró en la adopción normativa de la teoría del negocio jurídico en el Código Civil de 1936. El significado de dicha circunstancia fue trascendental, al punto que ella se colocó entre dos momentos significativos del derecho contractual: la concepción clásica del contrato herencia del Derecho Romano y la concepción moderna del contrato de fuente germánica.

Entre una y otra, la doctrina peruana representada por (i) M. A. Olaechea, (ii) Cornejo, (iii) León Barandiarán, (iv) Badani, (v) Castañeda y (vi) Romero Zavala se irá posicionando.

⁽¹¹⁸⁸⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 310.

(i) M. A. Olaechea, confirmando lo que sostenía durante la vigencia del Código Civil de 1852, manifestaba que “el contrato es una convención que tiene por objeto crear obligaciones¹¹⁸⁹”.

Así pues, distinguía ambas figuras. Estas no eran sinónimas; al contrario, si bien todo contrato es una convención, pero no toda convención era un contrato¹¹⁹⁰. En efecto, “toda convención no es un contrato porque la convención es ponerse de acuerdo sobre varias cosas, una convención puede referirse a negocios de simple cortesía de hacer por ejemplo un paseo, del que no se derivan consecuencias obligatorias. Un acuerdo de amistad o de simple cortesía no constituye un contrato pero es una simple convención (...)”¹¹⁹¹. “Podemos decir que no basta para que exista contrato que un pacto interese a dos o más personas (...). No, para que exista el contrato es necesario que las personas que intervengan en él deben representar intereses contrarios o cuando menos intereses independientes¹¹⁹²”, y en segundo lugar, que la proposición hecha por una de las partes sea aceptada por la otra¹¹⁹³.

Dicho esto, el contrato era “una especie de convención que tiene un carácter propio, porque tiene un fin de crear obligaciones de carácter jurídico¹¹⁹⁴”

Aun cuando este autor fue el propulsor de la positivización del “acto jurídico” en nuestro *medio*, el estudio del contrato en general, y en particular, su definición, carecía de referencia alguna a la categoría ordenante del negocio jurídico. En M. A. Olaechea, la influencia alemana y brasileña, indirectamente, al menos en lo que concierne a este punto específicamente, aparecía bastante limitada, siendo más bien expresión de su influencia francesa el estudio del contrato a partir de la “convención”.

(¹¹⁸⁹) *v.* **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 1 y ss. (de la parte correspondiente a contratos).

(¹¹⁹⁰) Ídem, f. 2.

(¹¹⁹¹) Ídem, f. 3.

(¹¹⁹²) *Ibíd.*

(¹¹⁹³) Ídem, f. 3 y 4.

(¹¹⁹⁴) Ídem, f. 3.

Pero más importante aún, la noción de contrato en M. A. Olaechea se reducía al consenso y en ella no existía rastro alguno de “protección”.

(ii) Cornejo, consciente de las dos concepciones de contrato antes enunciada, y en línea con lo planteado a propósito de las obligaciones, demostró interés por el tipo germánico centrado en la figura del negocio jurídico.

Para afrontar el complejo asunto de la noción del contrato, Cornejo advierte que en la sistemática del Código Civil de 1936, pareciera que la expresión “acto jurídico” tiene el mismo contenido que “negocio jurídico”¹¹⁹⁵. Sin embargo, a su criterio ello es un error¹¹⁹⁶, más allá de que la expresión “negocio jurídico” corresponde a la terminología del código (y de los países latinos en general)¹¹⁹⁷, y a pesar de que en dicho cuerpo normativo el empleo de la voz “acto jurídico” tenga por base la noción alemana de negocio.

A fin de tener clara la distinción conceptual entre ambas figuras alemanas, Cornejo plantea que el término negocio jurídico debe reservarse para las “declaraciones de voluntad que tiene por fin producir una consecuencia jurídica y regularla¹¹⁹⁸”. De esta manera, “es la voluntad, en cuanto la ley la reconoce como causa bastante para producir los efectos jurídicos que los interesados se proponen alcanzar, la que en realidad crea el negocio jurídico¹¹⁹⁹”. La declaración de voluntad no se presenta en forma aislada¹²⁰⁰, “sino unida a otras declaraciones de voluntad y a otros elementos que integra el supuesto de hecho al que la ley vincula los efectos jurídicos que reconoce y ampara, como efectos que han querido los propios interesados, y es este supuesto de hecho total, que la voluntad pone en juego, lo que en la doctrina alemana se llama negocio jurídico¹²⁰¹”.

(¹¹⁹⁵) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 9.

(¹¹⁹⁶) *Ibíd.*

(¹¹⁹⁷) *Ibíd.*

(¹¹⁹⁸) *Ídem*, p. 11.

(¹¹⁹⁹) *Ídem*, p. 10.

(¹²⁰⁰) Para León Barandiarán (*v.* **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de obligaciones. Tomo I. Acto jurídico. Lima: Impr. Gil, 1938, p. 12), la declaración de voluntad por sí sola no basta para identificar el negocio jurídico.

(¹²⁰¹) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 10.

Para Cornejo, “acto, en general, es la realización querida, vale decir, voluntaria y consciente, o al menos previsible, de un resultado exterior; y si el acto produce, por disposición de la ley, un efecto jurídico, se le denomina acto jurídico¹²⁰²”. Frente a este, la figura del negocio jurídico aparece como especie de una categoría aún más genérica. Pero no solo ello sino que, dentro de las especies de “acto jurídico” aparecía al lado del negocio jurídico los “actos reales”, los “actos ilícitos” y los “actos jurídicos en el sentido estricto¹²⁰³”.

Esta última figura es la que se opone conceptualmente a la voz “negocio jurídico”, toda vez que los actos jurídicos en sentido estricto son “los actos lícitos que necesariamente determinan consecuencias jurídicas, porque así lo ha determinado la ley, independientemente de que el autor haya o no haya querido dichas consecuencias. Se caracterizan por su contraposición a la declaración de voluntad, pues su efecto jurídico no se determina por el contenido de esta, sino directamente y con carácter forzoso, por la ley¹²⁰⁴”. Dentro de esta categoría aparecen los actos semejantes a los negocios jurídicos, o sea “actos de derecho que contienen exteriorizaciones de un acontecimiento espiritual, a saber: de una voluntad o de una representación. El efecto jurídico se produce *ex – lege* y no *ex – voluntate*¹²⁰⁵”.

¿En dónde se ubicaba el contrato?

Este autor, en línea con la doctrina contemporánea, consideraba al acto jurídico como categoría genérica, al negocio jurídico como categoría específica y al contrato como subespecie de esta¹²⁰⁶, específicamente como “negocio jurídico bilateral¹²⁰⁷”.

De esta manera, Cornejo señalaba que “el contrato se nos presenta en la sistemática del derecho como un acto jurídico, en contraposición a los actos ilícitos, a los actos jurídicos en sentido estricto y a los actos reales; es una especie de los negocios jurídicos. Dentro de la categoría de negocios

(¹²⁰²) Ídem, p. 11.

(¹²⁰³) Ibíd.

(¹²⁰⁴) Ídem, p. 11-12.

(¹²⁰⁵) Ídem, p. 12.

(¹²⁰⁶) Ídem, p. 13.

(¹²⁰⁷) Ídem, p. 12.

jurídicos, se contraponen a las promesas unilaterales y a los actos de última voluntad. El contrato es, pues un negocio jurídico (declaración de voluntad) bilateral dirigido a establecer y regular una relación de derecho que corresponde al Derecho de Obligaciones; y puede definirse en esta forma:

Contrato es la declaración de voluntad, formulada por dos o más personas, mediante la cual se prometen, permiten o mandan las prestaciones que han de consumar el intercambio de valores de sus patrimonios respectivos, quedando sujetos los declarantes a los efectos que el derecho atribuye a la declaración de voluntad, en cuanto los considera como efectos queridos por las partes y conforme al interés colectivo¹²⁰⁸”.

La sola definición brindada no abraza todo lo que connota el contrato como categoría jurídica. De hecho, “la declaración de voluntad, sobre la que se estructura el contrato, no es una declaración de voluntad cualquiera, sino que reviste los caracteres de un “acto social”. Se trata no de simples procesos síquicos individuales, sino de procesos inter-síquicos, en el sentido de que son correlativos y recíprocos entre dos sujetos de derecho y que consisten en un prometer, permitir o mandar (...)”¹²⁰⁹”.

El hecho de calificar la declaración de voluntad como acto social, buscaba destacar el objeto o fin social del derecho, “para el que la autonomía de la voluntad, el respeto que merece por sí misma, no es la idea preponderante. El fin que predomina en el contrato es un fin de hecho: alcanzar, poder gozar la cosa, o mejor dicho, el valor que forma su objeto: el aspecto jurídico no aparece sino accesoriamente en el pensamiento de las partes. (...) La ley al reglamentar los actos jurídicos, persigue ciertos fines sociales, pero en vez de perseguirlos sin tener en cuenta las voluntades privadas, como cuando crea una obligación legal, o a pesar de las voluntades individuales, como en los actos ilícitos, lo persigue de acuerdo con dichas voluntades, ya sea explícitas o tácitas¹²¹⁰”. De esta manera, Cornejo, siguiendo a Demogue, concluye que “al tratar del contrato como fuente de obligaciones jurídicas, hay que considerar conjuntamente el fin social del derecho y la voluntad individual¹²¹¹”.

En síntesis, Cornejo expone que la escuela individualista no había considerado el contrato como manifestación de la libre voluntad individual¹²¹². En ese sentido, “la moderna tendencia del

(¹²⁰⁸) Ídem, pp. 17-18.

(¹²⁰⁹) Ídem, p. 15.

(¹²¹⁰) *Ibid.*

(¹²¹¹) *Ibid.*

(¹²¹²) *Ibid.*

derecho rectifica este concepto bajo dos aspectos. En primer término, tiene en cuenta que los contratos se celebran siempre por estímulo de necesidades sociales; especialmente a consecuencia de la división del trabajo, cada día más acentuada, que obliga a cada uno a preocuparse mediante la contratación, todo aquello de que ha menester. De otro lado, es evidente que hay contratos que no dependen de sólo la voluntad individual, sino que, al contrario, se presentan como necesarios¹²¹³”, como es el caso de los servicios públicos y los contratos por adhesión en general. En todos estos casos, siempre estaremos según Cornejo ante un contrato, como cuando la ley fija normas que se integran al contrato como en el caso del trabajo, como veremos más adelante con profundidad.

El aspecto social del contrato en Cornejo es consecuencia también de su influencia germana que años después, a propósito de las relaciones contractuales de hecho, maximizaría su alcance e influencia en el derecho contractual.

Finalmente, Cornejo no formulará referencia alguna al deber de cuidado como sí lo hará a propósito de la teoría de la obligación. Se deduce que este no era tributario del contrato como sí de la obligación, a su criterio.

(iii) En la obra de León Barandiarán es posible encontrar algunas coincidencias con la posición de Cornejo. Y señalamos “algunas” porque el discurso de este autor, no solo en lo que respecta al contrato, sino en general, exhibe diversas influencias, a veces de orden francés, otras alemán e incluso italiano.

Ello ha llevado a que en su obra el contrato sea concebido tanto desde la óptica germana como francesa. En efecto, al estudiar el acto jurídico (el negocio jurídico, *strictu sensu*), León Barandiarán distingue estos por unilaterales y bilaterales. Como señalara, “la distinción (...) reposa según baste para la generación del acto la declaración de voluntad de un solo sujeto o sea necesario la conjunción de las declaraciones de voluntad de una pluralidad de sujetos¹²¹⁴”. En el segundo caso se encontraría el negocio jurídico bilateral, cuyo principal exponente sería el contrato.

(¹²¹³) Ídem, pp. 15-16.

(¹²¹⁴) *v.* LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 18.

Sin embargo, luego plantea que “el contrato, en cuanto contiene un acuerdo de voluntades es, pues, una convención¹²¹⁵”. La visión francesa se confirmará cuando nuestro autor sostenga que “(...) entre una y otra hay la diferencia que entre especie y género¹²¹⁶”. Así pues, “el contrato es uno de los tipos de convención, por el cual se puede crear, modificar, transferir o extinguir obligaciones¹²¹⁷”. En el fondo, el contrato quedaba reducido al consenso.

La distinción entre convención y contrato que se encuentra a lo largo de nuestra experiencia nacional, era planteada por León Barandiarán a nivel conceptual y teórico. Consciente que la noción de convención se encontraba vinculada con la creación de obligaciones (como aflora de la obra de M. A. Olaechea), nuestro autor reconocía que sobre la distinción podía desaparecer un interés dogmático desde que el contrato no solo creaba sino modificaba, transmitía o extinguía una relación jurídica¹²¹⁸.

Quizá por ello, y a fin de dotar de funcionalidad a la noción de convención, planteó la definición de contrato “en forma moderna” pero no por ello negó al mismo la calidad de especie del género “convención”, aun cuando a primera vista, mantener la distinción parecía ornamental antes que funcional.

Al contrario, mayor fortuna parecía encontrar la concepción del contrato a partir de la teoría del negocio jurídico, el cual se emparentaba por lo demás con las nociones que se iban perfilando más asiduamente en el Derecho de Obligaciones nacional, como las nociones de relación jurídica, relación de obligación y relación contractual.

Es en este aspecto en donde aún sin profundizar ni resaltar, León Barandiarán se acerca a Cornejo. La diferencia entre ambos yacía en que en el primero la influencia dogmática aparecía en forma variada y en el segundo básicamente se ceñía (en sus postulados básicos) a aquella alemana (directa o indirectamente).

⁽¹²¹⁵⁾ LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; p. 4.

⁽¹²¹⁶⁾ *Ibíd.*

⁽¹²¹⁷⁾ *Ibíd.*

⁽¹²¹⁸⁾ *Ibíd.*

En León Barandiarán, el contrato se reducía al consenso (bajo el modelo francés) y se abstraía en el negocio jurídico (bajo el modelo alemán), aun cuando discursivamente, ello parezca un síntoma de superposición teórico metodológica.

De cualquier manera, el discurso de León Barandiarán no vinculó al contrato una faceta de protección.

(iv) La tendencia evidenciada en León Barandiarán se confirma en Castañeda.

Para este autor la convención es “una declaración bilateral de voluntad expedida con arreglo a la ley, destinada a producir efectos jurídicos, que puede consistir en la creación, conservación, modificación, transmisión o extinción de un derecho o de varios derechos¹²¹⁹”. En ese sentido, la “convención” “presupone el concurso de voluntades¹²²⁰”.

Ahora, “cuando el acuerdo de voluntades crea obligaciones la convención recibe el nombre específico de contrato¹²²¹”. De ahí que “la convención es el género; el contrato, la especie¹²²²”. Por lo que “todo contrato es convención, pero no toda convención es contrato¹²²³”.

Luego de ello, Castañeda reconoce en el contrato, además de una especie de convención, una especie de negocio jurídico -que el Código Civil de 1936 “denomina inexactamente acto jurídico”-, más precisamente, uno bilateral¹²²⁴. De hecho, el negocio jurídico era a su vez una especie de acto jurídico que traduce una declaración de voluntad¹²²⁵.

La referencia al negocio jurídico dentro de su discurso jurídico no fue óbice para que al final Castañeda planteara que “para que el contrato exista es suficiente el acuerdo de voluntades destinado

(1219) *v.* **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio**. Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos. Tomo I – Teoría general de los contratos. 2da ed. Lima: Editorial Minerva, 1978, p. 10.

(1220) *Ibíd.*

(1221) *Ibíd.*

(1222) *Ibíd.*

(1223) *Ibíd.*

(1224) *Ídem*, p. 12. Este autor afirma que “lo anterior no significa que no existan contratos unilaterales como la prenda y el mutuo, en que las obligaciones las debe uno solo de los contratantes”.

(1225) *Ídem*, p. 13.

a crear obligaciones¹²²⁶". O lo que es lo mismo, la reducción del contrato al consenso, por más que el sistema se haya construido reconociendo demás elementos en el contrato.

Dicho esto, conviene advertir un dato adicional. No cabe duda que para Castañeda el contrato aparecía como convención y negocio jurídico. Pero dichas categorías, por más que representaran modelos jurídicos particulares, se incorporaron en igual término y condición al discurso de este autor, lo que invita a pensar que ambas funcionaban en los hechos como categorías discursivas antes que jurídicas o normativas. En otras palabras, era explicar un mismo fenómeno jurídico (el contrato) con "distintas" palabras, pero no más allá de eso.

Lo que sí parecía importante era distinguir conceptualmente el contrato de ambas figuras. Y para ello, la adhesión al pensamiento francés y alemán significó la premisa fundamental, máxime porque contrato significaba después de todo "especie" frente al "género".

Igual de relevante para nuestro propósito era advertir que en su discurso, Castañeda no concibió para el contrato una función protectora.

(v) Luego de destacar una "íntima conexión¹²²⁷" entre el contrato y la obligación, Romero Zavala reconocía que ella misma debía observarse en la relación contrato – acto jurídico¹²²⁸; de ahí la "trilogía inseparable¹²²⁹" acto jurídico – obligaciones – contrato¹²³⁰.

En la formulación de una definición y el estudio del contrato en general, este autor reconocía que la figura del contrato experimentó una propia evolución¹²³¹. De hecho, uno de los aspectos que más complicaciones traía era el hecho de que si por contrato se entendía un acuerdo de voluntades, dicha connotación resultaba adscribible también al "pacto" y a la "convención"¹²³².

(1226) Ídem, p. 21.

(1227) *Cfr.* ROMERO ZAVALA, Luis. *óp. cit.*; p. 7.

(1228) *Ibíd.*

(1229) *Ibíd.*

(1230) *Ibíd.*

(1231) Ídem, p. 8.

(1232) *Ibíd.*

Romero Zavala reconocía que la relación contrato – convención encontraba sus antecedentes en la dogmática francesa. De acuerdo a ella, “cuando el acuerdo de voluntades recaiga o tenga por finalidad la creación de obligaciones, surgirá el contrato; pero cuando tal acuerdo modifique o extinga obligaciones preexistentes o cree relaciones jurídicas reales o familiares, existirá convención. Luego, la convención es el género y el contrato la especie. Todo contrato es convención pero no toda convención es contrato¹²³³”.

A su criterio, a la visión francesa, debía oponerse la presente en el Código Civil italiano de 1865, en donde la lectura de su art. 1098 permitiría “indudablemente¹²³⁴” identificar la convención y el contrato¹²³⁵ en uno solo. Dicha equiparación conceptual entre contrato y convención haría carecer “de importancia práctica encontrar la diferencia entre ambos¹²³⁶”.

Más tarde, Romero Zavala llegaría a indicar que en la doctrina italiana se presentaba una posición ecléctica (Código Civil de 1942), la cual limitaría el contrato a las relaciones jurídicas patrimoniales, y no así a las relaciones extrapatrimoniales¹²³⁷.

Pese a que lo anterior permitía inferir la presencia de serias discrepancias con relación al binomio contrato-convención, al punto que su distinción cobraba en realidad poca importancia a nivel técnico jurídico, Romero Zavala creía que por la “conveniencia de precisar el lenguaje propio que corresponde a la materia jurídica, siempre resulta de interés señalar las diferencias entre convención y contrato¹²³⁸”.

Así pues, se debía admitir que “convención sea el género y contrato la especie, porque dentro del concepto de convención podemos establecer dos grupos: el primero jurídico y el segundo no jurídico. Esto es, que no obstante ser un acuerdo de voluntades, no es jurídico sin embargo, el objeto al que se refiere dicho acuerdo, como cuando sucede, al decidir un grupo ir de pesca, organizar una

(1233) Ídem, p. 9.

(1234) Ibíd.

(1235) Ibíd.

(1236) Ibíd.

(1237) Ídem, p. 10.

(1238) Ibíd.

fiesta familiar, etc. Pero cuando entendemos por convención el acuerdo de voluntades de carácter jurídico, entonces, convención y contrato es una misma cosa, hay sinonimia, identificación¹²³⁹”.

Dicho esto, “aclaramos que convención y contrato, en este último caso, viene a ser todo acuerdo de voluntades que cree, modifica o extinga derechos y obligaciones. Ya no se admite al contrato, como en la doctrina francesa, solo acuerdo creador de obligaciones¹²⁴⁰”. De cualquier manera, el contrato aparecía como el resultado del “acuerdo de voluntades”; “no habrá contrato sin consentimiento¹²⁴¹”.

La pretendida separación de la doctrina francesa en materia de concepción de contrato por parte de nuestro autor solo fue superficial porque en la base de la visión francesa se encontraba el consenso (su reducción), y este era el presupuesto, en última instancia, de la noción de contrato de Romero Zavala. Más aún cuando el esfuerzo por distinguir el contrato de la convención presente en este autor adoptaba también ribetes franceses.

Quizá esto último es lo que impidió que Romero Zavala dirija sus esfuerzos a la relación convención – acto jurídico (negocio jurídico), que en su obra parece ocupar un lugar meramente ornamental sin distinción conceptual alguna.

De cualquier manera, en la concepción de Romero Zavala, el contrato no presentaba una función de protección de la esfera jurídica ajena.

5.1.3.1. El desapego a la influencia francesa por parte de la doctrina nacional en materia de noción de contrato fue parcial, del mismo modo en que el ingreso de la doctrina alemana fue residual cuando no indirecta. La adopción normativa de la categoría del negocio jurídico explica además porqué, a diferencia del *Code* y del Código Civil de 1852, la regulación de la parte general de los contratos se mostró sumamente escueta en el nuevo código.

⁽¹²³⁹⁾ Ibíd.

⁽¹²⁴⁰⁾ Ibíd.

⁽¹²⁴¹⁾ Ídem, p. 11.

Así pues, a diferencia del código abrogado, el Código Civil de 1936 se apartó de sus antecedentes legislativos en lo que respecta a: (i) la clasificación normativa de los contratos; (ii) los elementos del contrato, básicamente en lo que respecta a la causa; y (iii) las fuentes de integración del contrato.

(i) Respecto a lo primero¹²⁴², el Código Civil de 1936 no contempló una clasificación normativa de los contratos como sí lo disponía el Código Civil de 1852, por lo que para determinar ello, había que atender a la doctrina¹²⁴³.

(ii) Por otra parte, el Código Civil de 1936 tampoco incorporó en la sección correspondiente a los contratos lo relativo a sus elementos como sí lo hacía el Código Civil de 1852¹²⁴⁴. No obstante ello, el autor del Libro V consideraba que los requisitos del contrato podían extraerse de la fórmula del art. 1328 del nuevo código, pese a que a primera vista dicha norma pareciera haberse referido al contenido del contrato.

Lo anterior no fue óbice para que este autor clasifique los requisitos o elementos del contrato en “esenciales”, “naturales” y “accidentales”. Fue con la expresión “requisitos esenciales” que M. A. Olaechea hizo referencia a los elementos normativos del contrato.

La doctrina nacional estaba de acuerdo en que los elementos denominados “esenciales” del contrato se encontraban en la regulación del acto jurídico¹²⁴⁵, más precisamente en su art. 1075, el cual disponía que “para la validez del acto jurídico se requiere agente capaz, objeto lícito y observancia de la forma prescrita, o que no esté prohibida por la ley”.

(¹²⁴²) Sobre el punto, *v.* **LEÓN BARANDIARÁN, José**. Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; p. 4; **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 112; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 10 y ss.

(¹²⁴³) *v.* la doctrina citada en la nota inmediatamente anterior, incluyéndose a **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio**. Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos... *óp. cit.*; pp. 52-82.

(¹²⁴⁴) **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; ff. 9 y 11.

(¹²⁴⁵) *v.* **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio**. Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos... *óp. cit.*; p. 82; **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario I... *óp. cit.*; p. 224 y ss.; ID. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 77; **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 8.

Si bien la regulación de los “elementos¹²⁴⁶” se canalizó mediante la categoría alemana del *Rechtsgeschäft*, ello no trajo consigo necesariamente que la concepción de cada uno de ellos se aleje de la tradición, tal y como puede comprobarse a propósito del “objeto del contrato”, en donde este seguía siendo identificado (a lo largo del Código Civil de 1936) con la *prestación* cuando no con la *cosa*.

Lo que resulta controvertido, de cualquier manera, es que el reconocimiento general de que el contrato precisaba de “elementos de validez” no significó disociar (dogmáticamente) la noción del contrato al *solo* consenso. Y esta circunstancia aparece como una constante en este repaso histórico.

(iii) Finalmente, más adelante -en el Cap. III- profundizaremos en torno al binomio interpretación – integración del contrato, anticipando que a diferencia del art. 1257 del Código Civil de 1852 que extendía “la obligatoriedad¹²⁴⁷” del contrato a lo que fuese de equidad o de ley según la naturaleza del mismo, el art. 1328 del nuevo código dictaba que la ejecución del contrato debía darse de conformidad con las reglas de la buena fe y común intención de las partes.

En contraste, es importante resaltar que en lo que si hubo una línea de continuidad fue en lo relativo a los límites de la autonomía de los particulares, los cuales, conforme al Título Preliminar del nuevo código, se deducían en el orden público y las buenas costumbres.

Teniendo en cuenta lo dicho, la relación contractual que surgía con el contrato y que pertenece al mundo de lo concreto adoptaba la fisonomía de la relación de obligación que yacía en el mundo de lo ideal. Relación contractual y relación de obligación coincidían en el fenómeno que buscaban explicar, solo que lo hacían desde un ángulo diverso.

(¹²⁴⁶) Una cuestión controvertida fue el tema de la causa del contrato. Aun cuando la fórmula legal no la reconocía, algunas voces proclamaban su reivindicación. Dentro de los partidarios de la causa se encontrará un sector de la doctrina nacional representada por León Barandiarán, quien argumentó que la aparente falsedad e inutilidad de la noción de esta, no debía significar “un veredicto inapelable en contra de la idea de causa”, siendo defendible el “principio de la causa” a nivel dogmático. Para mayor detalle sobre la polémica y el tema en concreto, v. **LEÓN BARANDIARÁN, José**. Comentarios al Código Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 23 y ss.; ID. “La teoría de la causa en el Código Civil peruano”. En: Asociación de Sociedades Israelitas del Perú (edit.). Almanaque Cultural Peruano. Lima: S/E, 1948, p. 177 y ss.; ID. *Perou: Le problème juridique de la causa et Le Droit Peruvien*. En: Cahiers de Legislation et de Bibliographie Juridique de L’Amerique Latine, Tomo I, 1950, p. 51 y ss.

(¹²⁴⁷) **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 25.

La relación de obligación de fuente contractual, en la óptica del que para nosotros fue el más importante autor en materia de obligaciones y contratos durante la vigencia del Código Civil del 1936 (Cornejo), no aparecía como una foto instantánea pétrea e inerte, sino que la misma, representaba el «*sistema móvib*» que connotaba la relación de obligación, en el mundo de lo abstracto o ideal.

Ahí, con cargo a profundizar, la buena fe ocupó un rol relevante. A ella se debe la incorporación de los deberes accesorios al discurso jurídico nacional. Y aunque poco difundido, esta significó el real quiebre con la experiencia pasada, sobre todo porque el reconocimiento de las posiciones jurídicas más allá del crédito y débito comenzaba a tomar forma en un ambiente jurídico en donde aún se presentaba el rezago de la *obligatio* romana y el contrato reducido al *consensus*.

La correlación entre la concepción moderna de obligación y el contrato tuvo como nexo fundante a la buena fe. Sin ella, la “ampliación” de la relación de obligación se hubiese opuesto a una visión comprimida de contrato de base legal. Dicha válvula de escape no se presentó durante la vigencia del Código Civil de 1852.

Dicho esto conviene subrayar un dato adicional: más allá de la noción de obligación y contrato, estas siempre eran entendidas en función de “prestación” o de utilidad positiva. No más allá, salvo excepciones concretas, como veremos. Sobre esto, a nivel de doctrina, queda evidenciada la línea de continuidad entre el Código Civil de 1852 y 1936.

5.1.4. La responsabilidad *ex aquilia* siguió en el Código Civil de 1936 el modelo francés adoptado por el Código Echenique, aun cuando para tal propósito se haya desligado de la referencia al “cuasi-delito” y el “delito”¹²⁴⁸. En efecto, conforme a su art. 1136, “cualquiera que por sus hechos, descuido o imprudencia, cause un daño a otro, está obligado a indemnizarlo”.

Si ello era así, ¿el sistema de responsabilidad *ex delicto* presentaba como rasgo característico su atipicidad? Y más aún, ¿la culpa seguía erigiéndose como sinónimo de responsabilidad?

⁽¹²⁴⁸⁾ REY DE CASTRO, Alberto. *óp. cit.*; p. 134.

Respecto a lo primero, la conclusión a la que llegamos a propósito del código abrogado debía ser extensible al nuevo código, de modo que en nuestro sistema no se presentaba el problema de la tipicidad del ilícito.

Por otro lado, y con relación a lo segundo, el Código Civil de 1936 supuso, a nuestro criterio, una ruptura con la tradición.

Validemos nuestra conclusión con lo señalado por la doctrina de la época: (i) M. A. Olaechea; (ii) Cornejo; (iii) León Barandiarán; y (v) Rey de Castro.

(i) Para el autor del Libro V del Código Civil de 1936, la solución era clara y evidente: “el principio de la responsabilidad es general: se produce por todo hecho que cause daño¹²⁴⁹”.

La magnitud de una frase como la señalada en nuestra historia jurídica no era menor. De hecho, ella supone *-strictu sensu-* un giro en la concepción tradicional de la responsabilidad civil anclada en el criterio de la culpa. Para M. A. Olaechea, el paso de una sociedad simple de relaciones comerciales incipientes y poco tecnificadas a otra de relaciones industriales intensas en donde los riesgos se multiplicaban día a día suponía afrontar diversos problemas que en última instancia se reducían a la culpa como criterio de imputación de responsabilidad¹²⁵⁰. Si la culpa bastaba en aquellos años, la dificultad de la probanza de una culpa de tenor psicológico en una sociedad industrializada (o camino a ella) resultaba una quimera, con la trágica consecuencia que el daño sea asumido por la víctima incapaz de trasladar el mismo al agente dañoso, en un tenor similar al que pudimos ver a propósito de la responsabilidad por accidentes laborales.

En este escenario, la responsabilidad civil moderna a juicio de M. A. Olaechea debía superar el dogma de la culpa y pasar a reconocer dos criterios de imputación que debían convivir en prudentes

(¹²⁴⁹) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil... *óp. cit.*; p. 11.

(¹²⁵⁰) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** *El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil... óp. cit.*; p. 749; ID. “Memorándum. Art. 1136”. *óp. cit.*; p. 746.

proporciones¹²⁵¹, uno subjetivo (culpa) y otro objetivo (riesgo)¹²⁵², complementando con ello el juicio de responsabilidad en donde además se verificaría la relación de causalidad entre hecho generador y el daño sufrido¹²⁵³ (siempre que se descarte el ejercicio regular de derecho, la legítima defensa, o que no hubieran sido dirigidas a evitar un perjuicio inminente de deterioro o destrucción de las cosas¹²⁵⁴).

El “fecundo sentimiento de la solidaridad social, que aflora en todos los pueblos cultos, aconseja admitir como fuente de responsabilidad civil, al lado de la noción pura de la falta, el principio objetivo derivado de la reparación de los riesgos¹²⁵⁵”, siendo que este último iba cobrando cada vez mayor trascendencia dentro de la dinámica social.

En efecto, para este autor, “el problema de la responsabilidad civil tiende a ser cada día más objetivo, procurando la ley suprimir las dificultades derivadas del proceso psicológico constitutivo de la culpa¹²⁵⁶”.

La equiparación (o coordinación¹²⁵⁷) de la culpa con el riesgo como criterios de responsabilidad de igual trascendencia e importancia, significó el rasgo distintivo de la posición de M. A. Olaechea. La culpa, “como elemento psicológico, conserva su valor histórico cuando se trata del daño directamente irrogado por el agente, pero desaparece si se trata del causado por intermedio de otro, o de las cosas que están bajo guardia del agente. En estos supuestos el factor psicológico queda eliminado. La responsabilidad se produce de pleno derecho¹²⁵⁸”.

(1251) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil... *óp. cit.*; p. 11.

(1252) Sobre el punto, *v.* **REY DE CASTRO, Alberto.** *óp. cit.*; p. 132 y ss.; **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Respuesta del doctor Olaechea al doctor Eduardo Zuleta Ángel. En: Revista de jurisprudencia peruana, *núm.* 12, 1944, p. xv (*ib.* reproducido en GUZMÁN FERRER, Fernando. *óp. cit.*; pp. 758-759. En adelante, el citado corresponderá a esta última versión).

(1253) Este autor señalaba que tradicionalmente los elementos de la responsabilidad civil eran dos: “una relación de causalidad necesaria entre la persona responsable y el hecho obrado, productor del daño; y una falta del agente que sea un acto ilícito o contrario al derecho verificado por culpa o negligencia” (**OLAEACHEA, Manuel Augusto.** “Memorándum. Art. 1136”. *óp. cit.*; p. 746).

(1254) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil... *óp. cit.*; p. 11. **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Respuesta del doctor Olaechea al doctor Eduardo Zuleta Ángel... *óp. cit.*; p. 758.

(1255) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** “Memorándum. Art. 1136”. *óp. cit.*; p. 746

(1256) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil... *óp. cit.*; p. 11.

(1257) **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Respuesta del doctor Olaechea al doctor Eduardo Zuleta Ángel... *óp. cit.*; p. 758

(1258) *Ibíd.*

Su afinidad por la “objetivización” de la responsabilidad, no obstante reconocer el rol de la culpa, llevó a que el autor del Libro V del Código Civil de 1936 concluya que:

“(…) el nuevo Código Civil se orienta por el canal objetivo de la responsabilidad, sin perjuicio de la idea tradicional de la culpa, que no ha abandonado y que sirve para marcar el tono de la responsabilidad; y ello, porque este sistema es el que se adapta hoy y el único que puede seguir la humanidad en los momentos actuales. En suma, el Código peruano atiende la causalidad del hecho más que a su imputabilidad desde el punto de vista moral¹²⁵⁹”.

Si M. A. Olaechea dedicó varias líneas al problema de la responsabilidad extracontractual (o el problema de la culpa), lo opuesto sucedió en materia de tipicidad o atipicidad del ilícito. Contrariamente a lo que se puede pensar, esta circunstancia no debe sorprender. La razón de ello radica en que salvo que se realice un análisis comparado, el estudio de la responsabilidad civil en el Perú durante la vigencia del nuevo código no exigía afrontar la materia, por el simple hecho que nuestra normativa no presentaba una tipología cerrada de daños resarcibles que estudiar o cuestionar. En nuestro sistema, la regla en ausencia de fórmula legal era la atipicidad del ilícito y con ello el problema alemán no fue exportado.

(ii) Por su parte, otro autor como Cornejo sostenía que el Código Civil de 1936 establecía la responsabilidad por los perjuicios derivados de actos extracontractuales en forma genérica¹²⁶⁰.

En efecto, la referencia a la atipicidad del ilícito es palpable en la postura de Cornejo. Sin embargo, su influencia alemana derivó en que sostenga que lo anterior “no impide que pueda clasificarse los actos ilícitos en diversos grupos¹²⁶¹”. Así pues, las tipicidades de estos grupos aparecen en forma independiente a las que crea el Derecho Penal; de hecho, las condiciones de ellas están determinadas independientemente por el Derecho Civil¹²⁶².

La tutela de específicos bienes jurídicos contra actos antijurídicos que caracterizaba la experiencia alemana era rememorada por Cornejo al señalar que “el deber de indemnizar es el medio

⁽¹²⁵⁹⁾ **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** *El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil...* *óp. cit.*; p. 751; **OLAEACHEA, Manuel Augusto.** Respuesta del doctor Olaechea al doctor Eduardo Zuleta Ángel... *óp. cit.*; p. 758.

⁽¹²⁶⁰⁾ **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario I... *óp. cit.*; p. 370.

⁽¹²⁶¹⁾ *Ibíd.*

⁽¹²⁶²⁾ *Ibíd.*

como el derecho protege la esfera jurídica de cada cual contra las intromisiones antijurídicas. La protección abarca el contenido conceptual de todos los bienes jurídicos que corresponden a un sujeto jurídico¹²⁶³”.

Dentro de los bienes jurídicos que se incluyen dentro del marco de la tutela resarcitoria, según Cornejo, se encontraban:

- (a) “Cualquier derecho subjetivo realizado, ya se trate de la propiedad o de otros derechos reales, de la posesión, del derecho de personalidad o del derecho hereditario o de los derechos de familia¹²⁶⁴”.
- (b) “El dominio de los bienes protegidos se extiende a ciertos bienes jurídicos que no pertenecen al Derecho Civil, sino que caen bajo la protección del Derecho Público. Toda intervención antijurídica que se dirija contra la vida, el cuerpo, la salud o la libertad, realiza la tipicidad de un acto ilícito¹²⁶⁵”.
- (c) “Toda norma establecida para la protección de cada sujeto jurídico, como también las establecidas en interés del orden y seguridad públicos, imponen deberes y prohibiciones cuya violación no solo puede perjudicar a las personas puestas bajo la protección de la norma, sino también a un número indeterminado de terceros¹²⁶⁶”.

Como puede verse, la clasificación del ilícito de Cornejo era bastante próxima a la presente en el BGB, aun cuando a su criterio el Código Civil de 1936 seguía básicamente al *Code*. Para nosotros, en la exposición de Cornejo debe advertirse un discurso normativo sobre un discurso conceptual. A nivel normativo, en materia del ilícito, no cabe duda que el sistema peruano era atípico. Pero cuando el discurso conceptual o doctrinario se valía del componente foráneo, la pretendida sistematización y adaptación de lo legal con la teoría devenía en una contradicción, máxime cuando no se tenía muy claro los modelos presentes en el Derecho Continental

En síntesis, para Cornejo la responsabilidad civil, conforme al Código Civil de 1936, comprendía: (i) el principio de la responsabilidad civil extracontractual, el cual era general. La responsabilidad civil se presenta siempre que acaezca un hecho dañoso¹²⁶⁷; (ii) la responsabilidad civil

(¹²⁶³) Ibíd.

(¹²⁶⁴) Ibíd.

(¹²⁶⁵) Ibíd.

(¹²⁶⁶) Ibíd.

(¹²⁶⁷) Ídem, p. 373.

en el Perú se funda en un elemento subjetivo, la culpa, y en un elemento objetivo (riesgo)¹²⁶⁸. “Admite el elemento subjetivo -culpa- en las relaciones entre el individuo y los grupos. En la responsabilidad derivadas de las relaciones interindividuales, se deriva exclusivamente del riesgo, vale decir, es meramente objetiva¹²⁶⁹”.

De ahí que la responsabilidad extracontractual se encontrase constituida por los siguientes elementos¹²⁷⁰: (i) la antijuridicidad; (ii) el daño; (iii) la causalidad; y, solo eventualmente, (iv) la culpa; en donde esta última “se requiere si se trata de acto delictuoso, que no puede existir sin la presencia de aquella. Si la intromisión que constituye la antijuridicidad no comporta la violación de una norma penal, si no es delito intencional o doloso, solo tiene relevancia el elemento objetivo de la ilicitud, vale decir, la responsabilidad de la indemnización solo queda vinculada al daño¹²⁷¹”.

Quedaba consagrada así en la obra de Cornejo una responsabilidad extracontractual “abierta” o de atipicidad del ilícito, en el que la culpa y, al mismo nivel (coordinada), el riesgo aparecían como los criterios determinantes de esta, tal y como lo planteara M. A. Olaechea¹²⁷².

(iii) Crítico respecto a la ubicación de los actos ilícitos dentro de los actos jurídicos, que supone una “inconsistencia lógica”¹²⁷³, León Barandiarán partía por reconocer que la responsabilidad civil no necesariamente encontraba su fundamento en la ilicitud del acto generador del daño, toda vez que existían hipótesis en donde no se requería un aspecto subjetivo o volitivo en la comisión del hecho dañoso, como en los casos de riesgo profesional o de responsabilidad por cosas inanimadas. Lo dicho, sin embargo, no suponía desconocer que la regla general haya sido la responsabilidad por acto ilícito, y la otra, especial, haya quedado reservada para la responsabilidad por riesgo¹²⁷⁴.

(1268) Ibíd.

(1269) Ibíd.

(1270) Ídem, p. 374.

(1271) Ibíd.

(1272) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** *El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil... óp. cit.*; pp. 750-751.

(1273) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** *Manual del acto jurídico.* Lima: Imprenta UNMSM, 1961, p. 67.

(1274) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** *Comentarios al Código Civil peruano I... óp. cit.*; p. 222.

En cualquier caso, para este autor, “la obligación de la reparación tiene, así, esencialmente como fuente la ley. Se trata de un caso de obligación legal¹²⁷⁵”, en donde la volición en la realización del hecho dañoso sirve únicamente como dato de facto¹²⁷⁶.

Así pues, para León Barandiarán, los “elementos” para que funcione la responsabilidad extracontractual eran¹²⁷⁷: (i) ilicitud, en los casos de responsabilidad subjetiva; (ii) la producción de un daño reparable; y (iii) la culpa. Esta tripartición al final se redujo posteriormente a dos elementos: (i) el daño y (ii) la culpa¹²⁷⁸.

En el análisis de este último “elemento”, nuestro autor develará su posición respecto del origen del art. 1136 del Código Civil de 1936.

A su criterio, la fórmula consignada en el nuevo código era la misma (en esencia) que se encontraba consignada en el art. 2191 del código abrogado¹²⁷⁹. En ese sentido, no sorprende que acto seguido afirmara, a nivel especial, la vinculación existente entre el referido art. 2191 con el art. 1383 *Code*¹²⁸⁰ en materia de culpa, y a partir de ello -a nivel general-, la relación entre el Código Civil de 1936 y el *Code* de 1804.

La afinidad con el modelo francés de responsabilidad en lo que refiere a la *faute* como elemento central del juicio de responsabilidad, llevó a nuestro autor a afirmar que “la idea de culpa sigue siendo la idea capital de la responsabilidad civil dentro de nuestro Código. El principio del riesgo y de la culpa objetiva intervienen, pero sólo en determinados casos¹²⁸¹”. Para confirmar ello, la configuración normativa motivaba a que en ciertos casos en donde aparentemente ingresaba la responsabilidad objetiva, la culpa -aun cuando “escondida”- aparecía en última instancia bajo las formas clásicas de

(1275) *Ibíd.*

(1276) *Ibíd.*

(1277) *Ídem*, p. 225.

(1278) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Manual del acto jurídico... *óp. cit.*; p. 71; ID. Curso del acto jurídico con referencia al Proyecto del C.C. peruano. Primera Edición. Lima: Imprenta UNMSM, 1983, p. 74.

(1279) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 226.

(1280) *Ibíd.*

(1281) *Ibíd.* Lo confirma **REY DE CASTRO, Alberto.** *óp. cit.*; p. 139.

culpa in eligendo (art. 1144) o *culpa in vigilando* (arts. 1142 y 1143)¹²⁸², e incluso de *culpa in custodiando* (arts. 1145 y 1146)¹²⁸³.

De esta manera, el sector de la responsabilidad sin culpa quedaba limitado y se mostraba en forma subsidiaria, máxime porque la regla general del Código Civil de 1936 se enfocaba en el juicio del comportamiento culpable en vez del daño en sí mismo, lo que ocurría en pocos casos como el de la responsabilidad por riesgo profesional o de responsabilidad por animales o caída de edificios¹²⁸⁴.

Así pues, de los tres sistemas posibles de responsabilidad (subjctiva o por culpa, objetiva o sin culpa, o por riesgo, en donde se presume la culpa *jure et de jure* o culpa implícita), el nuevo código optó por el subjetivo como premisa, reservando la responsabilidad por “culpa implícita” o riesgo a supuestos legales y típicos (casos especiales)¹²⁸⁵.

De esta manera, a diferencia de M. A. Olaechea y Cornejo, la responsabilidad por culpa y por riesgo no se colocaban en un mismo nivel, pero no solo ello, sino que en la idea de León Barandiarán, el riesgo y la responsabilidad derivada de este ocultaba en el fondo una hipótesis de presunción de culpa *jure et de jure*.

Por otra parte, los antecedentes del Código Civil de 1936 y su vinculación con el *Code* permiten sostener que en León Barandiarán, aun en ausencia de una posición orgánica y concreta, la regla imperante era la atipicidad del ilícito por sobre la tipicidad alemana presente en el BGB, como se puede inferir de su estudio del daño como “elemento” de la responsabilidad, en donde la tipología del mismo carecía de relevancia en ausencia de un problema legislativo, a diferencia del problema conceptual que sí representaba su incardinación dentro del binomio alemán del daño patrimonial y extrapatrimonial.

(¹²⁸²) LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 228; ID. Manual del acto jurídico... *óp. cit.*; p. 76.

(¹²⁸³) Ídem, p. 77.

(¹²⁸⁴) LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano I... *óp. cit.*; pp. 230-231.

(¹²⁸⁵) Ídem, p. 267.

(iv) Si se toma en cuenta lo mencionado por la doctrina nacional a propósito de la responsabilidad extracontractual, no debe sorprender en modo alguno que uno de los últimos autores en tratar en forma orgánica la materia haya visto en el art. 1136 del Código Civil de 1936 la “piedra angular¹²⁸⁶” de todo el sistema de responsabilidad (personal y directa¹²⁸⁷) en nuestro país.

Para Rey de Castro, el art. 1136 aparece como una “fórmula general en donde tiene cabida el vasto enjambre de los actos ilícitos cometidos por acción u omisión del agente¹²⁸⁸”; o lo que es lo mismo, el sistema peruano recoge el modelo de la atipicidad del ilícito. Lo que encuentra explicación por el hecho de que “no se ha seguido en nuestro código el método de señalar las diversas maneras en que puede lesionarse el derecho ajeno (...)”¹²⁸⁹.

Frente al modelo de la tipicidad del ilícito que restringía el sistema de tutela extracontractual propio de la experiencia alemana, el Código Civil de 1936 presentaba una cláusula general conforme al modelo francés y al art. 2191 del Código Civil de 1852.

Entre la fórmula del código abrogado y el nuevo existía una gran diferencia, sin embargo¹²⁹⁰. Según Rey de Castro, en línea con los autores tratados anteriormente, en el Código Echenique, conforme al art. 1383 *Code*, la responsabilidad se deducía en el comportamiento culposo del agente. Este sistema de imputación subjetivo definió la experiencia nacional hasta la promulgación del Código Civil de 1936¹²⁹¹. En el nuevo código, el art. 1136, sin prescindir de la culpa, quedaba comprendida la idea de riesgo¹²⁹².

De hecho, síntoma de un régimen que no se deducía únicamente en la culpa eran las presunciones (de culpa), las cuales terminaban por delatar la existencia de culpas que a veces se diluían en la idea del riesgo¹²⁹³.

⁽¹²⁸⁶⁾ REY DE CASTRO, Alberto. *óp. cit.*; p. 138.

⁽¹²⁸⁷⁾ *Ibíd.*

⁽¹²⁸⁸⁾ *Ibíd.*

⁽¹²⁸⁹⁾ *Ibíd.*

⁽¹²⁹⁰⁾ *Ibíd.*

⁽¹²⁹¹⁾ *Ibíd.*

⁽¹²⁹²⁾ *Ídem*, p. 145.

⁽¹²⁹³⁾ *Ídem*, p. 147.

Concluía nuestro autor afirmando que “avanzando aún más, la víctima puede alcanzar el resarcimiento en base de una garantía legal que ignora la culpa o el riesgo, siempre que la ley la establezca expresamente. Las responsabilidades del empresario por los accidentes que sufren los obreros con ocasión del trabajo y la de las personas privadas de discernimiento son casos típicos de responsabilidad objetiva de la especie aludida¹²⁹⁴”.

Lo cierto es que a diferencia de M. A. Olaechea y Cornejo, la responsabilidad por culpa y por riesgo en el pensamiento de Rey de Castro no se “coordinaban” en forma proporcional como criterios de imputación de idéntico valor y trascendencia, sino que al lado de una responsabilidad “primaria” (por culpa) aparecía una de “tipo excepcional” aunque muy extendida (por riesgo)¹²⁹⁵. La relación de regla-excepción definió la postura de Rey de Castro, presentando con ello mayor afinidad con la posición de León Barandiarán. Sin embargo, la distancia con este último autor se mostrará en el hecho que a diferencia de aquél, la responsabilidad por riesgo no era *per se* una hipótesis de *culpa presunta* o *culpa implícita*; al contrario, este tipo de responsabilidad se desligaba de la idea de culpa en todo sentido.

Advertido lo anterior, el sistema de responsabilidad así entendido, independientemente del factor de imputación subjetivo u objetivo, podía configurarse -a opinión de Rey de Castro- en base a los siguientes elementos¹²⁹⁶: (i) la existencia de un daño que lesiona un interés legítimamente protegido; (ii) la trasgresión por el autor del daño de un deber jurídico impuesto a su conducta; y (iii) un nexo de causalidad entre la trasgresión, trátase de una acción o de una omisión, y el daño.

Frente a la responsabilidad por riesgo que prescinde del elemento subjetivo, en la responsabilidad extracontractual tradicional “o de Derecho Común”, “se interpone como elemento tipificante la culpa del agente, lo que trae como consecuencia la precisión de que la relación de causa y efecto haya de entenderse entre la culpa y el daño¹²⁹⁷”, así como que la imputación de culpa precisa de la capacidad del agente¹²⁹⁸.

(1294) Ibíd.

(1295) Ídem, pp. 280-281.

(1296) Ídem, p. 149.

(1297) Ídem, p. 150.

(1298) Ibíd.

Fuera de ello, la doctrina en forma unánime reconocía que a diferencia de la responsabilidad *ex contractu*, la carga de la prueba en el “acto ilícito” correspondía a la víctima¹²⁹⁹, siendo que en ocasiones esta se dispensaba en los casos de presunción de culpa, o incluso carecía de relevancia en las hipótesis de responsabilidad sin culpa.

Dicho esto, es importante sintetizar la cuestión.

La discusión respecto al rol de la culpa en el sistema de responsabilidad extracontractual marcó el itinerario que la doctrina nacional siguió luego de promulgado el Código Civil de 1936. Bien visto el asunto, ello fue respuesta a un fenómeno que durante la vigencia del código abrogado se iba manifestando; esto es, el problema del resarcimiento en los casos de responsabilidad por culpa.

Pero cierto era también que el problema de la culpa se limitó a la tutela aquiliana, mas no fue trasladada a la responsabilidad *ex contractu* y si ello era así, esta, por si sola, no salvaba el problema de los casos limítrofes que tratamos a propósito del Código Civil de 1852. De hecho la pregunta es: ¿por qué el reconocimiento del riesgo como factor de imputación no hizo de la responsabilidad extracontractual la solución para los casos en que ocurrían lesiones extracontractuales en medio de una relación contractual, si la premisa era que la culpa y su probanza motivaban su contractualización?

La interrogante se hacía mayor dado que nuestro sistema se desligaba del alemán de la tipicidad del ilícito, apareciendo nuestro art. 1136 del Código Civil de 1936 como auténtica cláusula general capaz de comprender todo el universo de “actos ilícitos”.

Para determinar ello, veremos cómo se afrontó el problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales entre el periodo que va de 1936 hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1984.

5.2. El estudio de los antecedentes legislativos del Código Civil de 1936 nos ha permitido observar que en la construcción de varios de los tipos contractuales la pureza conceptual se sacrificó como consecuencia de cautelar un interés distinto al que por excelencia se ubica en una relación de

(¹²⁹⁹) Ídem, p. 138; LEÓN BARANDIARÁN, José. Manual del acto jurídico... *óp. cit.*; p. 69.

obligación o relación contractual: el interés de prestación. Esta situación no solo se limitó al Código Civil de 1852, sino que también se trasladó a la legislación especial.

Este contexto pudo haber desaparecido con un nuevo código o con nuevas leyes. O al contrario, pudo haberse mantenido.

Sin perjuicio de corroborar el *status* de ello luego de promulgado el Código Civil de 1936, resulta interesante advertir que nuestro sistema en materia de obligaciones, contratos y responsabilidad civil, desde una perspectiva teórica o conceptual aparecía bastante definido y delimitado. En otras palabras, si los «deberes de protección» en Alemania surgieron en un contexto en donde la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual presentaban ciertas particularidades sin igual en el Derecho Continental, queda claro que “tal contexto” no era referenciable en nuestro país. Entonces, si el contexto define la teoría, esta no debería haber surgido en el Perú de 1936 a 1984.

El asunto acá es que como también pudimos notar, nuestra experiencia en términos generales no se muestra afín a aquella germánica. Al contrario, mayor vinculación (mas no equiparación), tanto a nivel legislativo, doctrinario y contextual, se presentaba con la experiencia francesa.

Ambas experiencias sin embargo no coadyuvaban a explicar la imposición legal de un deber de cuidado en ciertos contratos típicos y en la regulación especial, conforme había sucedido en nuestro país hasta antes del nuevo código, lo que invita a preguntarse si dicha circunstancia siguió presentándose durante la vigencia del Código Civil de 1936, o si, por el contrario, el surgimiento de dicha clase de deberes (de ser positiva la respuesta) fue consecuencia exclusiva de una disociación entre la *necesidad extrajurídica* y la *realidad normativa*. Una respuesta afirmativa para ambas cuestiones supondría que la constante identificada entre el periodo de 1821 a 1936 se haya mantenido incluso hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1984.

Veremos que a diferencia del periodo anterior, en este caso la doctrina, lamentablemente en forma ocasional, se ocupará del tema.

5.2.1. a) En línea con el Código Civil de 1852, el contrato de arrendamiento (bajo la regulación de la *locatio-conductio*¹³⁰⁰) no se redujo a la entrega en uso de un bien a cambio de una renta, pese a que ambas prestaciones definían los rasgos típicos de este contrato *ex art.* 1490 del Código Civil de 1936.

En efecto, la regulación civil confirmaba lo que en su momento planteó García-Calderón y luego Cornejo a propósito de los deberes accesorios. Estos deberes se encontraban distribuidos en una variedad de disposiciones normativas. En lo que refiere al locador (arrendador), si su deber principal (el resultado que se propone obtener¹³⁰¹) yacía en la cesión (obligación de dar¹³⁰²) en uso del bien (o procurar el goce de las cosas locadas¹³⁰³), normativamente se reconocía deberes accesorios que al derivarse de ella¹³⁰⁴ debían servir para lograr la realización del principal en beneficio del arrendatario; en buena cuenta, la materialización del precepto contenido en el art. 1511 del Código Civil de 1936¹³⁰⁵.

Así pues, el locador, estaba “obligado” a “mantener al conductor en el uso de la cosa durante el tiempo de la locación” (art. 1513.1), “a defender el uso de la cosa arrendada contra un tercero que pretenda tener o quiera ejercer algún derecho sobre ella” (art. 1513.2), o “a hacer en ella los reparos necesarios que, por pacto o costumbre, no sean de cuenta del arrendatario” (art. 1513.3)¹³⁰⁶.

Como puede verse, los deberes accesorios (u obligaciones sucesivas que duraban hasta el final del contrato¹³⁰⁷) a cargo del arrendador reconocidos legalmente se concentraban todos en posibilitar que el arrendatario se mantenga en uso del bien arrendado.

Por supuesto que en las obligaciones del locador la doctrina nacional no necesariamente advirtió la presencia de deberes accesorios, como se infiere de León Barandiarán, quien más allá de ubicar cuatro obligaciones en la esfera del locador y reconocer que entre ellas existía una conexión

⁽¹³⁰⁰⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 290 y ss.

⁽¹³⁰¹⁾ Ídem, p. 321.

⁽¹³⁰²⁾ Ídem, p. 300.

⁽¹³⁰³⁾ Ídem, p. 321.

⁽¹³⁰⁴⁾ Ídem, pp. 321-323.

⁽¹³⁰⁵⁾ Ídem, p. 321.

⁽¹³⁰⁶⁾ Ídem, p. 324.

⁽¹³⁰⁷⁾ *Ibíd.*

orgánica en virtud del fin del contrato, no distinguía conceptualmente unas de otras, de modo que se presentaban en forma aditiva sin una estructura clara más allá de la cuestión normativa y teleológica¹³⁰⁸.

Ahora bien, más interesante sin embargo era lo relativo a las obligaciones del arrendatario. Descartado por evidente que su principal “obligación” era el pago de la renta en el plazo convenido (art. 1517.2), la norma imponía otros deberes que no necesariamente guardaban consonancia con lograr aportar al arrendador el provecho que perseguía con el contrato de arrendamiento¹³⁰⁹. Entre estos, “dar aviso al locador de cualquiera usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca” (art. 1517.3).

La pregunta inmediata es ¿cuál era la naturaleza de este deber que no se vinculaba a la prestación debida?

En un primer momento, cuando Cornejo trata la materia específica del arrendamiento como parte de la locación conducción, expone a este deber como “obligación” a cargo de los locatarios en la ejecución del contrato. Hasta ahí, la postura de dicho autor no se apartaba de la de otros autores, quienes más allá de dedicarles varias líneas a su comentario, no llegaban a plantearse esta interrogante, quizá conformes por el hecho que la propia fórmula legal reconocía a este deber bajo el término “obligación”¹³¹⁰.

Sobre el referido art. 1517.3, Cornejo creía que “la obligación de dar aviso al locador de cualquier usurpación o imposición de servidumbre que se intente contra la finca es de suma importancia, tanto porque tiende a impedir la prescripción, cuanto, y principalmente, porque está

(¹³⁰⁸) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo I. Compra-venta. Cesión de Créditos. Permuta. Donación. Locación y Conducción. Contrato de servicio. Contrato de obra. Lima: Imprenta UNMSM, 1966, p. 340.

(¹³⁰⁹) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 327.

(¹³¹⁰) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Contratos en el Derecho Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 340 y ss.; **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 77 y ss. (de la parte correspondiente a contratos), entre otros.

encaminada a que el locador no pierda la tutela posesoria, lo que tendría graves consecuencias si el dueño no pudiese demostrar en juicio ser propietario de la cosa¹³¹¹”.

La desvinculación de esta “obligación” con la prestación principal y los deberes accesorios, ratificaban su naturaleza autónoma al deber central. Lo cierto es que si esta era estudiada *per se*, en uno y otro caso, la fórmula legal que la reconocía buscaba no otra cosa que cautelar el patrimonio del locador que se veía expuesto como consecuencia de la ejecución del contrato de arrendamiento (como es evidente, de no presentarse el arrendamiento, el locador no precisaría de aviso alguno).

Si ello era así, no sorprende que Cornejo haya concebido a esta clase de “obligaciones” como *deberes secundarios especiales* cuya fuente -a su criterio- radicaba en la buena fe¹³¹².

Ahora bien, estos *deberes secundarios especiales* gravarían la esfera del deudor imponiéndole una obligación de “notificar o comunicar al acreedor un hecho de interés para el mismo o para la conservación de sus bienes jurídicos y de cuyo incumplimiento, aparte las pretensiones de indemnización puede resultar a veces también la caducidad del derecho¹³¹³”.

Pero lo cierto es que los *deberes secundarios especiales* de Cornejo no solo consistirían en “notificar” o “comunicar” (art. 1517.3) y tampoco se reducirían únicamente al contrato de arrendamiento.

El incumplimiento de este “deber” permitiría al locador “rescindir” el contrato de arrendamiento *ex art.* 1529.7 del Código Civil de 1936 y lograr adicionalmente el resarcimiento de los eventuales daños que podrían haberse generado. La vinculación entre una tutela del crédito con un deber que no se reducía al crédito y la posibilidad del resarcimiento no hacía más que evidenciar una contradicción en la puridad de los conceptos.

(¹³¹¹) CORNEJO, Ángel Gustavo. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 327.

(¹³¹²) CORNEJO, Ángel Gustavo. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 63.

(¹³¹³) Ídem, p. 63-64.

b) La existencia de obligaciones que no necesariamente se deducían en un deber de prestación, principal o accesorio, se hacía manifiesto también en otros tipos contractuales. Uno de ellos fue el contrato de transporte¹³¹⁴.

Si durante la vigencia del Código Civil de 1852 el caso del transporte resultaba emblemático al reconocer un deber de seguridad del transportista sobre la persona y los bienes de los viajeros, tanto a nivel de regulación civil como del Código de Comercio de 1853 y 1902, dicha conclusión se podría haber visto cuestionada durante la vigencia del nuevo código.

El art. 1570 del Código Civil de 1936 disponía que “los que en virtud de cierto precio, alquiler, o flete, se encarguen de conducir o llevar de un lugar a otro, personas o cosas, sea por tierra, por agua, o por aire, quedan sujetos, en todo lo concerniente a este contrato, a las disposiciones del Código de Comercio y a las leyes y reglamento especiales”.

Aun cuando el contrato de transporte se regía, básicamente, por el Código de Comercio¹³¹⁵, y este último no había sido derogado ni modificado en la parte correspondiente a dicho tipo contractual entre el periodo de 1902 y 1936, las ideas que esbozamos a propósito del código abrogado debían ser repensadas por dos razones: (i) los rasgos típicos del contrato de transporte durante la vigencia del código abrogado eran definidos por este último principalmente, y en forma accesorio, por el Código de Comercio y normas especiales; (ii) el régimen de responsabilidad por disposición expresa del Código Civil de 1852 seguía aquél fijado para el caso de los posaderos.

Si bien puede decirse que con la expresión “los que en virtud de cierto precio, alquiler, o flete, se encarguen de conducir o llevar de un lugar a otro, personas o cosas, sea por tierra, por agua, o por

(¹³¹⁴) Sobre este contrato, durante la vigencia del Código Civil de 1936, *v.* **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 102 y ss. (de la parte correspondiente a contratos); **LEÓN BARANDIARÁN, José**. Contratos en el Derecho Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 551 y ss.; y sobre la responsabilidad derivada del transporte (especialmente aéreo), *Cfr.* **MEDRANO TASSARA, Ana María**. Régimen jurídico del transporte aéreo internacional. Tesis (Br.). Lima: UNMSM, 1968, *passim*; **PAREDES ROJAS, Irma**. La responsabilidad civil en el transporte aeronáutico. Tesis (Br.). Lima: PUCP, 1969, *passim*; **TORRES HERNÁNDEZ, Gonzalo**. La responsabilidad civil en el transporte aéreo. Tesis (Br.). Lima: UNMSM, 1974, *passim*; **INDACOCHEA, Ricardo**. La responsabilidad civil derivada del contrato de transporte aéreo. Tesis (Br.). Lima: PUCP, 1976, *passim*.

(¹³¹⁵) **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 102.

aire” era posible extraer los rasgos principales del contrato de transporte (traslado de un punto a otro a cambio de una retribución en valor económico)¹³¹⁶, esta aparecía insuficiente¹³¹⁷ si la cuestión se trasladaba a determinar qué implicaba el contrato de transporte en su aspecto más controvertido; a saber, la seguridad de las personas y sus “efectos” que eran transportados y el régimen de responsabilidad derivado de aquél.

La ausencia de una fórmula similar al del código abrogado instaló la incertidumbre sobre si la seguridad era materia de un deber a cargo del transportista, como ocurría con el caso de los posaderos en el Código Echenique (art. 1624 del nuevo código), y sobre ello el reenvío a la normativa comercial no bastaba para esclarecer el asunto. De hecho, bien visto el asunto, el Código de Comercio solo se explicaba si se leía conjuntamente con el Código Civil de 1852, de lo contrario, el primero aparecía carente de sintonía por no definir lo básico.

La incertidumbre a la que hacemos referencia solo podía despejarse si para tal efecto se leía sistemáticamente tanto las normas que integraban el contenido del contrato de transporte; esto es, el Código de Comercio de 1902 y las leyes especiales.

Así pues, se podría ensayar la siguiente hipótesis. La cuestión de la seguridad de las personas y sus bienes en el contrato de transporte se encontraba superada toda vez que (i) la normativa especial representada en el (aún vigente a la fecha de la promulgación del nuevo código) Reglamento General de Ferrocarriles de 1908 -que seguía en líneas generales los postulados de su antecesor- reconocía un interés de protección de los bienes personales y patrimoniales de los pasajeros, imponiendo *ex lege* una obligación de seguridad a cargo de los transportistas; y (ii) el Código de Comercio de 1902 delimitaba los contornos de la responsabilidad de los transportistas con suficiencia.

La lectura sistemática de la normativa especial referida con el art. 1570 del Código Civil de 1936 permitiría suplir la falta de referencia a la responsabilidad del transportista conforme a la regla

⁽¹³¹⁶⁾ LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano I... *óp. cit.*; p. 551.

⁽¹³¹⁷⁾ Para León Barandiarán, el art. 1570 era “completamente inútil, ya que sólo resulta un precepto, digámoslo así, de mera recordación acerca de la disciplina legal que gobierna al contrato de transporte (*v. Ibíd.*).

de los posaderos que presentaba el nuevo código a diferencia del abrogado¹³¹⁸. Sin embargo, aun cuando ello es válido, lo cierto es que el problema de una lectura en tal sentido es que corría el riesgo de aportar una solución que se reduzca al caso especial antes que a la generalidad. En otras palabras, la interpretación sistemática antes ofrecida bien podía cuestionarse reconduciendo la misma únicamente para el transporte vía ferrocarril, manteniéndose la laguna respecto a las demás modalidades de transporte.

Visto en perspectiva, este era el problema que generó el hecho de haber obviado en el nuevo código una regulación del transporte similar al del código abrogado.

Ahora bien, la deficiencia normativa corresponde ser contrastada con la solución de la doctrina, aunque lamentablemente esta no indagó el asunto mayormente.

Este fue el caso de León Barandiarán quien derivó cualquier asunto relativo al transporte a la regulación comercial. Ello era correcto si el asunto yacía sobre los bienes patrimoniales pero no cuando recaía sobre la persona de los pasajeros. Así pues, otro sector de la doctrina, señalaba que el Código de Comercio de 1902 no establecía “ninguna regla para determinar la responsabilidad de las empresas de transporte por los daños que sufran las personas durante el viaje o por los perjuicios que pudiera sobrevenirles¹³¹⁹”, por lo que la asignación de la regla de responsabilidad debía aparecer en forma de ley especial como sucedía en el caso de los ferrocarriles.

Para Rey de Castro, la cuestión relativa a la seguridad de las personas en ocasión del transporte sí era un asunto de particular relevancia. Prueba de ello, a su criterio, era el amplio tratamiento de la materia en sede francesa, en donde la imposibilidad de identificar estas “obligaciones accesorias” (en este caso, para el transporte) con aquella principal reconocida legalmente o pactada convencionalmente, derivó a que su estudio se centre en la denominada obligación de seguridad (*Obligation de sécurité*) de fuente jurisprudencial¹³²⁰.

⁽¹³¹⁸⁾ El nuevo código sí contenía una disposición en materia de hospedaje, pero no disponía expresamente su aplicación análoga para el caso de los transportistas, como se disponía en el Código Civil de 1852.

⁽¹³¹⁹⁾ **LEÓN MONTALBÁN, Andrés.** Derecho comercial peruano. 2da ed. Lima: S/E, 1964, p. 355.

⁽¹³²⁰⁾ **REY DE CASTRO, Alberto.** *óp. cit.*; p. 118.

Sin perjuicio de tratar a mayor profundidad la postura de Rey de Castro respecto de la solución francesa, lo que queda claro es que las obligaciones que tenían por objeto la seguridad de los pasajeros si era un asunto de suyo harto complejo que no podía resolverse con las estructuras ideales creadas en materia de obligaciones, toda vez que estas no cumplían una premisa que subyacía en todo comportamiento debido: la procuración de una utilidad de orden positivo.

Otro importante autor, advertía que el transporte era uno de esos supuestos en donde no era fácil distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual, toda vez que la naturaleza de la obligación que motiva el resarcimiento no era clara¹³²¹. A su criterio, planteada la cuestión de saber si se trata de responsabilidad contractual o extracontractual, “parece lo cierto que existe la primera porque entre el pasajero y la compañía ferroviaria hay celebrado un contrato de transporte¹³²²”

El hecho de sustentar su postura no impedía que Castañeda reconozca que “decidir si es una u otra responsabilidad es de trascendencia indudable, sobre todo en cuanto a la prueba. Si es responsabilidad contractual no habrá que probar la culpa¹³²³”.

En la posición de Castañeda se percibe la influencia de la experiencia nacional en materia de accidentes ferroviarios. Y sobre este último punto, no fue óbice el hecho que años después de promulgado el Código Civil de 1936, el Reglamento de 1908 terminara siendo derogado por el Decreto Supremo N° 012-78-TC (Reglamento General de Ferrocarriles de 1978¹³²⁴), máxime porque este último siguió básicamente el tenor y los principios de sus predecesores, lo que finalmente derivó en que sus disposiciones (entre estas, *v.* arts. 173 y ss.; 213 y ss.; Título III, entre otros) se orienten, además del correcto funcionamiento de la industria, en la seguridad de los bienes patrimoniales y personales de los pasajeros.

Dicho esto, no cabe duda que aun cuando la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato de transporte se haya reducido al ferrocarril conforme nuestra experiencia jurídica, y la

(¹³²¹) **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.** Instituciones de derecho civil. El derecho de las obligaciones. Tomo II. Efectos de las obligaciones. Lima: Castrillón Silva, 1955, p. 77.

(¹³²²) *Ibíd.*

(¹³²³) *Ibíd.*

(¹³²⁴) El cual también fue derogado en los años sucesivos.

misma no haya logrado ser “generalizada” al tipo contractual (transporte) en su conjunto, la existencia de una obligación (que cautelara la esfera jurídica personal y patrimonial ajena) en tal sentido no encontraba un correlato en alguna de las posiciones jurídicas que conformaban la relación de obligación, si se toma como base la concepción de Cornejo. Con ello, la incertidumbre antes referida (en tema de arrendamiento) se trasladaba al transporte, apareciendo sin duda como primera opción la naturaleza *ex contractu* de estas conforme aconteció durante la vigencia del Código Civil de 1852.

Más adelante veremos que la interrogante sobre la naturaleza de la obligación antes indicada en tema de transporte persistirá a propósito de un nuevo reglamento en materia de ferrocarriles.

c) La situación planteada con respecto al arrendamiento y el transporte se vislumbra con mayor claridad incluso en el contrato de hospedaje.

Dentro del esquema del depósito necesario, el Código Civil de 1936 reguló el hospedaje en los arts. 1624 a 1626, y conforme al cual los hoteleros y posaderos respondían de los efectos introducidos por los viajeros en los hoteles y posadas conforme a las reglas del depósito.

Si por el hospedaje se comprometía la posada a cambio de un precio determinado, ¿por qué se reconocía una responsabilidad a cargo de los hoteleros y posaderos por los daños que puedan sufrir los efectos de los viajeros?

En realidad, había una pregunta que se ocultaba detrás de la formulada y que parte del presupuesto de la responsabilidad *ex lege* sancionada por el art. 1624 del Código Civil de 1936: ¿qué naturaleza presentaba la obligación de los hoteleros y posaderos que se deducía en la protección de los efectos de los viajeros?

Con relación a esta, León Barandiarán afirmaba que “como el hostelero y el posadero ejercen una actividad lucrativa, un oficio, una actividad permanente y remunerada, se les exige que asuman la responsabilidad como depositario, en relación con los efectos cuando una como actividad profesional

u oficio permanente y notorio, se dé hospedaje a cualquiera que lo solicite, hablando en términos generales. Así, si lo utilizado es hostería, mesón, fonda, venta, ello no tiene importancia¹³²⁵”.

Ahora bien, la responsabilidad antedicha surgía de dos maneras¹³²⁶: (i) en caso los efectos hayan sido introducidos (art. 1624); o (ii) en caso los efectos hayan sido “realmente entregados”.

En el primer supuesto, “el viajero al ocupar el hotel o posada, para permanecer allí por cierto tiempo, mayor o menor, introduce los efectos materiales que lleva consigo, y aunque no los entregue realmente al hotelero o posadero, es decir, aunque no entregue específicamente tales objetos, es considerado frente al hotelero como depositante; hay una especie de *depositum ficto*. Basta que hayan sido introducidos dentro del hotel, de modo que hay aquí un elemento de juicio de orden especial: el depósito se reputa constituido, y hay la correspondiente responsabilidad del hotelero por el simple *factum* de que las cosas están *in situ* dentro del hotel, y mientras estén en él. No se necesita que haya efectivamente entrega de los efectos. (...) El depósito es una mera subsecuencia del contrato de hospedaje¹³²⁷”.

En el segundo supuesto, “puede también el viajero haber hecho su propio y especial depósito, entregando realmente ciertos objetos al hotelero. Como hay entrega real, tradición en la propia acepción de la palabra, no se trata de un depósito común, que simplemente funciona acompañando al contrato de hospedaje. El depositario responde entonces, por el valor mismo de tales objetos: esta es la solución que resulta *contrario sensu* del art. 1626, salvo el rehusamiento que allí se indica¹³²⁸”. Ergo, si no han sido “entregados”, se responde solo hasta quinientos soles¹³²⁹. De ahí que el hotelero se encuentre en capacidad de rechazar o aceptar los efectos¹³³⁰.

(¹³²⁵) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II. El Mutuo. El Comodato. El Depósito. El Mandato. La Gestión de Negocios. La Sociedad. El Juego y Apuesta. La Fianza. Con la colaboración de José León Barandiarán Hart. Lima: Imprenta UNMSM, 1975, p. 104.

(¹³²⁶) *Ibíd.*

(¹³²⁷) *Ibíd.*

(¹³²⁸) *Ibíd.*

(¹³²⁹) *Ibíd.*

(¹³³⁰) *Ídem*, p. 105.

Para ambos supuestos, el art. 1625 “indica los supuestos de hecho que originan la responsabilidad¹³³¹”. Esta última, para León Barandiarán, presentaba naturaleza *ex contractu*¹³³².

Si la responsabilidad por el daño causado a la cosa (pérdida o menoscabo) por hecho del hotelero o sus dependientes era de naturaleza contractual, la obligación de cuidado de los efectos del viajero (“custodia” si se hablaba en términos de depósito) debía ser contractual. Sin embargo, la idea de custodia como materia de obligación (prestación) *ex art. 1609.1* (en línea con el código abrogado) era consecuencia de una visión que despojaba a la custodia de su rol de responsabilidad para asimilarla al “comportamiento” (*in obligatione*), a pesar que en estricto esta no aparecía como tal, ¿cuál era entonces la naturaleza del cuidado en el hospedaje?

Por más que esta cuestión no haya merecido atención de nuestra doctrina, lo cierto es que si hay una cosa clara: dicha obligación no se confundía con el contrato de hospedaje y posada. En otras palabras, el hospedaje no era custodia, principalmente. Con mayor claridad, ello se veía en el hospedaje sin entrega de efectos. Es ahí en donde el surgimiento de la obligación de cuidado no aparece como consecuencia de un acuerdo de voluntades, y en donde la construcción legislativa soslaya dicha circunstancia e impone por fuerza de ley el cumplimiento de una obligación de cuidado, bajo la forma del “depósito” (*diligentia in custodiendo*). Esta extensión de la “custodia” (*ex lege*) fue la única manera que el legislador encontró para imponer un deber de cuidado en el contrato de hospedaje.

Lo anterior se presentaba por más que la línea que separaba la entrega y no entrega de los efectos aparecía como una cuestión ficticia. De hecho, si este calificativo era adscribible al hospedaje sin entrega de efectos, lo mismo era en el supuesto de hospedaje con entrega. La sola recepción importaba entrega, pero esta era una cuestión natural en el propio negocio de hotelería. Ahora, el hecho de recibir los efectos de los huéspedes no necesariamente significaba que el hostelero o pasadero manifieste su voluntad de custodiar aquellos, qué duda cabe.

⁽¹³³¹⁾ Ibíd.

⁽¹³³²⁾ Ibíd.

Una obligación de cuidado que no tiene por fuente la voluntad (claramente apreciable en el hospedaje sin entrega de efectos) pero que a criterio de un importante autor su “incumplimiento” acarrearía una responsabilidad contractual, era *per se*, a nivel teórico, al menos, una contradicción.

Mayor complejidad presentaba una cuestión adicional, ¿la obligación de cuidado solo se encontraba ceñida a los efectos o se extendía también a las personas? La norma no resolvía esta cuestión.

Advertido todo lo anterior, se presentaba una línea de continuidad entre lo dispuesto en el código abrogado y el Código Civil de 1936 en materia de hospedaje. La obligación de cuidado de los efectos no se subsumía en las categorías del deber principal y accesorio de prestación, y mucho menos en las demás posiciones jurídicas hasta ahí reconocidas, incluso a diferencia del Código Civil de 1852, la regulación de la responsabilidad *ex delicto* no contenía la hipótesis del hospedaje, enmendando de esta forma un defecto de la anterior codificación.

Lo dicho no se vería contradicho con las disposiciones administrativas que se dictaron a propósito de la actividad del hospedaje (Decreto Supremo de 20 de abril de 1946 sobre casas de hospedaje, el Decreto Supremo de 6 de agosto de 1949 que reglamentó la industria hotelera, el Decreto Supremo de 29 de marzo de 1973 que reguló el funcionamiento de los establecimiento de los hospedaje y el Decreto Supremo de 7 de diciembre de 1976 sobre empresas de servicios turísticos¹³³³).

d) En materia de comodato también se reconocían obligaciones que no se deducían en deberes principales o accesorios.

En efecto, por el comodato, el comodante entregaba una cosa gratuitamente al comodatario para que luego de servirse de ella este la devuelva (art. 1587). Aun cuando pareciera que ahí quedaba

(¹³³³) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo III. Hospedaje, comodato, prestación de servicios, locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito, secuestro, fianza, cláusula compromisoria, compromiso arbitral, renta vitalicia, juego y apuesta. Con la colaboración de Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. Lima: San Jerónimo, 1989, pp. 12-13.

el asunto, y por más que la doctrina seguía observando en el comodato un contrato (real¹³³⁴) esencialmente unilateral que imponía obligaciones solo al comodatario¹³³⁵, el art. 1592.1 del Código Civil de 1936, reconocía expresamente (entre otras obligaciones) que el comodante se encontraba obligado a avisar si la cosa prestada presentaba algún vicio.

Tal era la importancia de la obligación de aviso de vicios que el art. 1599 disponía que “cuando la cosa prestada adolece de vicios tales que el uso de ella puede irrogar perjuicio, el comodante responderá del daño causado, si conociendo los vicios de la cosa no hizo advertencia de ellos al comodatario”.

En un contrato cuya construcción legislativa se centraba en el interés del comodatario de disfrutar temporalmente la cosa en forma gratuita, ¿por qué la normativa nacional imponía un deber de aviso *ex art. 1592.1*?

Según León Barandiarán, “por el carácter de gratitud del comodato se explica la solución legal citada. El comodatario debe obtener sólo beneficio por el contrato, en cuanto a la utilidad que consigue con el uso de la cosa. Esa utilidad resultará frustrada si por causa de los vicios de la cosa, ésta última con su uso causa daños al *accipiens*¹³³⁶”. “Desde luego que el comodante no tiene la obligación de asegurar que la cosa no tenga vicios. A solo lo que se halla obligado el comodante es a dar el aviso sobre tales vicios que sean conocidos por aquél y a responder por consecuencia de los últimos¹³³⁷”.

⁽¹³³⁴⁾ *v.* LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II... *óp. cit.*; p. 43

⁽¹³³⁵⁾ Ídem, p. 42; quien señalaba que la obligación fundamental del comodatario era devolver la cosa *ex art. 1595.4* y daba cuenta además que este contrato era concebido también como contrato sinalagmático imperfecto (tal como lo manifestara en su momento Ortiz de Zevallos para el código abrogado). En esa misma línea, *v.* **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; ff. 116-117, quien reafirma su carácter unilateral y descartar que la bilateralidad reconocida en Suiza sea extensible a nuestro *medio*, máxime cuando en dicho país se regula la promesa de comodato, el cual si aparece a juicio de este autor como contrato bilateral.

⁽¹³³⁶⁾ LEÓN BARANDIARÁN, José. Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II... *óp. cit.*; p. 50.

⁽¹³³⁷⁾ *Ibíd.*

Siendo ello así, para este autor, “la obligación de resarcir los daños nace de la violación de un deber de comportamiento por el comodante, al no dar el aviso al comodatario de modo que tal responsabilidad sólo tiene lugar cuando el comodante tuviese conocimiento del vicio¹³³⁸”

Calificado como “deber”, necesariamente contractual -agreguemos-, León Barandiarán no aclara la incertidumbre respecto de la propia condición de dicho deber, al no tratarse este de un deber de prestación, ni a los accesorios, vale decirlo. Lo que parece claro es que este autor veía en la “protección” un beneficio que el comodato confería.

Para M. A. Olaechea, este deber (como parte de las obligaciones del comodante) resultaba ajeno al contrato de comodato, de hecho se derivaba de un “principio de orden superior” (“principios superiores de justicia” o “principios generales”)¹³³⁹. En efecto, “la base el fundamento, el tronco y la raíz de estas disposiciones es que se trata de principios generales del higiene jurídica que pasan por encima de todos los actos jurídicos¹³⁴⁰”.

Lamentablemente, sobre dicho “principio”, M. A. Olaechea no hizo mayor precisión. De esta manera, aparece su posición más próxima a un discurso político que a un fundamento jurídico *strictu sensu*.

Tomando en cuenta lo anterior, debemos señalar que dicho deber de aviso que se agrega a las demás posiciones jurídicas del comodato en virtud de la ley, es una hipótesis más que demuestra que durante la vigencia del Código Civil de 1936, el ordenamiento reconocía deberes legales que se incorporaban al contrato que no resultaban correlativos al natural interés de prestación del acreedor. En fin, no solo se trataba de imponer un “deber de comportamiento” (León Barandiarán) o un “deber secundario especial” (Cornejo) sino que ello partía de un presupuesto quizá más controvertido y menos identificable a simple vista: el reconocimiento de un interés de cuidado (como evocación de un “principio de orden superior”).

⁽¹³³⁸⁾ Ibíd.

⁽¹³³⁹⁾ **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 121.

⁽¹³⁴⁰⁾ Ibíd.

e) Por su parte, una regla que también se encontraba presente en el nuevo código, era la indemnización a cargo del mandante por las pérdidas sufridas por causa del mandato (art. 1644.2).

Según un autor, el principio que concretaba el referido dispositivo es que “el mandatario venga a quedar indemne como consecuencia del ejercicio del mandato¹³⁴¹”. Así pues, “es menester que exista un nexo de causalidad entre la pérdida y el ejercicio del encargo. Por eso el dispositivo usa el sintagma *por causa del mandato*¹³⁴²”. En ese sentido, “es superfluo advertir que de ningún modo habrá lugar a indemnización si la pérdida se produjo por culpa del propio mandatario; así si el mandatario afrontó riesgos innecesarios o desarrolló alguna actividad imprudente¹³⁴³”.

Ahora bien, tanto como el mandante no asumía responsabilidad si el mandatario afrontaba riesgos innecesarios, la creación de riesgos necesarios con el propio encargo del mandato (y los daños consecuentes, por supuesto) es lo que habilitaba al resarcimiento. En ese sentido, si la regla propuesta por el legislador era evitar que el mandatario exponga su esfera jurídica como consecuencia del mandato, entonces el sistema imponía al mandante una obligación de no encargar al mandatario la realización de un negocio que por cuya concreción este podría ver expuesta su esfera personal y patrimonial, sin distinción.

Si ello era así, no debería sorprender que la pregunta se haya dirigido a determinar la naturaleza de la responsabilidad derivada de los daños sufridos por el mandatario, y conexamente, la de la obligación cuya infracción motivaba lo anterior. Hasta ese punto, al menos en lo que respecta al mandato oneroso, lo único claro era que dicha “obligación” no se deducía en el pago de la retribución que se constituía en el deber principal del mandante¹³⁴⁴.

La imposición de cautelar el interés personal del mandatario al momento de determinar el encargo materia del mandato, más allá del principio que concretaba, o bien traducía una cuestión de

(¹³⁴¹) **LEÓN BARANDIARÁN HART, José.** El contrato de mandato en el Código Civil peruano. Tesis (Br). Lima: UNMSM, 1970, p. 1-97 (ahora *ib.* publicado en **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II... *óp. cit.*; p. 149).

(¹³⁴²) *Ibíd.*

(¹³⁴³) *Ídem*, pp. 149-150.

(¹³⁴⁴) *Ídem*, p. 148.

política legislativa y por ende se apartaba de los esquemas conceptuales jurídicos, o bien reconocía un deber de orden *sui generis* no asimilable al de prestación y hasta ese momento no identificable.

Se puede decir que las obligaciones que hemos advertido en este acápite divagaban entre una y otra opción, por más que la realidad nos develará más adelante que entre ambas alternativas no había tanta distinción.

En lo que respecta al mandato y la obligación antes referida, ni la norma ni la doctrina dilucidó con suficiencia su naturaleza, más allá de saber que ella era impuesta *ex lege* y para el contrato típico de mandato. Y en lo que respecta al régimen de responsabilidad consecuente de su violación, un importante autor lo consideró como otro de los supuestos en donde no es fácil distinguir entre la responsabilidad contractual y extracontractual, concluyendo que en esta materia, si el mandatario se accidenta al cumplir el mandato, existirá responsabilidad contractual para el mandante¹³⁴⁵.

5.2.2. Que haya existido un interés reconocido en los tipos contractuales antes estudiados que no se deducían en el *Leistungsinteresse* y que presente como principal rasgo su carácter negativo o de protección no supone necesariamente que estos se deduzcan en los *Schutzpflichten* de Stoll; prueba de ello es que su existencia no dependió de una teoría como requisito *sine qua non*.

La cuestión es determinar hasta donde la existencia de tal interés que suponía la imposición de un deber en sentido análogo era manifiestamente claro, máxime cuando se puede alegar, incluso contra lo que parece evidente, que los ejemplos contenidos en los tipos antes estudiados no eran otra cosa que una reiteración del interés que protegía el *alterum non laedere*.

Para encontrar más elementos de convicción recurramos al art. 1572 del Código Civil, aunque primero corresponda una sucinta contextualización.

En el Código Civil de 1852, el contrato de trabajo se encontraba contenido dentro de la regulación de la *locatio conductio*, en gran medida por la influencia que el *Code* ejerció en nuestra

(¹³⁴⁵) **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.** Instituciones de derecho civil. El derecho de las obligaciones. Tomo II... *óp. cit.*; p. 77.

codificación. Por más que la figura del contrato de trabajo y el Derecho Laboral en general habían ganado independencia entre fines e inicios del siglo XIX y XX, el autor del Libro V del Código Civil de 1936, no obstante que en su concepto las normas especiales debían reglamentar esta rama del derecho, prefirió mantener su regulación en el Código Civil de 1936, aunque en forma bastante escueta¹³⁴⁶.

Pero a diferencia de cuando el contrato de trabajo o la prestación subordinada de trabajo fue reconocido por el Código Civil de 1852, el escenario jurídico nacional ya había madurado diversas ideas con relación a dicho contrato, entre estas quizá la más importante lo relacionado con los accidentes del trabajo y su régimen indemnizatorio.

Ahora bien, así como sucedió ello también es cierto que la Ley 1378 trajo consigo incertidumbre; una que básicamente se sintetizaba en un aspecto que se subordinó en aras de lograr la tutela del trabajador a pesar de todo: el régimen de responsabilidad civil. Así pues, si para unos esta se deducía en la responsabilidad *ex delicto* en virtud de la consagración de la doctrina del riesgo profesional, para otros la discusión quedaba soslayada por el mero hecho que era la ley la que otorgaba el derecho de indemnización, siendo incluso posible sostener que con la progresiva proliferación de normas sectoriales se reconocía la existencia de un interés de protección *ex contractu* cuya frustración seguía las reglas del contrato.

En cualquier caso, lo cierto es que como dijimos la normativa no permitía superar el dilema. ¿El nuevo código sí lo hizo?

Hasta este punto, si se observa atentamente la experiencia nacional, el reconocimiento de un interés de protección y la consecuente imposición de un deber de comportamiento siempre adoptó como forma el reconocimiento *ex lege* y como esquema el tipo contractual.

Aun cuando se pudiera objetar que la construcción legislativa en el Perú de los tipos contractuales no necesariamente respondieron a la constatación del fenómeno social que se pretendía

⁽¹³⁴⁶⁾ OLAECHEA, Manuel Augusto. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 97.

regular por parte de los legisladores, siendo más bien estos herencia de orden histórico tanto del *Code* como del Derecho Romano, Colonial y demás, lo cierto es que la imposición de un deber de cautela también operó al momento de otorgar leyes sectoriales (siendo este el sector en donde más creativos fueron nuestros legisladores buscando resolver problemas “peruanos” de orden social), y en estos casos, el deber de comportamiento que cautelaba el interés presupuesto de seguridad también se presentaba *ex lege* y de manera típica.

Si los deberes de cuidado que se relacionaban directamente con un interés análogo solo se presentaban por imposición legal y en determinados tipos de contratos, entonces estos se contradecían ontológicamente con la propia lógica de “teoría” *stricto sensu*.

Que hasta 1936 los *deberes secundarios especiales*, conforme la terminología de Cornejo, no hayan resultado una teoría de la doctrina (síntesis del pensamiento), y mucho menos una teoría que nuestros codificadores hayan adoptado en algún momento, es inobjetable.

Que ello haya sido así, no supuso la inexistencia de estos, como se ha visto.

He ahí nuestra encrucijada.

La situación se complica si a todo esto se agrega que dichos deberes tampoco fueron fruto de la jurisprudencia, como sí caracterizó la experiencia francesa.

El art. 1572 del Código Civil de 1936 ocupa un valor simbólico y normativo trascendental dentro de este orden de ideas porque su principal valor, antes que su disposición preceptiva, fue representar la confirmación de una tendencia que, consciente o inconscientemente, buscaba reconocer (cuando no conferir) una función “protectiva” al contrato.

En buena cuenta, una ejemplificación del proceso que por incomprendido se asume natural en los demás tipos contractuales: el reconocimiento o creación, como se discutirá en el siguiente Cap. III de un interés ajeno al de prestación, en un tipo de contrato específico y cuya tutela se asegura en virtud de la ley.

Conforme al referido art. 1572,

“El contrato de trabajo, sea individual o colectivo, supone el pago de salario en dinero efectivo; la jornada máxima de ocho horas de labor; el descanso semanal; la prohibición del trabajo de los menores de catorce años; la limitación del trabajo de los menores de dieciocho años, condicionada a la educación y desarrollo físico; la igualdad del salario, sin distinción de sexo, por trabajo igual y su adecuación a las necesidades de la vida del obrero; la indemnización por accidente; los seguros obligatorios; y la intervención del Estado para asegurar la aplicación de las leyes y reglamentos correspondientes”.

Este artículo no aparecía en el código abrogado. Según se testimonia, M. A. Olaechea reconocía que el contrato de trabajo debía formar parte de un capítulo especial de la legislación social, toda vez que los preceptos legales relativos a este, como toda la legislación social, pertenecían al Derecho Público y es distinta de la materia del Derecho Civil¹³⁴⁷, de ahí que a juicio de ese autor, su reglamentación no podía quedar limitada a las formulaciones invariables del nuevo código porque su contenido se encontraba necesariamente subordinado a factores que variaban en el espacio y en el tiempo y que debían ser adecuadas a las circunstancias de la industria¹³⁴⁸. Aun con ello, el legislador optó por destinar el Título VI del Libro V a este contrato, y ello no resultaba una contradicción.

No cabe duda que la emancipación del Derecho Laboral del Derecho Civil se definió en gran medida al advertir que en la relación jurídica (de contrato de trabajo) se encontraba superpuesta una relación de orden económico¹³⁴⁹, la cual hacía del contrato de trabajo una materia ligada al Derecho Público, pero no por ello desvinculada con el Derecho Privado. En efecto, una cosa era la influencia a nivel político-económico que podía existir sobre el trabajo, y otra el régimen legal que pesaba sobre el mismo. Con respecto a lo primero, el contrato de trabajo se vinculó a lo público, de ahí todas las leyes especiales sobre la materia, y con relación a lo segundo, el contrato de trabajo seguía ligado a lo privado.

Para corroborar lo dicho, basta advertir que la legislación que rige la relación de trabajo no se agotaba con los arts. 1571 y 1572 del Código Civil de 1936, sino que las demás leyes integraban el

⁽¹³⁴⁷⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 413.

⁽¹³⁴⁸⁾ *Ibíd.*

⁽¹³⁴⁹⁾ *Ídem*, p. 388.

contenido de dicha relación, prescribiendo determinados lineamientos que cautelaban los intereses del trabajador; la parte sobre la que giraba la relación a partir de una concreta política del derecho. Sin embargo, de cualquier manera, el contrato de trabajo seguía siendo un contrato, y este último término solo significa lo que el Derecho Civil le atribuía. Por ello, un autor de la importancia de Cornejo no dudaba al reconocer en el contrato de trabajo un contrato consensual, conmutativo y sinalagmático, el cual encontraba diversas limitaciones de orden público, qué duda cabe, pero finalmente, en última instancia, representaba la conjunción de dos voluntades.

Esta particular circunstancia que envolvía el contrato de trabajo, aunado a su falta de reconocimiento expreso en el código abrogado, hacía necesaria su incorporación en el nuevo código, quizá con la finalidad también de que a este se le aplique -de corresponder- las reglas de la parte general de los contratos, desde los vicios de la voluntad, las fuentes de integración o la ejecución en buena fe, hasta propiciar el auxilio interpretativo ante instituciones que son de naturaleza estrictamente civil como la renuncia.

El asunto es que cuando la política define una institución jurídica como la que es objeto de comentario, sus preceptos, si bien alineados con un fin de orden nacional o estatal, no necesariamente se condice con la construcción jurídica que un sistema presenta sobre dicha institución jurídica. Así sucedió con el contrato de trabajo durante la vigencia del Código Civil de 1936.

La clave es determinar cómo se presenta dicha contradicción.

A nuestro criterio, esta no es fruto de la imposición de limitaciones en relación con la jornada máxima de trabajo o el trabajo infantil, ni de prescripciones específicas como el descanso semanal o el seguro obligatorio, sino en el reconocimiento de hipótesis que traen como consecuencia la necesidad de adoptar comportamientos que trastocan la configuración del contrato en general, y el del trabajo, en especial.

Básicamente nos estamos refiriendo a que según el Código Civil de 1936, el contrato de trabajo supuso la indemnización por accidentes.

Esta disposición que por lo demás recalca lo dispuesto en la Ley 1378, no resulta tan importante por el hecho de reconocer la posibilidad del resarcimiento en favor del trabajador como sí por vincular dicha posibilidad al contrato de trabajo. La ligazón entre contrato e indemnización que planteaba el art. 1572 resultaba compleja dado que tal cual se configuraba la Ley 1378 (y 2290), el resarcimiento no se ligaba al comportamiento del empleador, sino que este último respondía con independencia de aquél¹³⁵⁰ (de ahí el descarte de la culpa y la opción de la *obligation de sécurité*).

Como se recuerda, en la teoría del riesgo profesional que sustentó la ley de indemnización por accidentes de 1911, ampliamente saludada por M. A. Olaechea¹³⁵¹, era el factor del riesgo profesional o de industria el que fundaba el deber de resarcir. Por ello Manzanilla se vio obligado a sostener que ella era una evolución de la responsabilidad *ex delicto*; la “obligación” surgía con el accidente, no así con el contrato de trabajo, simplemente porque este último no estaba regulado.

Ahora tiene más sentido la posición de este último autor. Si se trae a colación lo expuesto líneas atrás, el objetivo final de Manzanilla no era solo construir la Ley 1378, sino regular *latu sensu* el contrato de trabajo, lo que finalmente, en cierto modo, ocurrirá en el nuevo código. Era dicho contrato el que debía motivar la indemnización, la cual establecida por ley (justamente dentro de esta lógica final de regular el contrato de trabajo), dejaría de lado las construcciones ficticias de las obligaciones de seguridad presuntas o implícitas, sustrayendo de dicha construcción legislativa la tutela *quasi ex delicto* por ser la relación trabajador – empleador todo menos una de simples terceros o *de quienes pasan por ahí*.

Hasta promulgado el nuevo código, el objetivo de Manzanilla no se vería realizado, y con ello la indemnización por accidentes regulado por ley se seguiría vinculado indefectiblemente a la responsabilidad extracontractual.

Con el Código Civil de 1936 y el reconocimiento del contrato de trabajo (por más limitado que fuera), la expectativa de Manzanilla recién podría realizarse: la indemnización surgía en ocasión del

⁽¹³⁵⁰⁾ Ídem, p. 399.

⁽¹³⁵¹⁾ **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; f. 101.

contrato de trabajo y era en “ocasión directa” de este que el accidente debía ocurrir. Solo el accidente acaecido a propósito del trabajo era pasible de ser indemnizado.

El problema de lo anterior era que justamente motivaba la contradicción a la cual hacíamos referencia. La indemnización que tenía por fuente al contrato (como expresamente lo reconocía el art. 1572) debía seguir las reglas de la responsabilidad contractual. El deudor respondería por culpa en la inejecución. En este caso, ¿la indemnización referida era producto de un incumplimiento contractual? Si la Ley 1378 prescindía de la culpa, claramente había un problema.

Para nosotros, había otro problema que era más complejo de atender: la existencia de otros reglamentos que imponían al empleador la adopción de todos los mecanismos necesarios para cautelar un interés de cuidado de parte de los trabajadores, con el propósito de evitar que estos sufran daños durante el desarrollo del trabajo.

Como tuvimos oportunidad de mencionar anteriormente, ¿acaso la imposición de un deber de cuidado del trabajador a cargo del empleador no significaba el reconocimiento de un interés del primero que no se deducía en el interés en recibir el salario acordado (interés de prestación)?

No cabe duda que era así.

¿Podía dicho interés ser un reflejo del deber general de no dañar a otros?

Este es un asunto que trataremos con mayor atención en el siguiente capítulo. Sin embargo, no está demás plantear una repregunta a ello: si así era, ¿por qué imponer un deber de conducta específico de tipo positivo?

En fin, la relación “contrato de trabajo” (Código Civil de 1936) – “indemnización” (nuevo código y Ley 1378) escondía aquella otra relación entre deberes de cuidado (reglamentos) – indemnización (contrato y Ley 1378). Y en la base de ambas se hallaba la tantas veces aludida disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, cuya solución motivaba la fórmula del Código Civil de 1936, la Ley 1378 y modificatoria, y demás leyes especiales.

La situación expuesta no varió con la dación del Decreto Ley N° 18846 de 1971 y su respectivo reglamento.

En efecto, fue su reglamento el que siguió la línea de lo dispuesto en la Ley 1378, aunque con una particular diferencia, el aspecto preventivo del infortunio laboral. Como habíamos señalado, la Ley 1378 estableció la indemnización *ex post* (como tutela); sin embargo, correspondió a las demás leyes especiales la etapa *ex ante* (deberes de cuidado). Por el contrario, en el reglamento del Decreto Ley N° 18846, no solo se reguló la etapa *ex post*, sino también la prevención de los accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, conforme lo siguiente:

“Art. 67.- Los empleadores están obligados a adoptar u poner en práctica todas las medidas de prevención que señalan las disposiciones legales relativas a la seguridad e higiene”.

Teniendo en cuenta ello,

“Art. 68.- Los empleadores proporcionarán gratuitamente a los trabajadores los equipos e implementos de protección obligatorios”.

Pero aun cuando pudiera parecer que bastaba con la entrega de los instrumentos que resultaban necesarios para evitar cualquier tipo de accidente, lo cierto es que la norma iba un paso más adelante, estableciendo que:

“Art. 69.- Los empleadores están obligados a vigilar que los trabajadores utilicen los elementos de protección personal que se les haya proporcionado y cumplan estrictamente las obligaciones que les imponen las normas de seguridad”.

En este extremo, el reconocimiento de deberes de cuidado y vigilancia de fisonomía positiva resultaba una constante en la normativa laboral¹³⁵², de modo que estos terminaban siendo incorporados al contrato de trabajo *ex art.* 1572 del Código Civil de 1936. Se puede decir que en este

(¹³⁵²) Disposiciones análogas aparecían en otras normas, como sucede en el caso del art. 60 del Reglamento General de Ferrocarriles de 1978, el cual establecía que “en todo Ferrocarril se dotará a los trabajadores de operaciones ferroviarios de los implementos de seguridad necesarios. Los trabajadores se presentarán a sus labores con el equipo correspondiente y podrán ser suspendidos de sus funciones caso de incumplimiento o por no utilizar el equipo”.

caso, la colocación de estos deberes tenía un propósito específico: prevenir las lesiones a la integridad personal de los trabajadores.

El establecimiento de un deber de cautelar la esfera ajena de orden contractual a cargo del acreedor quedaba consagrado en nuestro ordenamiento, al menos en los que respecta al ámbito laboral. El paso de enfocar el asunto del deber de indemnizar a un deber de proteger es lo que justificará en el fondo, y como se verá luego, el paso de la responsabilidad extracontractual a la contractual.

Hasta este punto, lo cierto e indudable era que el empleador estaba “obligado” a adoptar una conducta que no se identificaba con el *Leistungspflicht*, en aras de cubrir un interés que tampoco se deducía en el *Leistungsinteresse*.

5.2.3. Planteada la necesidad de hacer un giro en el análisis y no reducir este a la mera contrastación con las demás experiencias en el Derecho Continental, lo que no significa restar valor a esto último, conviene advertir que hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1984, el problema nuestro era encontrar el fundamento de la imposición de un deber de comportamiento que gravaba ciertas relaciones contractuales típicas conforme el Código Civil de 1936 y demás leyes especiales.

Y hasta ese momento lo único claro era que la tutela conferida se presentaba en forma típica y legal.

5.2.3.1. Fueron dos los autores que abordaron el asunto desde una perspectiva opuesta y cuya mención nos servirá a efectos de colocar el problema nacional en contraste con las demás experiencias jurídicas antes de abordar el estudio de nuestro código actual. El primero, como adelantamos, fue Cornejo y el segundo Rey de Castro.

(i) Al observar la imposición de un deber de función negativa o protección en el arrendamiento a cargo del arrendatario, señalamos que Cornejo denominó a este como “deber

secundario especial”, que en dicho caso tenía por objeto “notificar o comunicar al acreedor un hecho de interés para el mismo o para la conservación de sus bienes jurídicos¹³⁵³”.

Lo cierto es que el deber secundario especial cuyo fundamento emanaba de la buena fe¹³⁵⁴ no se reducía al contrato de arrendamiento. En un escenario dominado por lo legal y lo típico, la posición de Cornejo, importada o no, aparecía como el primer intento de dogmatizar o teorizar sobre el asunto en cuestión.

En efecto, según este autor, “tratándose de contratos, cada una de las partes, en el desarrollo de las relaciones contractuales, ha de tener en cuenta el interés, por ella conocido, de la otra parte y ajustar su conducta a evitar, en lo posible, un menoscabo para ésta; de lo contrario, si viola negligentemente este deber contractual, se hace responsable de la indemnización¹³⁵⁵”.

Esta afirmación que parece ser fruto del método deductivo de análisis sobre las hipótesis especiales en donde el Código Civil de 1936 reconoce la presencia de un deber no reductible al de prestación (principal o accesorio, ni a otra posición jurídica conocida), debe ser correctamente contextualizada, porque al presentarse como “teoría” o “posición”, es innegable en ella la abstracción necesaria que se requiere para regir todos los supuestos en su generalidad y no así servir de expediente técnico para un único caso concreto.

En principio, luego de tener presente que en este autor la influencia alemana no fue menor, no debe sorprender el hecho que su postura se vincule, en cierto modo, a la teoría alemana de los «deberes de protección», lo que nos hace presumir que esta última llegó a Cornejo, si bien no directamente, si por reflejo o en forma indirecta.

Al igual que Stoll, Cornejo ubicó el fundamento de estos deberes en la buena fe, ligando el deber de conducta a un interés que no se concentraba en la prestación y la utilidad que ella podía reportarle. Claramente, este interés tenía que ser de cuidado o protección, de modo que el deber

⁽¹³⁵³⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 64.

⁽¹³⁵⁴⁾ Ídem, p. 63.

⁽¹³⁵⁵⁾ Ídem, p. 64.

impuesto adoptaba una faceta negativa que perseguía evitar el menoscabo del primero. De igual manera, al surgir de la buena fe, el deber de conducta adoptaba naturaleza contractual, máxime porque aquél criterio servía para integrar el contenido del contrato (en la lógica de Cornejo), el cual no se encontraba limitado de este modo a las declaraciones convencionales. Finalmente, la violación de este deber traería como consecuencia la indemnización contractual por los daños sufridos.

Además de lo señalado, Cornejo llega a concebir a la relación de obligación (duradera) como una “relación de confianza”, en donde la buena fe era capaz de atenuar el deber de prestación¹³⁵⁶. La influencia de la buena fe en el discurso de Cornejo seguía el modelo alemán.

Ahora bien, no todo fue exacto entre Cornejo y Stoll, de hecho el primero obvia en reconocer que estos deberes podían gravar la esfera de ambos *partners* contractuales y no necesariamente del deudor. De igual manera, en su posición no se observa los diversos planos que sí apreciamos en el discurso de Stoll. Y por último, la referencia a la confianza no alcanza el valor que sí le daba el autor alemán.

Más allá de lo anterior, hay otra cosa que también se extrae de la postura de Cornejo, y es la insuficiente argumentación para dotar a la buena fe de una función creativa de deberes de conducta que no sean deberes accesorios *stricto sensu*. De hecho, salvo por los breves párrafos aquí transcritos, no se propone ninguna razón por la cual los deberes de cuidado y aviso (que no posibilitan ni concretan los deberes de prestación) tengan relación directa con el comportamiento según buena fe *ex art. 1328 del Código Civil de 1936 (párrafo 242 BGB)*.

Por estas premisas, intuimos que en Cornejo la adopción de una posición que reconocía *deberes secundarios especiales* fue consecuencia de su influencia alemana, antes que de un estudio concienzudo de la experiencia nacional.

⁽¹³⁵⁶⁾ Ídem, p. 64.

En cierta manera, algo similar ocurrió con León Barandiarán al hacer referencia a las violaciones positivas del contrato, aunque por supuesto el valor en este caso se limitaba a lo discursivo antes que a lo preceptivo, que finalmente fue el propósito de Cornejo.

Dicho esto, se puede concluir que la primera explicación de la doctrina nacional para justificar la existencia de deberes determinados de conducta que aparecían en forma típica y legal en ciertos contratos (pero no solo en ellos sino con ánimo de generalizar) fue el recurso a la buena fe. Más adelante, y con la nueva codificación, se volverá sobre este punto.

(ii) Como en la mayoría de la doctrina nacional, en Rey de Castro se observa una marcada influencia francesa. Teniendo en cuenta ello, no sorprende que este autor haya estudiado este asunto desde la óptica de la *Obligation de sécurité*.

Como antecedente del estudio de esta categoría en Perú, es importante anotar que algunos años atrás, un importante autor como García Sayán observó en el desarrollo de la obligación de seguridad una de “las nuevas tendencias en el derecho contractual”, básicamente en lo que suponía el desarrollo del contenido obligatorio de los contratos¹³⁵⁷.

Esta materia, sin embargo, no fue objeto de amplio tratamiento en este autor, por más que a su criterio, la cuestión de la obligación de seguridad (implícita) era de interés en sede nacional, en vista de la controversia que existía sobre el sentido y alcance del art. 1136 del Código Civil¹³⁵⁸, “punto de partida de la teoría de la culpa¹³⁵⁹”. Y aun cuando la Corte Suprema haya abrazado el principio de la responsabilidad objetiva¹³⁶⁰, no parecía “que ello hubiera puesto término al debate¹³⁶¹”.

⁽¹³⁵⁷⁾ v. GARCÍA SAYÁN, Enrique. *óp. cit.*; p. 175 y ss.

⁽¹³⁵⁸⁾ Ídem, p. 178.

⁽¹³⁵⁹⁾ *Ibíd.*

⁽¹³⁶⁰⁾ *Ibíd.*

⁽¹³⁶¹⁾ *Ibíd.*

García Sayán era consciente que la obligación de seguridad se ubicaba solo en “ciertos contratos¹³⁶²”. Uno de estos era el transporte, y será a propósito de este que Rey de Castro retornará sobre el asunto.

Luego de exponer su desarrollo en la experiencia francesa, Rey de Castro concluye que la teoría de la obligación de seguridad no se ha reflejado en nuestro *medio*. Para justificar ello recurrió a la jurisprudencia nacional, indicando que esta no se mostraba “propensa a reconocerlas; es más, las ha ignorado, posiblemente al influjo de una corriente liberal que se manifiesta en la extendida aplicación del art. 1136 (...)”¹³⁶³.

Corroboraba lo anterior, a su criterio, que la jurisprudencia peruana, a pesar de lo dispuesto en el art. 1570 del Código Civil de 1936, resolvía los casos de transporte automovilístico distinguiendo los daños patrimoniales de los personales, aplicando a estos últimos las reglas de la responsabilidad extracontractual y a los primeros lo dispuesto en el Código de Comercio de 1902¹³⁶⁴.

Visto en perspectiva, la solución a la que llega Rey de Castro es consecuente con su concepción afrancesada del fenómeno en cuestión. La *Obligation de sécurité*, que a nuestro criterio no aparecía como una teoría en sentido estricto, era resultado de una labor creativa de la jurisprudencia. Si esta era la premisa, la verificación que nuestra jurisprudencia no fue terreno fértil para dicha materia hacia estéril cualquier intento por reconocer la obligación de seguridad en nuestro *medio*. No importaba si para tal efecto existía regulación especial que imponga deberes de conducta ontológicamente simétricos. Simplemente, para este autor, no hubo un desarrollo jurisprudencial capaz de promoverla y sostenerla como en la experiencia francesa.

El problema de la posición de Rey de Castro es que si bien descartó el recurso a la *Obligation de sécurité*, su estudio de nuestra normativa le permitió advertir hipótesis en donde la ley imponía un deber de conducta ajeno a la prestación. Así sucedió con el art. 1570 en materia de transporte, pero

⁽¹³⁶²⁾ Ibíd.

⁽¹³⁶³⁾ REY DE CASTRO, Alberto. *óp. cit.*; p. 125.

⁽¹³⁶⁴⁾ Ibíd.

sobre todo con los arts. 1625 y 1626 en tema de hospedaje, en donde a criterio de este autor la “obligación accesoria de seguridad”, como pocas veces, sí mereció una definición legal¹³⁶⁵.

La última apreciación no solo confirmaba que la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato podía formularse *ex lege* (y no necesariamente en virtud de la jurisprudencia), sino que además su origen no solo se debía a la disociación entre *realidad normativa* y *necesidad extrajurídica*. Tanto la ley como la circunstancia (disociación) podían mostrarse favorables a su reconocimiento.

Descartada por no explicar los fenómenos de tutela de la integridad personal y patrimonial (en el contrato) de las partes conforme el caso peruano, la postura de Rey de Castro sirve para confirmar algo que ahora es evidente; esto es, que además de la teoría alemana, el recurso de la obligación de seguridad francesa (su fundamento) se constituye en la experiencia del Derecho Continental como un intento por explicar la imposición de estos deberes, claro que hasta antes de la promulgación del Código Civil de 1984, ella no resolvería nuestros problemas.

Estudiadas las posiciones de Cornejo y Rey de Castro, corresponde sintetizar el excursus histórico nacional en materia de tutela de los bienes personales y patrimoniales y distinguirlo de las experiencias alemana y francesa durante la vigencia del Código Civil de 1936.

VI. Como puede verse, las conclusiones a las que habíamos llegado a propósito del estudio del Código Civil de 1852 y sus antecedentes se ven confirmadas una vez analizado el Código Civil de 1936 y todo lo que le resultó conexas de alguna manera, desde la doctrina hasta las normas especiales. En ese sentido, se puede sintetizar lo siguiente:

(a) La imposición de los deberes de cuidado de la integridad ajena en las relaciones de obligación siguió presentándose durante el periodo que va de 1937 a 1984, tanto en los contratos típicos de arrendamiento, transporte, hospedaje, comodato y mandato, en virtud de lo dispuesto en el nuevo código, así como en el contrato de transporte y el trabajo, conforme lo dispusieron las

(¹³⁶⁵) Ídem, p. 118.

normas especiales (reglamento del Decreto Ley N° 18846 y el Reglamento General de Ferrocarriles de 1978).

(b) Lo anterior confirma que en la experiencia nacional, el reconocimiento de un interés de protección a partir de la imposición de un deber de conducta en ese sentido, supuso no solo un respuesta a una disociación entre la *necesidad extrajurídica* y la *realidad normativa*, tal y como sucedió con la experiencia alemana y francesa, sino también a la propia configuración legal que el legislador (por política propia) concretizó en el Código Civil de 1936 y las leyes especiales aquí estudiadas.

De hecho, como veremos con más detalle en el Cap. III, cada vez más los supuestos de imposición de un deber de cuidado que eran consecuencia de la referida “disociación” iban perdiendo tal condición, para pasar al contrario a integrarse dentro del ideario político del legislador, el cual hizo de lo que en su momento fue una respuesta al conflicto entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, una auténtica regla de Derecho.

- (c) En los supuestos planteados en el literal (b), la doctrina no ocupó un lugar trascendente:
- (i) porque en su amplia mayoría, esta no se percató, trató ni resolvió el problema de la naturaleza de los deberes de cautela de la integridad ajena;
 - (ii) porque su concepción sobre la materia de las obligaciones y contratos, más afrancesada que germanizada, no influyó en su aparición; esto es, en la construcción de la teoría de las obligaciones y de los contratos no se identificó una faceta protectora, salvo en los casos mencionados en el numeral (iii) siguiente.
 - (iii) porque los pocos autores que abordaron la materia, además de quienes pese a conocerlo no profundizaron en ello (García Sayán), o bien rechazaron la existencia de un problema (y de ahí su solución) por el solo hecho de no constatar la aplicación jurisprudencial en nuestro *medio* de la obligación de seguridad (Rey de Castro), o bien plantearon el asunto en clave germánica a partir de la buena fe, sin la profundidad y el bagaje que se exhibió

en la experiencia alemana, lo que explica finalmente que no hayan tenido mayor eco en la doctrina nacional contemporánea (Cornejo).

De esta manera, la poca doctrina que pudo dedicarle algunas líneas al problema siguió en su mayoría el método de contrastación; o lo que es lo mismo, estudiar la experiencia nacional desde la perspectiva de las experiencias foráneas.

Así sucedió con Cornejo, no sobre el tema de los «deberes de protección», sino sobre el rol de la buena fe en la relación de obligación. Su aceptación de ello, a partir de observar en el art. 1328 del Código Civil de 1936 un correlato del parágrafo 242 BGB, fue lo que lo motivó a reconocer un deber de cuidado genérico similar al propuesto por Stoll, pese a no haber identificado exactamente qué problema nacional buscaba resolver con ello.

Lo propio sucedió con Rey de Castro, quien pese a reconocer supuestos en donde explícitamente la norma reconocía “obligaciones de seguridad”, rechazaba la teoría porque la jurisprudencia de la época simplemente no lo reconocía como sí ocurría en la experiencia francesa. Esta forma de estudiar el asunto es lo que denominaremos “técnica negacionista” y parte de estudiar la materia bajo la presunción de inexistencia de un problema jurídico. Como ya se puede ir viendo, y se profundizará en el siguiente Cap. III, ello es un error de técnica y percepción, porque nuestra experiencia, en su evolución histórica, nos muestra un problema, mayormente no advertido ni tratado, que sí precisó de una solución.

(d) En línea con el literal (c), los referidos deberes, según informa nuestra doctrina, tampoco fueron fruto (o consecuencia directa) de la jurisprudencia nacional en el periodo de 1937 a 1984 como sí ocurrió en la experiencia francesa.

(e) Queda confirmada que la constante que ha definido la imposición de un deber de seguridad o protección en nuestro *medio* (1937 – 1984) ha sido su fuente legal y su forma típica, conforme la connotación que en esta sede se ha brindado.

(f) En su aspecto estructural, el deber de cuidado, seguridad o protección de la integridad ajena en las relaciones de obligación presentó las siguientes particularidades:

(i) Su contenido era variado, apareciendo como deberes de aviso, conservación o cuidado, pero siempre en última instancia buscaban cautelar la integridad (*status quo*) de la otra parte del contrato.

(ii) La falta de uniformidad sobre la calidad de los bienes que se buscaba tutelar seguía persistiendo, de modo que en algunos casos se ligaba a la persona, otras al patrimonio, cuando no a ambos.

(iii) El deber legal y típico siempre recaía sobre una de las partes del contrato. Esta era la consecuencia de resultar una imposición legislativa antes que una síntesis teórica dogmática (como sí ocurría con Stoll).

(g) Finalmente, queda confirmada también que hasta antes del Código Civil de 1984, nuestra experiencia en esta materia no terminaba encontrando un correlato exacto en las experiencias alemana y francesa, dado que carecía del primero su carácter atípico y doctrinario (como oposición a lo típico y legal), y del segundo su carácter jurisprudencial (como oposición a lo legal).

Si lo que se juzga es una aproximación, no cabe duda que en su sustrato final, la experiencia nacional presentaba mayor “afinidad” a aquella francesa que a la alemana¹³⁶⁶.

⁽¹³⁶⁶⁾ En este punto, conviene tener en cuenta que la “afinidad” con la experiencia francesa que hemos identificado en sede nacional en los periodos estudiados en el presente Cap. II, y que será advertible también luego de la promulgación del Código Civil de 1984, incluso corroborable una vez efectuada la lectura de diversa normativa especial y la obra de la jurisprudencia peruana, sobre todo en materia laboral, no significa que en nuestro *medio* exista una predilección (que traduciría una consciente toma de posición en el problema de la protección de los bienes en el contrato) por la categoría francesa de la obligación de seguridad en desmedro del *Schutzpflicht* de origen alemán. En realidad, lo que nuestra investigación persigue demostrar es una “afinidad” de parte de nuestros legisladores y jurisprudencia, en diversos momentos de nuestra historia, con el *método de estudio* (y por ende la manera en que las soluciones legales se formulan) propio de la experiencia francesa (que resultó luego -y consecuentemente- en el surgimiento de la *Obligation de Sécurité*), la cual en su pretensión de proteger los bienes de los sujetos en el contrato, fue incapaz de ofrecer (como solución legal) una categoría abstracta y genérica (como en la experiencia alemana), optando al contrario, como sucedió en nuestro *medio*, por respuestas concretas y específicas (“remediales”, *v.* Cap. I), bajo la forma de “obligaciones” que se fueron reconociendo en diversos tipos contractuales y en beneficio de sujetos determinados. En ese sentido, la “afinidad” alegada no debe ser confundida tampoco con “identidad” entre nuestra experiencia y la francesa (como explicaremos más adelante), en la medida que, a diferencia de esta última, la historia peruana en materia de tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato no se cimentó en la obra de la jurisprudencia (que en el Perú adopta una labor pasiva de aplicación de la ley, antes que activa de creación de reglas de derecho), como sí sucedió principalmente en el *medio* francés, sino en la ley y la decisión legislativa. En otras palabras, la “afinidad” entre la experiencia peruana y francesa no se sustenta en una decisión (legislativa, o

Establecida una línea de continuidad en la historia peruana sobre la materia, e identificados los rasgos principales que la diferenciaban de las experiencias alemana de los «deberes de protección» y francesa de la obligación de seguridad, corresponde ahora sí estudiar en nuestro actual código, el asunto de la naturaleza de los deberes de cuidado, seguridad o protección presente en nuestra evolución histórica, la validez de la tesis alemana que se busca exportar a partir de sus controvertidos fundamentos dogmáticos, y finalmente, su correcta interpretación.

Para todo ello dejemos abierta una posible premisa: si la experiencia nacional no era igual a la alemana y francesa, ¿acaso no requería esta una explicación diversa?



jurisprudencial) dirigida a adoptar la “obligación de seguridad” en nuestro país, sino en el tipo de respuesta (reacción) del legislador al problema de la tutela de los bienes en el contrato, su forma de afrontarlo y la manera en que la solución se presenta (la cual, en ocasiones, por influencia de determinada doctrina, adopta la denominación “obligación” o “deber” de seguridad); ergo, en el *método* detrás del Derecho Civil.



CAPÍTULO III

Los *Schutzpflichten* alemán y la contraposición con los “deberes de cautela” en la experiencia nacional

Parte I

El Código Civil de 1984 y el problema de la tutela contractual de los bienes personales y patrimoniales. La tesis de Stoll como alternativa de recomposición del sistema *ex contractu* y el “presupuesto” de la relación obligatoria “compleja”

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición. – I. El problema: línea de continuidad. – 1.1. La configuración de las obligaciones y los contratos en el Código Civil de 1984 con relación a la tutela de los bienes personales y patrimoniales. Felipe Osterling y el Libro VI. – 1.2. El contrato en la óptica de Max Arias Schreiber. – 1.2.1. El contraste con la parte especial de los contratos. La imposición de un deber de cautela de la esfera ajena y la ausencia de una doctrina capaz de advertir la contradicción entre la Parte General y la Parte Especial. – 1.2.1.1. (*sigue*)... la situación en el contrato de arrendamiento. – 1.2.1.2. (*sigue*)... el hospedaje. – 1.2.1.3. (*sigue*)... en el comodato. – 1.2.1.4. (*sigue*)... en el mandato. – 1.3. La normativa sectorial y el deber de cautela. – 1.3.1. El deber de seguridad en sede laboral: a) jurisprudencia. – 1.3.2. (*sigue*)... b) doctrina. – 1.3.3. El caso de la actividad ferroviaria en la normativa reciente. – 1.4. El rol de los arts. 1726 y 1727 en la evolución de la tutela de la integridad en sede nacional y la constante del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales *ex contractu*. – II. Los «deberes de protección» de Stoll como alternativa para recomponer el sistema. Implicancias. – 2.1. La “obligación” como «sistema móvil» en la experiencia peruana posterior al Código Civil de 1984. Desvaríos de la doctrina. Crítica y fundamentación de la relación de obligación “compleja” en sede nacional. – 2.1.1. (*sigue*)... ¿y en el Código Civil de 1984?

§. Anteriormente se advirtió que en el periodo que va de la etapa de pre-codificación, incluyendo el *Código Civil Santa-Cruz*, el Código Civil de 1852, el Proyecto de Código Civil de 1890, el Código Civil de 1936, hasta la promulgación del Código Civil de 1984, era posible encontrar vestigios de una tendencia a brindar tutela a los bienes personales y patrimoniales que eran lesionados en ocasión de un contrato. En todos estos casos, el dato característico fue la imposición de un deber específico de seguridad que no se deducía en un deber de prestación.

La circunstancia anotada derivaba necesariamente en un problema jurídico, básicamente en aquél extremo en que importaba dilucidar la naturaleza de dicho deber.

Teniendo claro lo anterior, lo que ahora corresponde es determinar si la circunstancia anotada persistió una vez vigente nuestro código actual, y si a partir de ello es posible identificar la existencia del mismo problema en el ordenamiento civil peruano.

Determinado lo anterior, se procederá a evaluar en clave dogmática la teoría de los «deberes de protección» alemán y su pretendida aplicación en sede nacional.

I. Ni el Libro VI, correspondiente a las obligaciones, ni el Libro VII (Sección Primera), relativo a los contratos (parte general), contienen dentro de sus disposiciones una que reconozca una *faceta protectiva* en las relaciones de obligación de fuente contractual.

Esta circunstancia, que aparece como una constante en toda la historia codificadora civil del Perú, se debe en gran medida a que la solución que nuestro sistema construyó a efectos de tutelar la integridad del otro *partner* contractual apareció en forma típica y legal, de modo que la recepción de este fenómeno, antes que expresión de una corriente “jurídico-dogmática” (Cornejo en nuestro país) tendente a cautelar los bienes personales y patrimoniales *ex contractu*, apareció desapercibido entre nuestra doctrina, jurisprudencia y, finalmente, legisladores.

La falta de constatación de un evento capaz de controvertir el sistema (“problema” *strictu sensu*) impidió a quienes tuvieron a su cargo la elaboración de los Libros VI y VII (Sección Primera) del Código Civil de 1984 abordar la problemática de la naturaleza del deber de seguridad típico y legal referido.

1.1. No hay nada más concreto que exhiba la perspectiva de un autor sobre esta materia que su concepción de obligación. Ese es el caso de Osterling (ponente del Libro VI¹³⁶⁷), y gran parte de su visión sobre la “teoría general de las obligaciones” definirá la suerte de los «deberes de protección» como fenómeno especial y de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato como fenómeno general.

Atento de la evolución de las obligaciones en la experiencia nacional¹³⁶⁸, Osterling afirmaba que el Libro VI no destruía el “rico pasado jurídico del Perú, ni disuelve o modifica sustancialmente sus instituciones; trata, simplemente, de perfeccionar el Código Civil de 1936 y de enriquecerlo con

(¹³⁶⁷) Notar que la tarea de elaborar el Libro de Obligaciones en el seno de la Comisión Reformadora fue asignada en un principio a Jorge Eugenio Castañeda. Luego, merced al alejamiento de este último, la labor quedó encargada a Jorge Vega García, cuyo fallecimiento motivó la participación de Felipe Osterling. Hasta donde se sabe, Vega García legó un proyecto de ponencia del cual Osterling, previo agradecimiento, se valió para confeccionar lo que será el Libro VI (posterior dictamen de la Comisión Revisora). *v. FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos*. “El proceso de elaboración del Código Civil de 1984”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. Lima: S/E, 2014, p. 27

(¹³⁶⁸) **OSTERLING PARODI, Felipe**. Las obligaciones. 3era ed. Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. vol. VI. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1988, p. 21 (hay ediciones posteriores sin alteraciones sustanciales).

la experiencia de los cuarenta y ocho años que transcurrieron desde que entró en vigor¹³⁶⁹". Fueron las "realidades sociales, políticas, económicas, culturales y tecnológicas del país¹³⁷⁰" las que motivaron "algunos cambios e innovaciones¹³⁷¹".

A pesar de llevar por título *Las obligaciones* el trabajo en el que se enunciaron las expresiones antes anotadas, Osterling no ofreció a propósito de ello una definición de obligación. De hecho, para lo que acá importa, dentro de las modificaciones que el Libro VI introducía respecto de los predecesores cuerpos normativos, según este autor, no se encontraba el reconocimiento de un deber que tenga por objeto cautelar la seguridad ajena.

Recién con su *Tratado de las obligaciones* de 1994, el cual fue escrito en coautoría con Castillo Freyre, tendríamos oportunidad de acercarnos a la perspectiva de Osterling sobre la relación de obligación.

En principio, comienza recordando que "en la definición de la obligación consignada en las Instituciones de Justiniano, se observan elementos esenciales. En primer lugar, el vínculo jurídico, esto es, el nexo que vincula a las dos partes de la relación jurídica, que determina su exigibilidad y que no puede faltar en obligación alguna. Es el consentimiento, que implica la facultad del acreedor para exigir a su deudor el cumplimiento de la prestación, y el deber de este último de pagar lo ofrecido¹³⁷²".

Establecido el "vínculo", "la obligación que contrae un deudor, llamada "deuda", corresponde, desde la otra óptica, a la expresión "crédito", que se refiere al derecho que adquiere el acreedor para exigir una prestación de dar, de hacer o de no hacer, la que al ejecutarse queda pagada¹³⁷³". "Es por ello que si observamos la obligación en lo relativo al acreedor, es decir, a quien tiene el derecho de exigir el cumplimiento de una prestación positiva o a la abstención del sujeto pasivo (en este caso el cumplimiento de una prestación negativa), tal ángulo obligacional se califica como un derecho de

(1369) *Ibíd.*

(1370) *Ibíd.*

(1371) *Ibíd.*

(1372) **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** *Tratado de las obligaciones. Primera Parte – Tomo I. Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL.* vol. XVI. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1994, p. 72.

(1373) *Ídem*, p. 74.

crédito. Y cuando el tema se analiza a la inversa, es decir, con relación al deudor, o sea a la persona que tiene que cumplir con una prestación positiva o que debe abstenerse de hacer algo, nos estamos refiriendo a la deuda stricto sensu¹³⁷⁴.

Dicho esto, para Osterling “la obligación constituye una relación jurídica por la que una persona, denominada acreedora, tiene el derecho de exigir a otra persona, denominada deudora, el cumplimiento de una prestación de dar, de hacer o de no hacer, es decir, el cumplimiento de prestaciones positivas o negativas¹³⁷⁵”.

Ahora bien, según nuestro autor, parece más apropiado designar a la “relación jurídica” (en predilección frente a “situación jurídica”, bajo la influencia de la doctrina argentina) de “obligación” con el nombre de “relación obligatoria”, “pues en esta expresión se abarcan ambas calidades: la posición de subordinación en que se encuentra el deudor y la posición de preeminencia en que se encuentra el acreedor¹³⁷⁶”. Así, la palabra “obligación” daría relevancia únicamente al “deudor” como “sujeto obligado”¹³⁷⁷.

“Es la tradición, sin embargo, la que ha mantenido únicamente la palabra “obligación” para referirse a la relación jurídica entre acreedor y deudor¹³⁷⁸”.

Por otro lado, Osterling agregó un asunto sustancial dentro de la teoría de la “obligación”: ella giraría en torno a satisfacer un interés del acreedor digno de protección. ¿Cuál era dicho interés¹³⁷⁹? El interés de prestación, “para lo cual se requería la cooperación del sujeto pasivo, porque es precisamente el comportamiento de éste el que habrá de satisfacer, normalmente, el interés de quien ostenta el poder¹³⁸⁰”.

(1374) Ídem, p. 78.

(1375) Ibid.

(1376) Ídem, p. 83

(1377) Ibid.

(1378) Ibid.

(1379) En un inicio Osterling se pregunta “si un interés digno de protección” es la característica esencial de la obligación en sentido jurídico, manifestando sus dudas al respecto. Luego, aun cuando no en forma expresa, parecerá claro que se decantará por considerarla incluso dentro de su noción de obligación. *v.* Ídem, p. 80.

(1380) Ídem, p. 95.

De esta manera, “la relación obligatoria es un cauce o un instrumento para que las personas puedan realizar actividades de cooperación social y más concretamente, para que puedan intercambiar bienes y servicios¹³⁸¹”.

Tomando en cuenta lo expuesto, Osterling concluirá que “la obligación constituye una relación jurídica que liga a dos o más personas, en virtud de la cual una de ellas, llamada deudor, debe cumplir una prestación a favor de la otra, llamada acreedor, para satisfacer un interés de este último digno de protección. Dentro de esa relación jurídica corresponde al acreedor el “poder” o “derecho de crédito” para exigir la prestación. Si el deudor, vinculado en tal forma, no cumple la prestación, o la cumple defectuosamente, por razones a él imputables, responde con sus bienes de dicho incumplimiento, en razón del elemento coercitivo previsto por la ley¹³⁸²”.

Esta concepción será reafirmada casi en idénticos términos en un escrito del año 2000¹³⁸³, e incluso reproducida en un artículo *post mortem* de 2015¹³⁸⁴.

Presentada la posición del autor del Libro VI, cabe formularnos dos cuestiones: (i) ¿Fue esta postura la que inspiró la regulación del Libro VI del Código Civil de 1984? Y si ello es así, (ii) ¿qué tanto aparece esta como *síntesis* de un proceso evolutivo en sede nacional respecto de la categoría de la obligación?

(i) A simple vista, pareciera un absurdo esta interrogante. De hecho, si Osterling tuvo a su cargo la elaboración de la parte de las obligaciones en nuestro código actual, esta necesariamente debería reflejar la concepción de su autor. Pero más allá que ello pueda ser presumido, ¿qué elementos de prueba hay?

⁽¹³⁸¹⁾ Ídem, p. 88.

⁽¹³⁸²⁾ Ídem, p. 101.

⁽¹³⁸³⁾ *Cfr.* **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunos conceptos sobre la Teoría General de las Obligaciones”. En: AA.VV. Obra de Homenaje por el Centenario del Nacimiento del Dr. José León Barandiarán. Tomo II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú, 2000, p. 636 y ss. (especialmente hasta la p. 671).

⁽¹³⁸⁴⁾ **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** *Naturaleza jurídica de la obligación.* En: *Rev. Foro*, núm. 102, 2015, p. 305 y ss.

Al igual que su predecesor, el Código Civil de 1984 no incluyó dentro de la regulación de las obligaciones una definición del mismo. Sin embargo, dicha circunstancia no debe ser óbice para que una vez interpretado en su conjunto la regulación peruana, sea posible advertir la concepción de su autor antes expuesta.

A nuestro criterio, en la posición de Osterling la obligación aparece como una relación jurídica que vincula dos posiciones jurídicas específicas: el débito y el crédito. Esta relación que es denominada “obligación” se centra en la prestación debida (objeto de la misma *ex art.* 1221) cuyo cumplimiento persigue satisfacer un interés concreto del acreedor: el interés de cumplimiento o de prestación.

La regulación peruana sobre la materia sigue esa concepción.

Ante todo, está el recurso al término “obligación”. Si se observa, el Libro VI hace referencia siempre a la obligación; sin embargo, el uso de este término no aparece en forma uniforme. Unas veces, este se emplea bajo la acepción de (i) “vínculo” o “relación” (obligatoria) como sucede -entre otros- en los casos de los arts. 1150.3, 1219, 1278, 1283, 1287, 1316 (primer párrafo); (ii) prestación debida, en los supuestos de los arts. 1134, 1150, 1314, 1317, 1318, 1325, 1347, entre otros; y (iii) la posición del deudor, en las hipótesis de los arts. 1133, 1148, 1333, 1333.3, entre otros.

Demás está indicar que en ocasiones, la “obligación” como vínculo o relación de obligación connota en el lenguaje del Código Civil de 1984 una de sus fuentes, más precisamente, el contrato, como ocurre *p.e.* en la regulación de las “obligaciones con cláusula penal”; situación que por otra parte ya era advertida por Osterling tiempo atrás.

El carácter polisémico del sintagma obligación presente en el Código Civil de 1984 resultaba, por otra parte, limitante en lo que respecta a los alcances de la “obligación”. En efecto, al estar ceñida la construcción legislativa a dicha polisemia, los aspectos relevantes se fijaron en los significantes de esta. Fue justamente esto último lo que motivó a que una concepción patrimonial de la misma, tendente a garantizar la satisfacción del interés del acreedor, ponga el acento ante todo en la “prestación” y en la figura del deudor.

En perspectiva, la obligación aparecía como una estructura conformada por unos elementos¹³⁸⁵ sin conexión unos con otros que no fuese por la autoridad política o la tendencia doctrinaria. Esa desvinculación entre estructura y elementos era lo que definía la *obligation* en clave francesa, cuya influencia resultó muy marcada en el autor del Libro VI, tan igual como aquella otra argentina.

En otras palabras, la obligación concebida a partir de una estructura y unos elementos disociados por otra cosa que no era la “obligación”, escondía en realidad la *obligatio* bajo el cariz de la *Rechtsverhältnis*. Y en esta última no se agotaba la connotación alemana del *Schuldrecht*, como ya indicamos.

Esto explica porqué el Libro VI del Código Civil de 1984 se agota en la obligación como prestación; esta última era la única conducta que en la concepción de Osterling se le exigía al deudor. Por consiguiente, el único interés del acreedor yacía en aquél, de modo que había que construir el sistema en torno a aquél y en favor de este. En buena cuenta, estábamos hablando de una relación de obligación como *a-sistema inmóvil* o como “relación simple”.

(ii) La postura de Osterling siguió en parte los antecedentes legislativos y la doctrina nacional anterior al Código Civil de 1984. Sobre lo primero se presenta mayor semejanza que sobre lo segundo.

En lo fundamental, el Código Civil de 1984, en lo que refiere a obligaciones, sigue la impronta del Código Civil de 1936. En ese sentido, más que una reconfiguración del sistema de las obligaciones en sede nacional, lo que hubo fue una línea de continuidad sobre los postulados más importantes, y ciertos matices con relación a algunas instituciones como la “cesión de derechos¹³⁸⁶”, las “obligaciones de dar sumas de dinero¹³⁸⁷”, entre otras.

Respecto a la doctrina, la posición dogmática de Osterling es consecuente con el escenario jurídico dogmático nacional que se constituyó entre el anterior código y el Código Civil de 1984.

(¹³⁸⁵) OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE. Tratado de las obligaciones 1/I... *óp. cit.*; p. 139.

(¹³⁸⁶) OSTERLING PARODI, Felipe. Las obligaciones... *óp. cit.*; p. 23.

(¹³⁸⁷) Ídem, p. 25.

Como se recordará, salvo por la postura de Cornejo, la doctrina peruana, en su mayoría, terminaba identificando en la “obligación” la relación que vinculaba dos posiciones jurídicas concretas, el débito y el crédito.

Más allá de su adhesión por mudar de la *obligatio* como *vinculum iuris* a la *Rechtsverhältnis*, la abstracción que fue experimentando la noción de obligación y su concepción no alcanzó el *status* experimentado en sede alemana, básicamente porque esta (aquella que contribuyó a cambiar los paradigmas de la relación de obligación) no tuvo como llegar a una doctrina enraizada (frecuentemente) en la doctrina francesa, argentina e italiana, aunque esta última residualmente.

Lo cierto es que nuestros pocos autores que tuvieron influencia alemana, a excepción de Cornejo, no pudieron captar el paso de la *obligatio* a la *Schuldverhältnis*, sobre todo en lo que concernía al estudio del contenido de la relación de obligación y el «*sistema móvib*» que representaba.

Se puede decir sin duda que hasta la promulgación del Código Civil de 1984, la obligación en nuestro *medio* seguía concibiéndose como una “relación simple”. Osterling fue exponente de esta tendencia, y con ello, tanto normativa como dogmáticamente, la teoría general de las obligaciones que sirvió como base del nuevo código significó una línea de continuidad respecto de su predecesor Código Civil de 1936, y en sustancia (sobre este punto), también con el Código Civil de 1852, el *Código Civil Santa-Cruz*, y los proyectos de Vidaurre, de 1847 y de 1890.

Dicho esto, tampoco queda duda que Osterling no siguió a Cornejo en lo que refiere a la obligación “tipo técnico jurídico”.

Ahora bien, siendo ello así, no debe sorprender tampoco que la afinidad de Osterling para con la doctrina francesa haya derivado en que, al igual que Rey de Castro, la referencia a la *Obligation de sécurité* se haya hecho manifiesto en alguno de sus trabajos¹³⁸⁸; no obstante, no ahondar en ello.

(¹³⁸⁸) **OSTERLING PARODI, Felipe.** “Inejecución de daños y perjuicios”. En: AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco, 1985, p. 415; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”. En: Cathedra, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNMSM, *núm.* 5, año III, 1999, p. 52 y ss.

1.2. Si en Osterling aparecía el influjo del pasado en materia de obligaciones, en Max Arias Schreiber esta circunstancia se confirmaría.

La obra principal de este autor sobre la materia, la cual debe servir como fuente primordial a efectos de captar su perspectiva con relación a la parte general de los contratos, es su *Exégesis del Código Civil peruano de 1984*.

Ahora bien, de la lectura de Arias Schreiber, es posible advertir aquello que resaltó en la doctrina nacional posterior a la promulgación del Código Civil de 1936: la ubicación del contrato como especie del negocio jurídico¹³⁸⁹. Esta circunstancia que escinde la experiencia alemana de aquella francesa, no superó, en el discurso de nuestro autor, una cuestión que también apareció como constante en la doctrina nacional: la consideración del contrato como especie de la convención¹³⁹⁰.

En esa misma línea, interesante es advertir qué connotación tenía la relación especie – género en los binomios “contrato – convención” y “contrato – negocio jurídico” en el pensamiento de Arias Schreiber. Con relación al primero, la lógica era que la “convención” abarcaba un campo de acción muy amplio y se extendía a la creación, modificación, regulación y extinción de cualquier relación jurídica¹³⁹¹. Por el contrario, el contrato, tendría un ámbito más reducido: las relaciones jurídicas patrimoniales.

Como ocurría con Castañeda, entre otros, a propósito del Código Civil de 1936, Arias Schreiber también concebía al contrato como especie de la categoría jurídica y normativa del “acto jurídico” (mejor dicho, negocio jurídico). La diferencia entre uno y otro radicaría, como en el binomio convención – contrato, que el primero se reducía a las relaciones patrimoniales, mientras que el segundo comprendería también las extrapatrimoniales¹³⁹².

En el discurso de Arias Schreiber, sin embargo, tampoco aparecía clara la vinculación entre convención y negocio jurídico, toda vez que ambas se presentaban según este autor como categorías

(¹³⁸⁹) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 I... *óp. cit.*; pp. 98-99.

(¹³⁹⁰) Ídem, p. 76.

(¹³⁹¹) Ibíd.

(¹³⁹²) Ídem, p. 98-99.

generales capaces de comprender al contrato. Visto el asunto en perspectiva, esta circunstancia aparecía como una patología (a nivel de doctrina) que consistía en explicar según el modelo francés una categoría capaz de ser explicada bajo un modelo distinto, más aún cuando su configuración en nuestro sistema era tributaria de la experiencia italiana¹³⁹³.

El contrato, en tanto “especie” de la “convención” y del negocio jurídico, se presentaba en la óptica de Arias Schreiber como “el acuerdo entre dos o más partes relacionado con un objeto de interés jurídico. Su finalidad consiste en crear, modificar, regular o extinguir obligaciones con contenido patrimonial y constituye el acto jurídico plurilateral por excelencia¹³⁹⁴”.

En buena cuenta, su “definición” reproducía la definición legislativa que se consagró en el art. 1351 del Código Civil de 1984, el cual por su parte encontraba su principal antecedente en el art. 1321 *Codice*, siendo que en dicho cuerpo normativo la fórmula legal (y dogmática) reducía la noción del contrato al consenso conforme la experiencia francesa¹³⁹⁵.

Si en lo que respecta a la categoría del contrato, la influencia francesa fue determinante en forma directa para instalar en nuestro ideario jurídico la fórmula contrato = consenso, a veces reconocido legislativamente en forma expresa, pero siempre adoptada doctrinariamente durante la vigencia del Código Civil de 1852 y 1936 (incluido antecedentes y proyectos), la influencia italiana ocupó el mismo lugar respecto del Código Civil de 1984, con la particularidad que fue a través de esta (indirectamente) que la solución francesa también se instaló legislativamente en el art. 1351 del actual código.

En este escenario, la línea de continuidad antes enunciada se mantuvo: la referida fórmula persistió legislativamente y en la perspectiva de Arias Schreiber, aun cuando la lógica de los “requisitos” seguía rigiendo a partir de las normas contenidas en la parte del negocio jurídico.

(¹³⁹³) *v.*, entre otros, **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. Influencia del Código Civil italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León y presentación de Vincenzo Roppo. 2da ed. Lima: Ara Editores, 2004, p. 58.

(¹³⁹⁴) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max**. Exégesis del Código Civil peruano de 1984 I... *óp. cit.*; p. 13.

(¹³⁹⁵) **MONATERI, Pier Giuseppe**. La sindecdoque... *óp. cit.*; p. 224.

Como puede preverse, gran parte de esta tendencia se fundó en nuestro autor a partir del valor que a su parecer presentaba la “autonomía de la voluntad” y la “fuerza obligatoria del contrato” en base al consentimiento¹³⁹⁶.

La tendencia “voluntarista” en Arias Schreiber, de otro lado, no impidió que este acepte el “dirigismo contractual y el intervencionismo judicial en la medida de que estén destinados a impedir el abuso y con una dosificación adecuada para que no se destruya la autonomía de la voluntad y la libertad de contratar¹³⁹⁷”. La idea era “buscar la combinación entre la seguridad jurídica y la justicia, sin caer en los extremos individualistas, pero tampoco en los estatizantes¹³⁹⁸”.

Sin duda, la materialización de lo anterior se evidenciaba en algunas materias particulares en donde el rol de la voluntad quedaba subordinada al recurso legislativo, sea en materia de “ejecución” de buena fe¹³⁹⁹ (piedra angular en el esquema de Cornejo durante la vigencia del Código Civil de 1936), en el reconocimiento legislativo de la excesiva onerosidad de la prestación y sus remedios¹⁴⁰⁰ (la imprevisión había sido discutida en la década de 1940, entre otros, por Cornejo y García Sayán), en la reducción judicial de la penalidad, la contratación en masa¹⁴⁰¹, entre otros.

Más tarde, Arias Schreiber terminaría confesando que en la regulación del contrato en sede nacional había imperado una “visión humanista”¹⁴⁰². Así pues, “el contrato no es ni debe ser un instrumento de explotación, sino de paz y desarrollo social. Inspiradas en una concepción humanista, la libertad de contratar y la libertad contractual se mantienen dentro del principio de autonomía de la voluntad, pero con el propósito de promover la creación de una sociedad justa, libre y culta, sin explotados ni explotadores, donde la economía esté al servicio del hombre y no el hombre al servicio de la economía (...)”¹⁴⁰³.

(¹³⁹⁶) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 I... *óp. cit.*; p. 32.

(¹³⁹⁷) Ídem, p. 33.

(¹³⁹⁸) Ídem, p. 34.

(¹³⁹⁹) Ídem, p. 112.

(¹⁴⁰⁰) Ídem, p. 31.

(¹⁴⁰¹) Ídem, p. 34.

(¹⁴⁰²) Este significará, veremos luego, un momento importante en nuestra historia, no tanto por la autenticidad de lo dicho, sino por su connotación dentro de una doctrina nacional que no será reacia a ello.

(¹⁴⁰³) Ídem, p. 35.

Ni en lo político ni en lo legislativo, y menos en lo teórico, Arias Schreiber incorporará en su noción y concepción de contrato una vertiente protectora de la esfera jurídica ajena. Simplemente, este aparecía como vehículo para lograr satisfacer los “intereses distintos” de las partes contratantes¹⁴⁰⁴.

¿A qué intereses se refería Arias Schreiber?

Arias Schreiber no brindó una respuesta precisa para ello. Sin embargo, es posible inferir que no se estaba refiriendo al objeto del contrato, porque este era a su criterio “crear, regular, modificar o extinguir una relación¹⁴⁰⁵”, sino a los intereses que se deducían de la “relación jurídica u obligacional” (lo que le “sigue¹⁴⁰⁶” al contrato), básicamente, el interés de prestación del acreedor y el interés en la liberación del deudor.

La idea de un “abstracto” interés de protección en la categoría del “contrato” no aparecía en Arias Schreiber.

Luego de lo expuesto, tanto en Osterling como en Arias Schreiber, la tutela de los bienes personales y patrimoniales, en lo que respecta a las obligaciones y el contrato en general (Libros VI y VII (Sección Primera) del Código Civil de 1984), no mereció un tratamiento ni reconocimiento especial, básicamente porque si se observa de las obras de estos autores, a nivel teórico abstracto, nuestra experiencia no presentaba un problema capaz de motivar un giro en la normativa del actual código.

A continuación veremos si esta circunstancia era así o si la regulación de los contratos típicos y las normas sectoriales, tal y como sucedió antes de la promulgación del Código Civil de 1984, contradecía esta premisa. Teniendo en cuenta lo visto en el Cap. II, no debería sorprender si los autores antes referidos abordasen el problema no desde la generalidad y abstracción, sino de lo

⁽¹⁴⁰⁴⁾ Ídem, p. 39 y 41.

⁽¹⁴⁰⁵⁾ Ídem, p. 155.

⁽¹⁴⁰⁶⁾ Ibid.

específico y concreto. Lo que de momento queda claro es que ni el Libro VI ni el Libro VII (Sección Primera) motivaban ni resolvían un potencial problema.

1.2.1. La configuración prevista para la parte general del contrato y las obligaciones, en lo que refiere a la tutela de los bienes personales y patrimoniales de los *partners* contractuales, difiere de lo contemplado para los “contratos nominados”.

En efecto, la idea de reconocer un interés ajeno al de prestación que se evidenció en la experiencia peruana anterior al Código Civil de 1984, se mantuvo a propósito de este último en los contratos de arrendamiento, hospedaje, comodato y mandato.

1.2.1.1. Con relación al contrato de arrendamiento, si bien se ha dicho que el Código Civil de 1984 le da un tratamiento distinto al que se presentaba en el Código Civil de 1936, ya sea en lo que refiere a “su denominación, continuando con la distinción que hace respecto a los contratos de locación de servicios y de obra, así como la aplicación del ámbito de aplicación de dicho contrato al no limitarlo a la cesión del uso de cosas únicamente¹⁴⁰⁷”, lo cierto es que entre ambos códigos no se hizo mayor distinción en lo que resultaba sustancial a este contrato, básicamente su concepción, rasgos típicos y obligaciones.

Desligado de la *locatio-conductio*, el contenido del contrato de arrendamiento (relación de obligación) en el código actual sigue vinculado a la “prestación” consistente en la cesión en uso de un bien. Esta prestación aparece pues como “la obligación principal del arrendador, la misma que se cumple con la entrega del bien y sus accesorios al arrendatario en el tiempo y lugar acordado¹⁴⁰⁸” (art. 1678). En contrapartida, el arrendatario “se obliga esencialmente al pago de la renta” (art. 1681.2). Ambas “obligaciones” aparecen así como el contenido de la relación de arrendamiento reconocido por el Código Civil de 1984.

Sin embargo, el Código Civil reconoce además que, en el caso del arrendador, existen otras “obligaciones adicionales” a su cargo *ex* art. 1680: (i) “a mantener al arrendatario en el uso del bien

⁽¹⁴⁰⁷⁾ **BIGIO CHREM, Jack.** *El contrato de arrendamiento.* En: Themis, *núm.* 30, 1994, p. 197.

⁽¹⁴⁰⁸⁾ Ídem, p. 200.

durante el plazo del contrato y a conservarlo en buen estado para el fin del arrendamiento”, (ii) “a realizar durante el arrendamiento todas las reparaciones necesarias, salvo pacto distinto”.

El cumplimiento de “obligaciones adicionales” no solo era impuesto al arrendador, sino que para el caso del arrendatario, el art. 1681 también disponía otras obligaciones que no se deducían en el pago de la renta (contraprestación).

Lo cierto es que en ambos casos, las “obligaciones adicionales” adoptaban la forma de deberes accesorios *strictu sensu*, de modo que su finalidad era coadyuvar al cumplimiento de la prestación principal (tanto para el caso del arrendador como para el arrendatario).

El problema es que dentro de las “obligaciones adicionales” del arrendatario, se presentaba una sobre la que ya habíamos hecho énfasis al momento de estudiar los antecedentes legislativos nacionales al Código Civil de 1984; esto es, la obligación de “dar aviso inmediato al arrendador de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien” (art. 1681.4).

¿Qué naturaleza jurídica presentaba este deber de aviso?

Habíamos visto que durante la vigencia del Código Civil de 1852 y 1936, dicho deber no era tributario de un interés de prestación concreto por parte del acreedor (arrendador, en esta hipótesis); al contrario, se mostraba distante de aquél por el hecho que su cumplimiento no incidía en la realización de la prestación debida (renta). Esto motivó a que un autor como Cornejo haya concebido a este deber de aviso como un *deber secundario especial ex bona fides*.

Esta conclusión presentada a propósito de dichos códigos debe ser extensible también a nuestro actual código. El deber de aviso a cargo del arrendatario en el contrato de arrendamiento no presenta la fisonomía de un deber accesorio y menos aún principal de prestación. Dentro de un sistema construido bajo el esquema de la obligación como *relación de prestación*, la existencia de este deber no resultaba compatible con el modelo previsto en forma abstracta por Felipe Osterling. Lo propio se puede decir del contrato en la lógica de Arias Schreiber.

La circunstancia expuesta se agudizaba por el hecho que nuestra poca doctrina que se ha abocado a la materia del arrendamiento en más de tres décadas no ha prestado mayor atención al asunto, y cuando lo ha hecho, no ha dudado en describir a la misma como una obligación más dentro de este contrato típico, como veremos a continuación en la perspectiva de (i) Arias Schreiber, (ii) Bigio y (iii) Castillo Freyre.

(i) Para Arias Schreiber, el art. 1681.4 representa una obligación que consiste en que el arrendatario de “aviso de cualquier usurpación, perturbación o imposición de servidumbre que se intente contra el bien¹⁴⁰⁹”. Según este autor, dicha obligación es “importante para el arrendador, quien podrá así plantear las acciones que correspondan, en defensa de sus intereses¹⁴¹⁰”.

Lamentablemente, este autor no hizo énfasis a qué “intereses” hacía referencia.

Sin embargo, comentando el art. 1681.7, refiere que la imposición de una obligación de no hacer uso imprudente del bien o contrario al orden público o a las buenas costumbres, se funda en el hecho que lo contrario “perjudicaría los intereses del arrendador, haciéndole correr riesgos a la propiedad o dañando su buena imagen, todo lo cual tiene una repercusión económica que puede llegar a ser trascendente¹⁴¹¹”.

En este caso, no cabe otra cosa que inferir que en Arias Schreiber, la obligación contenida en el art. 1681.7 no prosigue satisfacer un interés de prestación; al contrario, un interés que consistiría en ver inalterado sus bienes patrimoniales y personales.

Fuera de la discusión sobre la pertinencia de lo anterior, lo cierto es que en lo que respecta al art. 1681.4, y en línea con nuestra experiencia jurídica en clave histórica, Arias Schreiber no pudo advertir algo que ahora resulta evidente: el interés sobre el “cumplimiento” de dicha “obligación” no

(¹⁴⁰⁹) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Compraventa, permuta, suministro, donación, mutuo y arrendamiento. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. Lima: San Jerónimo Editores, 1988, p. 362.

(¹⁴¹⁰) *Ibíd.*

(¹⁴¹¹) *Ídem*, p. 363.

se deducía en el interés de prestación de la relación de obligación, tal y como planteó a propósito del inciso 7.

(ii) Menos claro sobre el particular era Bigio, quien bajo la lógica irrestricta de encontrarse frente a “obligaciones”, no se cuestionaba sobre la naturaleza de dicho deber y su relación con el interés protegido.

De hecho, al ser todas “obligaciones”, no sorprende que plantee que “por regla general, la primera obligación del arrendatario consiste en recibir el bien; no obstante, cabe recordar que su principal obligación es la de pagar la renta convenida¹⁴¹²”. Los términos “primera”, “principal” e incluso (como aparece después) “accesoria¹⁴¹³”, solo exhiben la insuficiencia en el discurso para exponer la compleja relación de arrendamiento.

Con referencia al numeral 4, Bigio señala que esta disposición tiene como fuente de inspiración lo establecido en el art. 1517.3 del Código Civil de 1936, habiéndose agregado a ello la propuesta de Arias Schreiber de incluir “la obligación del arrendatario de avisar inmediatamente al arrendador las circunstancias que en él se precisan¹⁴¹⁴”.

La vinculación con el referido artículo del código derogado supone una línea de continuidad entre ambos cuerpos normativos, en donde el deber de aviso seguía siendo visto como una “obligación” cuando el concepto formulado para este, y su construcción legislativa en el Código Civil de 1984, ligaba a dicha categoría un interés positivo de prestación que giraba respecto a un deudor y deber concreto de prestar.

En este extremo, además, Bigio se aparta de Cornejo, dicho sea de paso. De hecho, basa su postura en León Barandiarán¹⁴¹⁵, quien como vimos, no observaba en dicho “deber” un elemento capaz de desnaturalizar la teoría de las obligaciones.

⁽¹⁴¹²⁾ **BIGIO CHREM, Jack.** “Comentario artículo 1681”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VIII. Lima: Gaceta Jurídica, 2006, p. 674.

⁽¹⁴¹³⁾ Ídem, p. 67.

⁽¹⁴¹⁴⁾ Ídem, pp. 677-678.

⁽¹⁴¹⁵⁾ Ídem, p. 678.

Por último, al igual que Arias Schreiber, indica que el inciso 7, complementando el inciso 1, “se introduce en el nuevo Código Civil a fin de establecer que el arrendatario no debe usar de manera imprudente el bien arrendado. Por ejemplo, no constituye un uso cuidadoso del bien arrendado, si se utilizan elementos inflamables sin adoptar las medidas de precaución respectivas¹⁴¹⁶”.

En la lógica de este autor, la violación del art. 1681.7 suponía poner en peligro un interés, el cual pareciera no reconducirse en el de prestación, con toda la connotación que ello tiene *per se*.

(iii) Finalmente, según Castillo Freyre, “esta norma tiende a proteger al arrendatario y al arrendador¹⁴¹⁷”, toda vez que “el arrendatario tendrá vivo interés en evitar que se produzca cualquiera de los actos mencionados por el inciso 4, dado que disminuiría el libre y pleno uso que pudiera hacer del bien, conforme al contrato celebrado¹⁴¹⁸”.

Planteado así el asunto, quedan dudas sobre el interés que “protege” dicha norma, puesto que en la óptica de nuestro autor, “el arrendamiento, es esencialmente, un contrato bilateral, sinalagmático o de prestaciones recíprocas. El arrendador se obliga a ceder temporalmente al arrendatario el uso de un bien, mientras que el arrendatario se compromete a pagar cierta renta convenida¹⁴¹⁹”.

Lo propio sucede desde la óptica jurisprudencial, desde que conforme

“al artículo 1681 incisos 1, 4 y 10 del Código Civil vigente, sobre las obligaciones que surgen del contrato de arrendamiento, es obligación del arrendatario cuidar el bien diligentemente, dar aviso inmediatamente al arrendador de cualquier usurpación o perturbación contra el inmueble, a devolverlo al vencerse el plazo del contrato en el estado en que lo recibió; consecuentemente, en dicha norma se encuentra implícito un deber de “cuidado”, lo que implica diligencia. El arrendatario debe evitar dar un uso distinto al acordado en el contrato, y tomar las medidas del caso para evitar daños al bien o actos en perjuicio del mismo o del arrendador¹⁴²⁰”.

(¹⁴¹⁶) Ídem, p. 681.

(¹⁴¹⁷) **CASTILLO FREYRE, Mario**. Tratado de los contratos típicos. Lima: Fondo Editorial PUCP - Palestra, 2010, p. 392.

(¹⁴¹⁸) *Ibíd.*

(¹⁴¹⁹) Ídem, p. 342.

(¹⁴²⁰) CAS. 9625-2014 CALLAO (Fundamento Trigésimo Primero).

En otras palabras, “dentro del deber de cuidado se encuentra comprendido que el arrendatario debió atender sus obligaciones respecto al inmueble arrendado con la diligencia debida¹⁴²¹”.

1.2.1.2. Con respecto al hospedaje, la situación no varió sustancialmente. Para corroborar ello, atendamos el punto de vista de (i) Arias Schreiber y Carlos Cárdenas, (ii) Muro Rojo, y (iii) Castillo Freyre.

a) Según Arias Schreiber y Cárdenas Quirós, “el hospedaje supone la posibilidad de albergar a una o varias personas y, en forma adicional, de proporcionarles alimentos y otros servicios complementarios a quienes necesitan trasladarse de un lugar a otro o establecerse temporalmente por razones de salud, descanso u otras motivaciones, en un determinado lugar. Resulta, pues, que la definición del hospedaje está dada (...) por dos factores fundamentales: techo y comida, siendo desde luego más importante el primero, ya que la segunda es sólo facultativa¹⁴²²”.

En este contrato “autónomo”, “oneroso”, “temporal”, “complejo”, “conmutativo” y “consensual”¹⁴²³, las “prestaciones recíprocas”¹⁴²⁴ aparecían en la esfera de ambas partes, de modo que “el alojamiento y demás servicios que presta el hotelero tienen como contraprestación el pago de la tarifa y los adicionales correlativos¹⁴²⁵”. Así pues, “habida cuenta que el hospedaje, esencialmente consiste en satisfacer una necesidad habitacional, el objeto de la prestación está dado por la instalación o instalaciones que utiliza el hospedado (dormitorio, cuarto de baño, dependencias comunes a todos los ocupantes del establecimiento y eventualmente, por lo servicios complementarios que reciba, alimentación, lavado de ropa, etc.)¹⁴²⁶”.

La “necesidad habitacional” de la que hablan nuestros autores fundamenta su interés de prestación de parte del huésped. De ahí que la conducta exigida al hospedante prosiga lograr su satisfacción. No obstante, dentro de las “exigencias” impuestas al hospedante se encontraba el

⁽¹⁴²¹⁾ CAS. 9625-2014 CALLAO (Fundamento Trigésimo Segundo).

⁽¹⁴²²⁾ **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 13.

⁽¹⁴²³⁾ Ídem, pp. 17-18

⁽¹⁴²⁴⁾ Ídem, p. 16

⁽¹⁴²⁵⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁴²⁶⁾ Ídem, p. 19

cuidado de lo que el código abrogado denominaba “efectos de los viajeros”, al punto que sobre dicho aspecto se configuró la responsabilidad del hospedante.

Sobre dicha responsabilidad, Arias Schreiber y Cárdenas Quirós alegan que “existe una separación notoria en el trato legislativo entre los objetos que el viajero entrega al hospedante para su custodia y aquellos otros de uso corriente y que simplemente introduce en su habitación¹⁴²⁷”.

Con respecto al primero, “el hospedante responde como depositario por el dinero, joyas, documentos de valor, etc. que recibe del huésped en custodia y debe poner en su cuidado la diligencia ordinaria exigida por la naturaleza de la obligación y que corresponda a la circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar¹⁴²⁸”. “El depósito obligatorio legislado por el artículo 1718 surgió como ineludible reacción frente a los numerosos casos de sustracciones de las cuales eran víctimas los viajeros y se ensambla con la naturaleza empresarial que tiene el hospedaje desde hace varios años. Se trata, en verdad, de una responsabilidad especial y de tipo objetivo (...)”¹⁴²⁹.

En relación a “los objetos no entregados al hospedante e introducidos por el viajero por ser de uso común (y desde luego, de escaso o relativo valor), la responsabilidad del hospedante está notoriamente atenuada, pues de un lado habrá que cumplir con las prescripciones del aviso colocado en un lugar visible y, por otra parte, el límite de la responsabilidad será fijado por la autoridad (...)”¹⁴³⁰. No se trata en estos casos de un supuesto de depósito, “pero la obligación y responsabilidad de custodia está implícita, en la medida que el viajero cumpla con las prescripciones fijadas en lugar visible de las habitaciones y destinadas a que adopte ciertas acciones de precaución o seguridad¹⁴³¹”.

Finalmente, estos autores alegan que “el hotelero debe responder inclusive por el hecho de terceros extraños, lo cual determina una responsabilidad “sui generis” y ello sucede a la vista del movimiento masivo de personas y su permanente circulación, todo lo cual hace particularmente sensible la vigilancia que debe prestar dicho hotelero. Como señala Esner, el fundamento jurídico de

(¹⁴²⁷) Ídem, p. 20

(¹⁴²⁸) Ibíd.

(¹⁴²⁹) Ídem, p. 27

(¹⁴³⁰) Ídem, p. 21

(¹⁴³¹) Ídem, p. 28

la responsabilidad del hospedante ha girado hacia el contrato social, derivado del hecho de acoger al huésped y a sus cosas¹⁴³²”.

Así las cosas, en Arias Schreiber y Cárdenas Quirós la obligación de preservar un determinado *status quo* en materia patrimonial es identificado en la “obligación” de custodia que el Código Civil de 1984 impone al hospedante (no pudiendo negarse estos a recibir los bienes en custodia mediante entrega o la admisión en la introducción de los efectos *ex art. 1721* salvo por justos motivos¹⁴³³). De esta manera, la *diligentia in custodiendo* del depósito se extiende normativamente y en el discurso de estos autores al hospedaje, en línea con la experiencia nacional previa. Por supuesto que ambas hipótesis de responsabilidad, como veremos a propósito de la obra de otro autor, no resultan en estricto un expediente jurídico prolijo, como pudimos ver al analizar esta figura durante la vigencia del Código Civil de 1936.

De momento lo cierto es que en ambos autores la imposición de un deber (“deberes de abstención contemplados en los artículos 1817, 1820 y 1821 del Código Civil¹⁴³⁴”) que no se deducía en un interés habitacional no supuso *strictu sensu* un problema jurídico o una contradicción a nivel de sistema. La cuestión resulta más sorprendente porque en un contexto diverso, pero de igual significado, Arias Schreiber y Cárdenas Quirós sí se pronuncian sobre el problema que supone haber legislado sobre los bienes patrimoniales mas no sobre la seguridad (personal) de los clientes.

Y para tal propósito, propio de su influencia francesa, recurren al recurso de la *Obligation de sécurité*, para luego afirmar, al igual que García Sayán, que “en el futuro habrá que establecer reglas sobre esta clase de responsabilidad, que respondan y sean coherentes con la naturaleza *sui generis* del hospedaje y la diligencia y prudencia que deben esperarse del hospedante y hospedado, respectivamente¹⁴³⁵”.

(¹⁴³²) Ídem, p. 21

(¹⁴³³) Ídem, p. 30

(¹⁴³⁴) Ídem, p. 21

(¹⁴³⁵) Ídem, p. 22

Advertido ello, cabe formular la siguiente interrogante: ¿qué razón justificaba diferenciar teleológica y dogmáticamente la cautela de los bienes patrimoniales y personales de los huéspedes que impedía advertir en ambos una misma circunstancia estructural consistente en conferir una tutela contractual para ambos bienes jurídicos?

Hasta ahora, lo único que explicaría ello es una cuestión estrictamente legislativa, la cual se permitió para el caso de los bienes patrimoniales imponer una obligación de cuidado bajo la figura legal de la custodia sin importar que la solución concilie con la construcción normativa de la teoría de las obligaciones.

(ii) En esa misma línea, otro autor como Muro Rojo manifestó su plena adherencia a la definición contenida en el art. 1713 del Código Civil de 1984, de modo que por el contrato de hospedaje (a su criterio regulado por primera vez como contrato típico en ese cuerpo normativo¹⁴³⁶) “el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos, a cambio de una retribución (...)”¹⁴³⁷.

En este contrato, al menos en lo que involucra al huésped, no cabía duda que la prestación de este yacía en el pago de la “respectiva retribución¹⁴³⁸”.

Dicha certeza, sin embargo, no era extensible para el caso del hospedante.

Según Muro Rojo, “en lo que concierne a los elementos objetivos, es decir, a las prestaciones que se derivan de las obligaciones de las partes, el hospedante está obligado a prestar alojamiento o albergue en las habitaciones de su local y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que pudieran haberse convenido (lavandería, por ejemplo)¹⁴³⁹”.

Por supuesto que dentro del comportamiento exigido al hospedante también se encontraban aquellas actividades que resultan inherentes a garantizar el alojamiento en forma normal y adecuada,

(¹⁴³⁶) **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1713”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 17.

(¹⁴³⁷) Ídem, p. 18.

(¹⁴³⁸) Ídem, p. 19.

(¹⁴³⁹) Ídem, pp. 19-20.

y que conforme Muro Rojo, se desprendían del D.S. N° 029-2004-MINCETUR, según el cual (art. 29) “las instalaciones de los establecimientos de hospedaje deben estar en óptimas condiciones de conservación, presentación, funcionamiento, limpieza y seguridad, de modo que permitan su uso inmediato y la prestación adecuada de los servicios ofrecidos desde el día que inicia sus operaciones¹⁴⁴⁰”.

Es justamente con relación a la seguridad que nuestro autor afirmaba que “el hospedante asume una obligación subsidiaria y consecuente responsabilidad respecto de la custodia o eventual depósito de los bienes del huésped (...)”¹⁴⁴¹.

Respecto a dicha “obligación subsidiaria”, Muro Rojo afirmaba que “además de la obligación principal, en el contrato de hospedaje tiene importante protagonismo una obligación secundaria del hospedante que se genera a consecuencia de la prestación del alojamiento y que consiste en custodiar o responder por los bienes del huésped. A pesar de ser teóricamente una obligación subsidiaria, en la realidad parece tener más relevancia que la prestación de alojamiento¹⁴⁴²”.

Esta “obligación subsidiaria” se justificaría toda vez que:

“es usual que el huésped lleve consigo equipaje, pertenencias y bienes en general-inclusive automóvil-, los cuales son de distinta naturaleza, uso y valor. Es también usual que los bienes del huésped permanecen dentro del local de hospedaje mientras este no necesariamente está en su habitación, es decir, cuando se halla lejos del ámbito de vigilancia de dichos bienes y muchas veces sin adoptar medidas de seguridad. Por ello, y considerando además que es inherente a este contrato que personal a cargo del hospedante ingrese a las habitaciones a realizar servicios de limpieza, existe entonces un cierto riesgo de que los bienes, al estar relativamente expuestos, puedan ser sustraídos, extraviarse o deteriorarse; por ese motivo se considera pertinente regular la responsabilidad del hospedante en relación con estos eventos¹⁴⁴³”.

⁽¹⁴⁴⁰⁾ **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1715”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 23.

⁽¹⁴⁴¹⁾ **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1713”... *óp.cit.*; p. 20.

⁽¹⁴⁴²⁾ **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1718”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 29.

⁽¹⁴⁴³⁾ *Ibíd.*

Ahora bien, Muro Rojo, siguiendo a León Barandiarán, indicará luego que dicha obligación que tomaría forma de “depósito” se configuraría en el caso de los arts. 1718 y 1721 a partir de la “entrega” de los efectos y conforme a los arts. 1719 y 1720 bajo la lógica de los bienes introducidos¹⁴⁴⁴. Con relación al primero, a juicio de este autor “parece lógico porque en realidad este ha quedado constituido en depositario al haber recibido los bienes bajo dicho título y no para otros fines¹⁴⁴⁵”. De ahí que lo relevante de la norma sea “que los bienes se entregan físicamente bajo tal título (custodia o depósito) y, por tal motivo, deben aplicarse las normas sobre el contrato de depósito (artículos 1814 a 1856) en cuanto sea posible¹⁴⁴⁶”.

Respecto al segundo, la posición del autor no emerge en forma clara porque enuncia, en un primer momento, la posición de León Barandiarán del *depositum ficto* y luego, a continuación, la de Arias Schreiber y Castillo Freyre, quienes a su criterio rechazaban aquella y sostenían que la obligación de velar por los efectos aparecía en forma implícita (nosotros no compartimos esta impresión)¹⁴⁴⁷. En cualquier caso, lo que si quedaba claro era que la responsabilidad *ex art.* 1719 (introducción de efectos) se presentaba en forma “limitada” respecto del art. 1718 (entrega de efectos)¹⁴⁴⁸.

En uno u otro caso la situación que plantea Muro Rojo no difería sustancialmente de la prevista durante la vigencia del Código Civil de 1936, recurriendo en el caso del art. 1719 a la presunción que resulta el *depositum ficto* o a la “ficción” que emana de la obligación “implícita” de velar por la custodia de los bienes introducidos. Más aún porque al igual que lo comentado para el Cap. II, incluso la propia configuración del depósito *ex art.* 1718 no era otra cosa que una imposición legal que identificaba en la “entrega” (y recepción) la “obligación de recibir un bien para custodiarlo y devolverlo (...)” *ex art.* 1817 (depósito). Y máxime cuando el art. 1721 planteara que el hospedante

(¹⁴⁴⁴) Ídem, p. 30.

(¹⁴⁴⁵) *Ibid.*

(¹⁴⁴⁶) *Ibid.*

(¹⁴⁴⁷) **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1719”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 31-32.

(¹⁴⁴⁸) Ídem, p. 32.

no podría rechazar la custodia ni la introducción de los bienes (art. 1718) sin que medie alguna de las razones establecidas en dicho artículo bajo el rótulo de “justos motivos”¹⁴⁴⁹.

Visto así el asunto, no cabe duda que lo que en el fondo buscaba el legislador era garantizar el cuidado de los bienes (patrimoniales) de los huéspedes mediante la imposición de una “obligación de custodia” que, en línea con la experiencia previa nacional, se configuraría -no había otro modo- bajo el modelo del depósito, cuya función sería así cautelar un específico *status quo*.

Para mayor claridad, Muro Rojo concluiría que la base teleológica del art. 1721 radicaría en cautelar los “intereses de los huéspedes, pues el hecho que se prohíba la negativa del hospedante de aceptar en custodia o permitir el ingreso de los bienes de aquellos, es una medida que (...)”¹⁴⁵⁰, siguiendo a Castillo Freyre, obedece a razones de seguridad de los propios huéspedes¹⁴⁵¹.

Tomando en cuenta lo anterior, el hecho que el contrato de hospedaje no se limite a la prestación a cargo del hospedante, sino que abarque incluso una denominada “obligación subsidiaria” cuya violación conlleve a una “consecuente responsabilidad” nos permite apreciar que la construcción legislativa del contrato (hospedaje en particular) no se emparentaba con la fórmula obligación-prestación; o mejor dicho, no se ceñía a ella.

Y sobre la falta de identificación de la “obligación subsidiaria”, también configurada mediante contrato de depósito, con los deberes de prestación y demás posiciones jurídicas, la doctrina nacional no se pronunció.

(iii) Desde otro ángulo, y bajo la idea que el hospedaje es un contrato típico por el cual el hospedante se obliga a prestar al huésped albergue y, adicionalmente, alimentación y otros servicios que contemplan la ley y los usos¹⁴⁵², Castillo Freyre es enfático al señalar (a propósito del art. 1715) que “hace bien el Código Civil en precisar que las condiciones que debe presentar la habitación en

(1449) **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1721”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, pp. 35-36.

(1450) Ídem, p. 35.

(1451) Ibíd.

(1452) **CASTILLO FREYRE, Mario.** Tratado de los contratos típicos... *óp. cit.*; p. 472.

cuanto a aseo y funcionamiento deben ser las normales, debiéndose entender por ello que unas y otras tienen que ir de la mano con la que debería entenderse como situación de normalidad de acuerdo con la categoría del establecimiento¹⁴⁵³”.

Y en cuanto a las condiciones de aseo de la habitación, estas “deben respetar estándares mínimos (...) que preserven la salud e integridad física del huésped¹⁴⁵⁴”. Si ello es así, ¿el contrato de hospedaje, entonces, en la visión de nuestro autor, debía cautelar la integridad ajena? Castillo Freyre no ofrece una respuesta sobre el particular, no obstante que resulte aleccionador, al menos a nuestro criterio, que (desde su perspectiva) el hospedaje no se limite a la relación de prestación reconocida en el Código Civil de 1984, de ahí que la extensión del depósito a la hipótesis de la responsabilidad del hospedante como depositario suponga la necesidad de incorporar “mecanismos de seguridad¹⁴⁵⁵” a fin de otorgar la “protección¹⁴⁵⁶” debida¹⁴⁵⁷.

1.2.1.3. La línea de continuidad evidenciada a propósito del arrendamiento y hospedaje, en lo que nos resulta relevante, también se aprecia en materia de comodato.

Según el art. 1728 del Código Civil de 1984, “por el comodato, 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”.

Respecto de este contrato, a diferencia de la tendencia que concebía en el mismo un contrato unilateral durante la vigencia del Código Civil de 1852 y 1936, el sector mayoritario de nuestra doctrina¹⁴⁵⁸, luego de promulgado el actual código, se inclina por concebir al mismo, dado su carácter

(¹⁴⁵³) Ídem, p. 507.

(¹⁴⁵⁴) Ídem, p. 506.

(¹⁴⁵⁵) Ídem, p. 514.

(¹⁴⁵⁶) Ídem, p. 517.

(¹⁴⁵⁷) En esa misma línea, remarcando la existencia de un deber de prestación y protección, **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; f. 245.

(¹⁴⁵⁸) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max** y **Carlos CÁRDENAS QUIRÓS**. Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 37 y ss.; **SOTO COAGUILA, Carlos**. “Comentario artículo 1728”. En: AA.VV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 49 y ss.

consensual y ya no real¹⁴⁵⁹, como un contrato bilateral capaz de crear obligaciones en el comodante y el comodatario¹⁴⁶⁰.

En ese entendido, no sorprende que para dichos autores, las prestaciones del comodato sean recíprocas. Así, para un autor “mientras el comodante se obliga fundamentalmente a hacer la entrega del bien, el comodatario está sujeto al deber de cuidarlo con la mayor diligencia y devolverlo en el momento que corresponda¹⁴⁶¹”. Para otro, “el comodante es la parte contratante que se obliga a entregar gratuitamente al comodatario el uso de un bien no consumible por cierto tiempo o para cierta finalidad (...)”¹⁴⁶²; y “el comodatario es la parte contratante que recibe en forma gratuita un bien no consumible para ser usado por cierto tiempo o para cierto fin, obligándose a devolverlo en el plazo convenido o cuando se haya alcanzado la finalidad para cuyo cumplimiento fue entregado dicho bien¹⁴⁶³”.

Bajo la premisa que el comodato representaba un contrato consensual y bilateral, no sorprende el hecho de que el comodante asuma obligaciones en virtud del art. 1735 del Código Civil de 1984. Sin embargo, esta circunstancia que durante la vigencia del código abrogado y del Código Civil de 1852 significó una “contradicción”, no enmienda el hecho que el fundamento jurídico para atribuir alguna de dichas obligaciones no se compatibiliza con la noción de comodato consagrada *ex art.* 1728, básicamente aquella que aparece en su inciso 2.

Ahora bien, el análisis del art. 1735.2 debe partir por reconocer una diferencia en su regulación con respecto al Código Civil de 1936. En efecto, en el Código Civil de 1984 se prescindió de positivizar la regla contenida en el art. 1599 del código abrogado, el cual precisaba la consecuencia

(¹⁴⁵⁹) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 38; **SOTO COAGUILA, Carlos.** *óp. cit.*; p. 53; **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte – Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1991, p. 185.

(¹⁴⁶⁰) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 40; **SOTO COAGUILA, Carlos.** *óp. cit.*; p. 53; **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** El contrato en general. Primera Parte/I... *óp. cit.*; p. 185.

(¹⁴⁶¹) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; pp. 40-41

(¹⁴⁶²) **SOTO COAGUILA, Carlos.** *óp. cit.*; p. 53.

(¹⁴⁶³) Ídem, p. 55.

jurídica del incumplimiento del deber de aviso bajo la fórmula que decía que “cuando la cosa prestada adolece de vicios tales que el uso de ella puede irrogar perjuicio, el comodante responderá del daño causado, si conociendo los vicios de la cosa no hizo advertencia de ellos al comodatario”.

Esta regla que aparece en los antecedentes legislativos se introdujo en forma reducida con la expresión “bajo responsabilidad por el daño” en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora de 1980 (Arias Schreiber) y en el Proyecto de la Comisión Reformadora de 1981, no obstante ser descartada luego en el Proyecto de la Comisión Revisora y de ahí su ausencia en el Código Civil de 1984.

Ello no ha impedido que sobre el art. 1735.2 nuestra doctrina señale que su incumplimiento, aún en ausencia de una norma expresa en ese sentido, es capaz de generar una “responsabilidad”.

Para Arias Schreiber y Cárdenas Quirós, “el inciso 2) consagra un caso especial de vicio oculto, basado en las características propias del comodato, que es un contrato de cortesía, favor o liberalidad. No se siguen, de consiguiente, las reglas generales que el Código contiene respecto del vicio oculto, sino que se plantea una responsabilidad más benigna, obligando al comodante únicamente cuando tenga conocimiento del vicio y no se haya hecho saber al comodatario¹⁴⁶⁴”.

Con relación a dicha “responsabilidad”, Torres Carrasco expresa que “en este particular punto diferimos de lo expresado por el profesor Arias Schreiber, fundamentalmente porque no entendemos cómo de la redacción del inciso 2) del Artículo 1735 (el comodante debe comunicar oportunamente al comodatario si el bien adolece de algún vicio que conoce), puede llegarse a la conclusión de que en el comodato existe un régimen distinto y, peor, más benigno, del que existe para el tratamiento del saneamiento por vicios ocultos en la generalidad de contratos¹⁴⁶⁵”.

Para este autor, “el inciso 2) del Artículo 1735 solo expresa una obligación de hacer del comodante: comunicar al comodatario la existencia del vicio cuando tenga conocimiento de este;

⁽¹⁴⁶⁴⁾ **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 50.

⁽¹⁴⁶⁵⁾ **MURO ROJO, Manuel.** “Comentario artículo 1735”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 76.

pero no exonera -de ninguna manera- de responsabilidad al comodante de la obligación de subsanar los vicios ocultos, incluso cuando no tuvo conocimiento de estos al momento de entregar el bien en uso al comodatario¹⁴⁶⁶”.

Desde otro ángulo, un importante autor confiesa no llegar “a entender a cabalidad los alcances del citado precepto, en la medida en que su utilidad práctica solo se comprendería si es que no existiesen las normas relativas a obligaciones de saneamiento. Ya que, como es evidente, el comodante está obligado a informar en forma oportuna y debida al comodatario acerca de todos los vicios que conozca concernientes al bien¹⁴⁶⁷”.

En cualquier caso, lo cierto es que el sentido de la norma busca imponer al comodante un determinado *deber de aviso* a fin de evitar que el vicio del bien dado en comodato comporte perjuicios al comodatario. El asunto es que ni la norma ni la doctrina nacional que ha venido atendiendo la materia ha logrado identificar dicho perjuicio en un interés contractual, el cual se deduciría para el caso del comodato en la prestación debida, por supuesto dentro de la lógica del comodato como contrato sinalagmático.

De hecho, tal y como pudimos ver en el Cap. II, los perjuicios a los que se expone el comodatario no se vinculan con el contrato de comodato (vicio del bien) *strictu sensu*; al contrario, el término perjuicio, a falta de precisión legislativa e incluso doctrinaria, se dirige a cautelar los bienes personales y patrimoniales que pueda sufrir el comodatario al recibir el bien con vicios que el comodante conoce.

La idea de evitar que el comodatario experimente dichos “perjuicios” supuso en el legislador (consciente de la exposición de su esfera jurídica) la necesidad de garantizar su *status quo* mediante la imposición de un deber específico en el contrato típico de comodato. Y a diferencia de los antecedentes legislativos, al reconocerse en este último un auténtico sinalagma, el deber de aviso que

⁽¹⁴⁶⁶⁾ Ibíd.

⁽¹⁴⁶⁷⁾ CASTILLO FREYRE, Mario. Tratado de los contratos típicos... *óp. cit.*; p. 585.

en otro momento de nuestra historia fue atribuido a la concreción de un “principio jurídico superior”, adopta la forma de “obligación contractual” cuyo incumplimiento sigue la misma suerte.

Ni la doctrina ni el legislador han planteado una solución distinta, máxime porque aún sin advertirlo, lo que ocurre en este supuesto es que en la relación de obligación contractual de comodato se inserta *ex art. 1735.2* una obligación cuya peculiaridad reside en no identificarse en ninguna de las posiciones jurídicas que se ha identificado en la relación obligatoria (Cap. I).

1.2.1.4. Lo propio acontece respecto del mandato.

Partiendo de la premisa sostenida por la doctrina nacional que del mandato surge una relación obligatoria¹⁴⁶⁸, se ha dicho que “el mandato es un contrato con efectos obligatorios a través del cual un sujeto (el mandante), confiere a otro (mandatario), el poder de gestionar un negocio por su cuenta, haciendo recaer los efectos de esta actividad en su esfera jurídica patrimonial¹⁴⁶⁹”.

A diferencia de la regulación contenida en el Código Civil de 1936, en donde la regla era la gratuidad del mandato, nuestra actual legislación (en línea con el *Codice*¹⁴⁷⁰) presume la onerosidad del contrato de mandato *ex art. 1791*, quedando a salvo, según nuestra doctrina, la posibilidad de pacto en contrario al no resultar aquella como condición esencial¹⁴⁷¹.

Siendo ello así, no sorprende que un sector de la doctrina haya visto en este contrato, básicamente en aquél remunerado, un contrato con prestaciones recíprocas, toda vez que se presentaría según esta una “correlación de prestaciones¹⁴⁷²”. De esta manera, dicha reciprocidad se conformaría por la realización de los “actos jurídicos¹⁴⁷³” (por cuenta e interés del mandante) a cargo

(¹⁴⁶⁸) **BELTRÁN PACHECO, Jorge.** “Comentario artículo 1796”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 299.

(¹⁴⁶⁹) **PALACIOS MARTÍNEZ, Eric.** “Comentario artículo 1790”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 276.

(¹⁴⁷⁰) **PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y Veronika CANO LAIME.** “Comentario artículo 1791”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica, 2007, p. 279.

(¹⁴⁷¹) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 142.

(¹⁴⁷²) *Ibíd.*

(¹⁴⁷³) **PALACIOS MARTÍNEZ, Eric.** “Comentario artículo 1790”... *óp. cit.*; p. 272.

del mandatario y el pago de la remuneración (contraprestación) en el mandato oneroso¹⁴⁷⁴ a cuenta del mandante.

Lo anterior se corrobora al observar que el art. 1793 reconoce en la esfera del mandatario una serie de deberes accesorios (numeral 2 y 3) que se vinculan al deber central regulado en su primer numeral, mientras que el art. 1796 regula en su numeral 2 la obligación principal del mandante¹⁴⁷⁵.

En lo que refiere a este último, el art. 1796 no solo versa sobre obligaciones *strictu sensu*¹⁴⁷⁶, sino también por ejemplo sobre la carga de cooperación del mandante *ex* numeral 1¹⁴⁷⁷, pero entre aquellas, la que para nuestro propósito resulta interesante es la “obligación” prevista en su numeral 4, el cual señala que el mandante está obligado frente al mandatario “a indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato”.

¿Qué interés busca cautelar la disposición contenida en el art. 1796.4?

Según Arias Schreiber y Cárdenas Quirós, “el propósito de este precepto es que el mandatario no se vea perjudicado como resultado de la ejecución del contrato de mandato¹⁴⁷⁸”. Así pues, “para que la indemnización proceda es necesario que exista un vínculo de causalidad entre el daño producido y el ejercicio del mandato. Del inciso bajo análisis se deriva que los daños y perjuicios deben haberse sufrido como consecuencia del mandato¹⁴⁷⁹”.

Con mayor detalle, Beltrán Pacheco sugiere que “el numeral 4) del artículo 1796 no se refiere a una prestación incumplida por el mandante, sino a aquellos daños que son efecto directo e inmediato de la realización de la conducta encargada, por ejemplo: "Juan celebra con Pedro un contrato de mandato por el que este último se compromete a trasladar (en representación del primero)

(¹⁴⁷⁴) No es objeto de análisis en esta sede el mandato gratuito.

(¹⁴⁷⁵) Reconociendo en este punto una obligación, **BELTRÁN PACHECO, Jorge**. “Comentario artículo 1796”... *óp. cit.*; p. 302.

(¹⁴⁷⁶) *Ibid.*

(¹⁴⁷⁷) Comparte esta posición, *Ídem*, pp. 300-301. Este autor reconoce además que de operar el pacto en contrario (que el propio mandatario sea quien provea los materiales para la ejecución de la prestación), estaríamos ante un deber jurídico accesorio del mandatario en la situación jurídica de desventaja asumida por este.

(¹⁴⁷⁸) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS**. Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 151.

(¹⁴⁷⁹) *Ibid.*

una mercadería a Tacna. Durante la realización del traslado de la mercadería Pedro es asaltado y sufre serias lesiones corporales lo que determina su inmediata hospitalización y tratamiento médico. En este contexto, será Juan quien asuma los gastos por los daños sufridos por Pedro¹⁴⁸⁰.

Aun cuando se trate de la prestación debida, la obligación contenida en el art. 1796.4, aparece en la perspectiva de este último autor como un “deber jurídico¹⁴⁸¹”, a lo cual podemos agregar que su fuente no yace en el acuerdo de voluntades sino en la ley.

De acuerdo a Beltrán Pacheco, dicho deber jurídico *ex lege* dictamina que los daños que resulten consecuentes de la ejecución del mandato, al producirse dentro de una relación contractual, sean indemnizados aplicándose las reglas de la responsabilidad por inexecución de obligaciones, aunque no se haya producido, propiamente, un incumplimiento de prestaciones¹⁴⁸².

En este punto parece claro que la “obligación” prevista en el art. 1796.4 no se identifica con el deber primario de prestación ni con los deberes accesorios, y en general, con ninguna otra posición jurídica que forme parte del contenido de la relación de obligación (mandato). Siendo ello así, la imposición de una conducta en el sentido propuesto por el inciso 4 solo se explica por el hecho que el legislador haya presupuesto en la esfera del mandatario un específico interés en ver cautelada su esfera jurídica frente a los potenciales daños que pudieran surgir en ocasión de la ejecución del mandato. Dicho interés no se identifica de esta manera en el interés de prestación *ex contractu* y por tanto su tutela contractual no parece ser otra cosa que una discreción normativa del legislador.

(1480) BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Comentario artículo 1796”... *óp. cit.*; p. 303.

(1481) *Ibíd.*

(1482) *Ibíd.* Para este autor “para que se cumpla con el pago de la prestación indemnizatoria deberán verificarse: la existencia de un daño, que esté demostrado el evento dañoso (suceso acaecido en cumplimiento del mandato), que exista una relación causal (que la causa del daño se haya producido en el marco del cumplimiento del encargo) y un criterio de imputación. La atribución de responsabilidad, en el presente caso, se refiere al criterio de imputación garantía, puesto que el mandante no será responsable por actuar con culpa o dolo (atribución directa subjetiva) o riesgo (atribución directa objetiva) en la producción de los daños, sino por ser el beneficiado con la realización del encargo en cuyo contexto se produjo el evento dañoso”.

La pregunta que acá debe formularse sigue el tenor de los otros casos que hemos visto, ¿cómo explicar un deber de conducta que no responda al único interés que por antonomasia presenta la relación obligatoria (interés de prestación)?

Veremos en lo sucesivo que el entronque advertido se seguirá experimentando en otros supuestos.

1.3. La existencia de un deber de cuidado no se redujo a las hipótesis anteriormente descritas, por el contrario, en consonancia con lo atestiguado durante el siglo XIX y mediados del siglo XX, se siguió presentando en las dos actividades económicas concretas estudiadas, el trabajo y el transporte por ferrocarril.

1.3.1. El Código Civil de 1984 no presenta un dispositivo similar al art. 1572 del Código Civil de 1936. Sin embargo, dicha circunstancia no melló en el reconocimiento de un deber de seguridad en sede laboral, en gran medida porque las leyes especiales que referimos en el Cap. II permanecieron vigentes incluso luego de 1984 hasta su posterior derogación.

Así pues, en 1996, la Cuarta Sala Civil de la Corte Superior de Justicia adujo que ante un caso de enfermedad contraída en ocasión del trabajo, “la pretensión del accionante no puede fundamentarse en una responsabilidad extracontractual, desde que el origen de la enfermedad por la que solicita el pago de un monto indemnizatorio nace justamente, -según su propio dicho-, de la relación laboral que mantuvo con la demanda, no resultando por tanto ajeno a ésta el contrato de trabajo ahora fenecido entre las partes¹⁴⁸³”.

Años después, en la CAS. N° 2142-02 LIMA, los jueces se decantaron por resolver que la violación del deber de cautela del empleador se defina a partir de las reglas de la responsabilidad contractual:

Quinto.- Que, de lo expuesto se advierte que los daños y perjuicios sufridos por el actor se han producido en el marco de una relación contractual existente entre este, en su condición de trabajador, y la Compañía Minera

(¹⁴⁸³) Expediente 398-96 (Considerando Tercero).

Huarón Sociedad Anónima, como su empleadora, debiéndose precisar que la silicosis es una enfermedad propia de la actividad minera, que se rige por lo previsto en el Decreto Supremo cero cero dos- setentidós -TR, reglamento del Decreto Ley número dieciocho mil ochocientos cuarentiséis, Ley de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales; Sexto.- Que estando al CONSIDERANDO anterior, dado que lo pretendido por el demandante está regulado por las reglas de la responsabilidad contractual o de inejecución de obligaciones, el actor debió tramitar su pretensión indemnizatoria mediante acción pertinente, y no bajo los cauces de la responsabilidad extracontractual.

La situación no varió a pesar del D.S. N° 046-2001-EM (Reglamento de Seguridad e Higiene Minera), de modo que la CAS LAB N° 1819-2010, luego de aceptar que la estimación de “la culpa contractual deriva no solo de las obligaciones pactadas en el contrato, sino también de las contempladas en las fuentes reguladoras de la relación laboral, entre las que se encuentran la obligación de dar una protección eficaz en materia de seguridad e higiene¹⁴⁸⁴” (o lo que es lo mismo, “la responsabilidad contractual imputa al empleador el pago resarcitorio por el incumplimiento de normas de seguridad e higiene ocupacional, originado en la cláusula implícita de todo contrato de trabajo que obliga a velar por la seguridad de sus obreros¹⁴⁸⁵”), aceptó la alegación por una responsabilidad contractual derivada del incumplimiento de la demandada de las normas establecidas en el citado reglamento, al no haber proveído al demandado con los equipos que lo hubieran protegido del ambiente tóxico y que al final lo condujo a presentar neumoconiosis.

No sorprende entonces que la CAS. LAB. 2725-2012 haya establecido que “uno de los deberes del empleador que se derivan de la relación laboral es el deber de garantizar la seguridad y salud del personal que se encuentra en relación de subordinación frente a él¹⁴⁸⁶”.

Más tarde, teniendo como antecedente el D.S. N° 003-2005-TR, se dictó la Ley N° 29783, Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo (además del D.S. N° 005-2012-TR)¹⁴⁸⁷, en la cual la línea hasta ahora advertida se vio refrendada mediante “principios” que incorporaban la protección del

(¹⁴⁸⁴) Considerando Décimo.

(¹⁴⁸⁵) Considerando Décimo.

(¹⁴⁸⁶) Considerando Décimo.

(¹⁴⁸⁷) Hay posteriores modificaciones que no son tratadas en esta sede por no resultar materialmente relevantes para nuestro tema de estudio.

trabajador como finalidad en la dinámica empleador-empleado y política del Estado¹⁴⁸⁸, entre los que se destacan los siguientes:

“PRINCIPIO DE PREVENCIÓN. El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral.

“PRINCIPIO DE RESPONSABILIDAD El empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de el, conforme a las normas vigentes.

(...)

PRINCIPIO DE INFORMACIÓN Y CAPACITACIÓN Las organizaciones sindicales y los trabajadores reciben del empleador una oportuna y adecuada información y capacitación preventiva en la tarea a desarrollar, con énfasis en lo potencialmente riesgoso para la vida y salud de los trabajadores y su familia.

PRINCIPIO DE GESTIÓN INTEGRAL Todo empleador promueve e integra la gestión de la seguridad y salud en el trabajo a la gestión general de la empresa.

(...)

PRINCIPIO DE PROTECCIÓN Los trabajadores tienen derecho a que el Estado y los empleadores aseguren condiciones de trabajo dignas que les garanticen un estado de vida saludable, física, mental y socialmente, en forma continua. Dichas condiciones deben propender a: a) Que el trabajo se desarrolle en un ambiente seguro y saludable. b) Que las condiciones de trabajo sean compatibles con el bienestar y la dignidad de los trabajadores y ofrezcan posibilidades reales para el logro de los objetivos personales de los trabajadores”.

Estos “principios” son los que explican y fundamentan el contenido del art. 49 de la Ley N° 29783:

(¹⁴⁸⁸) Art. 4 de la Ley N° 29783.

“Artículo 49. Obligaciones del empleador El empleador, entre otras, tiene las siguientes obligaciones: a) Garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores en el desempeño de todos los aspectos relacionados con su labor, en el centro de trabajo o con ocasión del mismo. (...)”

Como consecuencia de la violación de tal obligación, la referida ley dispone que:

“Artículo 53. Indemnización por daños a la salud en el trabajo El incumplimiento del empleador del deber de prevención genera la obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas, o a sus derechohabientes, de los accidentes de trabajo y de las enfermedades profesionales”.

De esta manera, se puede decir que “la obligación esencial de todo empleador es cumplir las obligaciones establecidas en la normativa sobre prevención de riesgos laborales, garantizando la protección, la seguridad y salud de los trabajadores a su servicio en todo lo relacionado con el trabajo, lo que comprende evaluar, evitar y combatir los riesgos (Principio de prevención). Caso contrario, el empleador asume las implicancias económicas, legales y de cualquier otra índole a consecuencia de un accidente o enfermedad que sufra el trabajador en el desempeño de sus funciones o a consecuencia de este (Principio de responsabilidad)¹⁴⁸⁹” (CAS. LAB. N° 3591-2016 DEL SANTA).

Esta “obligación de pagar las indemnizaciones a las víctimas” se deduce en una responsabilidad de naturaleza contractual, conforme lo reconoce la jurisprudencia laboral en la anterior Casación citada, así como en la CAS. LAB. N° 14358-2016 LIMA, en donde se establece que:

“cuando se celebra un contrato de trabajo, verbal o escrito, se origina como obligación principal en relación al empleador el de pagar la remuneración y con respecto al trabajador la prestación personal de sus servicios; sin embargo, estos no son los únicos deberes que se originan en dicho contrato, sino también otros, como es el caso del deber de seguridad o protección que tiene el empleador frente a sus trabajadores. Nuestra jurisprudencia ha determinado que tratándose de infortunios laborales, por presentarse estos durante la ejecución de un contrato de trabajo o como consecuencia del mismo, la responsabilidad que atañe al empleador es responsabilidad civil contractual, así lo reconoció la Sala Civil Transitoria de la Corte Suprema de Justicia de la República al resolver con fecha nueve de diciembre de dos mil dos, la Casación N° 2142-2002-LIMA, en la que se discutía el pago de una indemnización por daños y perjuicios reclamada por un trabajador minero enfermo de silicosis, cuando revocó la Sentencia apelada que había amparado la demanda sobre la base de considerarla un caso de responsabilidad

(1489) Considerando Séptimo.

extracontractual y la declaró improcedente. Además, debe considerarse que la Corte Suprema de Justicia de la República en el Acuerdo N° 2 del I Pleno Jurisdiccional Supremo Laboral, realizado en la ciudad de Lima, los días cuatro y catorce de mayo de dos mil doce, acordó: «Los Jueces que ejercen competencia en el marco de la Ley Procesal del Trabajo número 26636 y en la Nueva Ley Procesal del Trabajo número 29497, conocerán de las demandas de daños y perjuicios por responsabilidad contractual tanto por daño patrimonial, que abarca el lucro cesante y daño emergente, como por daño moral, especialmente en los casos de enfermedad profesional». De los fundamentos jurisprudenciales y legales antes expuestos, podemos concluir que la responsabilidad civil del empleador por enfermedad profesional es de carácter contractual¹⁴⁹⁰».

Lo propio se aprecia en la CAS. LAB. 4258-2016 LIMA, en donde los magistrados peruanos señalan que:

“el deber de otorgar higiene y seguridad en el trabajo es una obligación que emana del contrato de trabajo, en ese sentido, su cumplimiento es de trascendencia superior y no de simple obligación de una de las partes en un negocio jurídico, pues, ella advierte a la prevención de los riesgos profesionales, lo que interesa a la comunidad entera, por múltiples razones éticas, sociales y económicas. Las medidas de seguridad e higiene laboral muchas veces están contenidas en normas legales y reglamentarias; sin embargo, ello no desvirtúa el carácter contractual del deber de seguridad porque este no se agota con solo acatar estas disposiciones legales, sino que es necesario que el empleador (...) por ser quien controla el lugar de trabajo, tome las acciones que permitan «(...) reducir al mínimo, según criterios de nuestra civilización y cultura y los medios tecnológicos que una y otra ofrecen, tanto la insalubridad como la peligrosidad del medio, reduciendo los riesgos del trabajo a los mínimos “aceptables” según estos criterios y adaptando su conducta así al paradigma del “empresario prudente”, más exigente que el de la persona media o “normal” (Aparicio); en cuanto, por otro lado, está implicada en el trabajo, y la protegida es en sustancia, la persona del trabajador (...)». El Artículo I del Título Preliminar de la Ley N° 29783 establece textualmente lo siguiente: I. PRINCIPIO DE PREVENCIÓN “El empleador garantiza, en el centro de trabajo, el establecimiento de los medios y condiciones que protejan la vida, la salud y el bienestar de los trabajadores, y de aquellos que, no teniendo vínculo laboral, prestan servicios o se encuentran dentro del ámbito del centro de labores. Debe considerar factores sociales, laborales y biológicos, diferenciados en función del sexo, incorporando la dimensión de género en la evaluación y prevención de los riesgos en la salud laboral”. De los fundamentos doctrinarios y legales antes expuestos, podemos concluir que la responsabilidad civil del empleador por incumplimiento de sus obligaciones es de carácter contractual¹⁴⁹¹».

(¹⁴⁹⁰) Considerando Quinto.

(¹⁴⁹¹) Considerando octavo.

Para finalizar, el mismo criterio se observa en la CAS. LAB. N° 5741-2017 LIMA¹⁴⁹² y en el VI Pleno Jurisdiccional Supremo en Materia Laboral y Previsional, en donde se acordó por unanimidad que “el empleador, como garante de la seguridad y salud en el centro laboral, siempre será responsable por cualquier evento dañoso para la vida o salud del trabajador¹⁴⁹³”; responsabilidad contractual, conforme muestra la *praxis* de la materia.

1.3.2. La doctrina ha presentado un desarrollo análogo a la jurisprudencia.

Según Cortés Carcelén, si bien históricamente, la responsabilidad del empleador frente a los daños causados por un accidente de trabajo o una enfermedad de trabajo había sido considerada extracontractual¹⁴⁹⁴ (en aplicación del ¿Código Civil?¹⁴⁹⁵) debido a la ausencia de desarrollo del deber de seguridad (y sus expresiones), así como porque “se consideraba que las contingencias no se derivaban del contrato de trabajo, sino de hechos ajenos a él¹⁴⁹⁶”, las nuevas orientaciones han aclarado el panorama y reconducido el asunto al ámbito de la responsabilidad contractual¹⁴⁹⁷.

Así, siguiendo fundamentalmente a la doctrina española, sostendría que “el deber de seguridad es una consecuencia directa y naturalmente derivada del contrato de trabajo, de sus requisitos constitutivos, esencialmente de la nota de dependencia que lo identifica (...)”¹⁴⁹⁸. De esta manera, “(...) la deuda del empleador no se limita a estas simples exigencias reglamentarias sino que se extiende a la protección integral del trabajador, de su salud y seguridad, por lo que basta con que el daño se produzca a causa o como consecuencia de la actividad laboral para que estos daños deban considerarse consecuencia o, incluso más, como plasmación de un claro incumplimiento laboral y, por tanto, generar una responsabilidad exclusivamente contractual¹⁴⁹⁹”.

(¹⁴⁹²) Considerando cuarto.

(¹⁴⁹³) Primer punto.

(¹⁴⁹⁴) **CORTÉS CARCELÉN. Juan Carlos.** *Responsabilidad empresarial por accidente de trabajo y enfermedades profesionales.* En: Diálogo con la Jurisprudencia *núm.* 43, 2002, p. 31. En esa línea, **DOLORIER TORRES, Javier y Frank ESPINOZA LAUREANO.** *Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo. Una aproximación al derecho comparado y jurisprudencia extranjera.* En: Diálogo con la Jurisprudencia *núm.* 43, 2002, p. 44.

(¹⁴⁹⁵) **CORTÉS CARCELÉN. Juan Carlos.** *óp. cit.*; p. 31.

(¹⁴⁹⁶) *Ibíd.*

(¹⁴⁹⁷) *Ibíd.*

(¹⁴⁹⁸) *Ídem*, p. 31.

(¹⁴⁹⁹) *Ídem*, pp. 31-32.

Por ende, “la responsabilidad que tenga el empleador frente a un accidente de trabajo o enfermedad profesional es contractual¹⁵⁰⁰”.

En sentido análogo, Morales Corrales señala que “las acciones que otorga el Derecho civil para obtener la indemnización por perjuicios son las de responsabilidad, en sus dos vertientes: la responsabilidad contractual o la responsabilidad extra contractual. La responsabilidad tiene carácter contractual cuando deriva de la inejecución de una obligación creada por un contrato, y es de carácter extracontractual cuando se origina en la violación de un deber impuesto por la ley. En el primer caso, la fuente de la obligación de indemnizar es el contrato; en el segundo la fuente de la obligación es la ley¹⁵⁰¹”. Así pues, “en el caso de un contrato de trabajo, el cual, como ya hemos visto, impone obligaciones a ambas partes de la relación contractual, es decir, tanto al trabajador como al empleador, este último se encuentra obligado a financiar el seguro de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de sus trabajadores, por lo cual la responsabilidad del empleador tiene carácter contractual y está regida por el Título IX del Libro VI del Código Civil sobre "Inejecución de Obligaciones¹⁵⁰²".

Teniendo en cuenta el desarrollo jurisprudencial y doctrinario, es posible concluir que la experiencia peruana ha atestiguado un giro de la responsabilidad por riesgo profesional (la cual formaba parte de la tutela aquiliana, según pudimos ver) a la actual responsabilidad contractual del empleador. El elemento común de uno y otro momento fue la imposición de un deber de cautela de la esfera del trabajador, en un primer estadio vinculado con la teoría del riesgo profesional, en gran medida por influencia francesa, y en un segundo estadio concebido desde la óptica del deber contractual, añadiendo así al contrato un “principio de prevención” que, por más conciliable que parezca con los criterios constitucionales, no resulta tributario del binomio *contrato=prestación*.

(¹⁵⁰⁰) Ídem, p. 32.

(¹⁵⁰¹) **MORALES CORRALES, Pedro.** *Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.* En: Revista Peruana de Derecho de la Empresa, *núm.* 59, 2005, pp. 76-77.

(¹⁵⁰²) Ídem, p. 77.

1.3.3. Otra línea de continuidad en la experiencia nacional ocurría en ocasión del transporte ferroviario, en donde la seguridad seguía ocupando un lugar relevante.

Así pues, conforme al art. 129 del D.S. N° 032-2005-MTC (Reglamento Nacional de Ferrocarriles), por el contrato de transporte ferroviario público de pasajeros “el Operador Ferroviario se obliga a transportar al pasajero, a cambio del pago del boleto de viaje así como a prestar el servicio con puntualidad, seguridad y con las comodidades de la clase correspondiente al servicio contratado. La emisión del boleto y su adquisición por el pasajero representa la aceptación y sometimiento por ambas partes a los términos del contrato”.

De ahí que el art. 128 del Reglamento Nacional de Ferrocarriles disponga, como obligación y responsabilidad de los operadores ferroviarios, “mantener los trenes en condiciones técnicas que garanticen la seguridad de los pasajeros” (literal a), al punto que incluso, según el art. 132, estos no están obligados a transportar a personas que por su estado de salud puedan poner en riesgo la salud de los demás pasajeros (incluido la del propio pasajero con problemas de salud). En un sentido análogo, los pasajeros estaban obligados a “r) No romper, dañar o destruir cualquier objeto propiedad de la empresa”.

Con el bagaje de lo hasta ahora estudiado, ¿qué tipo de intereses cautela el D.S. N° 032-2005-MTC? Queda claro que estos no se deducen en un “simple” transporte de un lugar a otro; al contrario, la norma impone un deber de cuidar la integridad ajena, tanto en lo que corresponde al aspecto personal (en beneficio de la seguridad de los pasajeros), como en lo patrimonial (patrimonio del transportista ferroviario).

Más tarde, la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, reconocería que el Estado “procura (...) el cuidado de la salud y la seguridad de las personas” (numeral 3), y el D.S. N° 039-2010-MTC enfatizaría la necesidad de la organización ferroviaria cuente “con un servicio de seguridad y vigilancia las 24 (veinticuatro) horas del día, para vigilar y proteger todas las áreas de servicio y dependencias operacionales de la organización, especialmente estaciones, subestaciones,

vías férreas, patios, talleres, material rodante y centro de control operacional, interviniendo en: a) La seguridad del público (art. 32.7).

Finalmente, la protección conferida no tenía únicamente como destinataria a los pasajeros, sino a los propios trabajadores de las empresas ferroviarias, según lo dispone el art. 32.6 del D.S. N° 039-2010-MTC.

Sin ánimos de abarcar todos los escenarios posibles, estos son algunos ejemplos en donde la normativa peruana especial incorpora en el contrato una función de protección particular y ajena a la teoría general que del mismo se recoge en el Libro VII (Sección Primera), así como a la que concierne a las obligaciones (Libro VI), precisándose una lectura que explique ambos fenómenos que visto en perspectiva parecieran contradictorios.

1.4. El estudio de los contratos y la normativa especial nos ha permitido confirmar una línea de continuidad con nuestra experiencia anterior, toda vez que los deberes de cuidado impuestos a una de las partes de estos contratos fueron consecuencia de lo siguiente:

a) La opción de los codificadores del Código Civil de 1984 de reconocer un deber que no se deducía en la prestación debida (ni se justificaba en el interés de prestación) y que tampoco podía ser identificado en las demás posiciones jurídicas de la relación de obligación;

b) La adhesión a establecer un deber de cuidado (en el ideario nacional legislativo) en ciertas actividades (trabajo y transporte por ferrocarril, por ejemplo) que al representar ahora regla de derecho (modificadas y mejoradas en el transcurso de los años hasta la actualidad), fueron en su momento respuesta a un conflicto en sede nacional entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, no advertible más -vale afirmarlo- luego de promulgado el Código Civil de 1984.

En uno u otro caso, lo cierto es que la tutela que se buscaba conferir seguía presentando el carácter típico (vinculado a contratos específicos) y legal (el mandato era de fuente legal, sea el Código Civil de 1984 o las normas especiales).

Esta inalterable circunstancia que rigió la experiencia jurídica peruana por muchos años, se vería finalmente contrapuesta con los arts. 1726 y 1727, los cuales marcarán el ingreso a una nueva etapa y redefinirán los términos del debate.

El caso del hospedaje que se planteó líneas atrás resultaba extensible también a otros supuestos, básicamente a los contenidos en los arts. 1726 y 1727.

Según el art. 1726, “el servicio adicional de establecimiento de vehículos o similares, se rige por los artículos 1713 a 1725, en cuanto sean aplicables”. Por su parte, el art. 1727 plantea que “las disposiciones de los artículos 1713 a 1725 comprenden a los hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, en lo que les sean aplicables”.

Con relación al primero, un sector de la doctrina señalaba que “en determinados establecimientos públicos el hospedante no sólo proporciona habitación y alimentos, sino también estacionamiento de vehículos y otros servicios similares. Partiendo de esta realidad se ha incorporado este precepto que es remisorio a las obligaciones que debe cumplir el hospedante frente a los huéspedes, pero en cuanto sean aplicables¹⁵⁰³”.

La disposición del art. 1726 fue aclarada con la Ley N° 29461 de 2009, en tanto que reconoce el estacionamiento no solo como actividad complementaria (sentido del art. 1726), sino también (y principalmente) como actividad principal, estableciendo en este escenario una obligación de cuidado de parte del titular del servicio (art. 4 inc. f. y art. 6.1. a.) , e indicando además que en lo que respecta a los bienes que se encuentran dentro del vehículo, la responsabilidad por su pérdida es asumida por el titular del establecimiento “si se le hubiera informado sobre los mismos y hubiera asumido los deberes de vigilancia y custodia, sin perjuicio de la existencia de dolo o culpa inexcusable” (art. 6.1) .

A propósito del art. 1727, Arias Schreiber y Cárdenas Quirós comentan que “se ha considerado el caso de los denominados “lugares o cosas asimilados” (sic), que no son iguales a los de los hoteles,

(1503) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 III... *óp. cit.*; p. 33.

posadas y análogos, pero en los que también pueden entregarse bienes en custodia o introducirse efectos de uso común. Queda librado al criterio del juzgador la aplicación de las normas del Título, pues la naturaleza de tales lugares o de los medios de transporte mencionados impuso la dación de una regla flexible y adaptable, por ende, a los hechos según como se presenten, de donde se explica la parte final del artículo 1727¹⁵⁰⁴”.

Estos artículos no suponen mimetizar el régimen del contrato de hospedaje a las actividades descritas en ellos. Al contrario, importa extender una característica del hospedaje a dichas actividades: la cautela de los bienes patrimoniales de una de las partes mediante el recurso de la *diligentia in custodiendo*.

¿Qué significa ello?

Anticipado que el recurso al depósito como alternativa normativa capaz de promover el cuidado de los bienes patrimoniales no pasaba de ser una ficción establecida en base a una política del codificador tendente a integrar el contenido de la relación de obligación contractual a partir de la imposición de un deber concreto de cuidado, e incapaz aquél también de materializar tal propósito a partir de otra figura jurídica que no fuera el depósito (en línea con sus antecesores), los arts. 1726 (aunque más claramente a partir de la Ley N° 29461) y 1727 aparecen en el escenario nacional como una innovación respecto de lo que fue el Código Civil de 1936, básicamente porque reconoce que en las demás actividades enunciadas en tales dispositivos, una de las partes (ya sea los titulares de los estacionamientos, hospitales, clínicas, restaurantes, clubes o de transporte vía nave o aeronave, entre otros) debe velar por la seguridad y protección de los bienes patrimoniales de la otra¹⁵⁰⁵.

Si la norma del hospedaje presume la existencia de un interés de protección de parte del huésped, los arts. 1726 y 1727 extienden esta suposición a las demás actividades arriba señaladas,

⁽¹⁵⁰⁴⁾ Ídem, p. 34.

⁽¹⁵⁰⁵⁾ En materia de estacionamiento, y en favor de ubicar ahí un «deber de protección», *v.* el amplio trabajo de **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; f. 247 y ss.

identificándolo también entonces en los comensales, pacientes, pasajeros, dueños de autos, entre otros.

Hasta ahí, la tutela que nuestro sistema en clave histórica confirió en forma típica y legal encontraba más supuestos en los cuales ejemplificarse (como el caso del estacionamiento reconocido en el art. 1726 y luego concebido como contrato según la Ley N° 29461). Sin embargo, el caso del art. 1727 fue diferente. En efecto, a diferencia de lo anterior, en este caso la imposición del deber de seguridad (bajo la forma del depósito) siguió antes que un contrato típico (conforme el Código Civil de 1984 o las leyes especiales) diversas actividades especiales incluso no enunciadas expresamente por el legislador.

Esta circunstancia es trascendental por dos razones:

- (i) La tutela contractual de los bienes, en este caso patrimoniales, no se limitaba a ciertos contratos típicos reconocidos en el Código Civil de 1984 o normas especiales, toda vez que las actividades dispuestas no necesariamente eran objeto de contratación mediante dichos tipos; y,
- (ii) Por primera vez, dicha tutela, al no reducirse a un tipo y, ahora, actividad expresamente establecida por el legislador, era también extensible (su función de protección con consecuente reconocimiento de interés de protección y deber en tal sentido) a “similares” actividades, siendo la determinación de esta “regla flexible y adaptable” (Arias Schreiber y Cárdenas Quirós) labor del “juez”. En buena cuenta, una cláusula abierta que significaba un primer indicio de abstracción del tema en nuestro *medio*.

De esta manera, los contratos que involucraban estacionamientos de vehículo, hospitales, clínicas y casas de salud o de reposo, establecimientos comerciales o de espectáculos públicos, balnearios, restaurantes, clubes, naves, aeronaves, coches-cama y similares, se agregaban a los casos específicos de arrendamiento, hospedaje, comodato, mandato, trabajo, transporte vía ferrocarril, estacionamiento como servicio principal (entre los que en esta sede hemos analizado) siendo que en todos ellos aparecía un deber de proteger los bienes patrimoniales de la parte que requirió el servicio,

en los primeros, y del arrendador, huésped, comodatario, mandatario, trabajador, pasajero, y propietario, en los segundos.

Mermada la tipicidad a la que hemos hecho referencia para referirnos a la forma en que se expresa la tutela (en el contrato) de los bienes patrimoniales, en unos casos, y personales, en otros, el carácter legal (Código Civil de 1984) de estas “obligaciones de seguridad” aparece una vez más confirmada, lo cual significa una constante con respecto de nuestra experiencia jurídica anterior.

Teniendo en cuenta lo expuesto, y la compleja evolución que ha experimentado nuestro país sobre este asunto, la contraposición (conceptual) entre las hipótesis de tutela de la integridad (interés de protección) que se evidencia en la parte especial de los contratos y la normativa sectorial frente a la concepción de obligación y contrato (interés de prestación) que cimentó la regulación de los Libros VI y VII (Sección Primera) del Código Civil de 1984, aparece como una circunstancia que por parecer desvinculada de un correcto juicio lógico, precisa su pronta dilucidación, sobre todo si es que se pretende salvarla (la contradicción) a partir de la recepción de la teoría de los *Schutzpflichten* en sede nacional.

II. Es en este punto en donde la tesis de Stoll cobra sentido. En efecto, el «deber de protección», en tanto categoría jurídica que formaría parte del contenido de la relación de obligación, debía servir en la obra de dicho autor como elemento decisorio a la hora de superar el problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales de los *partners* contractuales, pero no solo ello, sino que conviene ahora decirlo: los «deberes de protección» abstraían una circunstancia que el ordenamiento alemán previamente reconocía; esto es, la imposición de un deber de cuidado de la esfera jurídica en ciertos contratos.

Hemos advertido que nuestro sistema reconoce diversas hipótesis donde las disposiciones legislativas ordenan a alguna de las partes contractuales, en los supuestos anteriormente estudiados, a adoptar una conducta determinada que no se identifica en el deber de prestación ni en ninguna otra posición jurídica reconocida por nosotros en esta sede y por ende cautela, consciente o inconscientemente, un interés de protección o seguridad del sujeto favorecido con ello.

Así pues, en la experiencia peruana, el sentido y justificación de afrontar el estudio de la categoría creada por Stoll se deduce a partir de la siguiente interrogante: ¿la categoría de los «deberes de protección» alemana explica y justifica la imposición de dichos deberes de conducta y por tanto complementa dogmáticamente el sistema civil peruano? En buena cuenta, la cuestión es determinar si dicha categoría remedia el problema de disociación entre la parte general de las obligaciones y contratos con la parte especial y otras normas especiales.

Pero todo ello con un agregado, los «deberes de protección» son resultado finalmente de una técnica de estudio que logró abstraer la realidad normativa, básicamente en aquél extremo en donde la teoría trascendió la legislación. Así pues, de resultar afirmativa la cuestión planteada en el párrafo anterior, podremos proceder a juzgar la validez de su constitución como categoría abstracta y genérica como oposición a la *Obligation de sécurité*. De advertir lo contrario, deberemos reformular el asunto en cuestión.

2.1. La vinculación entre la denominada relación obligatoria compleja y los «deberes de protección» parece un lugar común en nuestra doctrina¹⁵⁰⁶.

No obstante, como tuvimos ocasión de precisar, esta “vinculación” requiere una ulterior precisión. De hecho, no estamos acá ante una relación de causa-efecto que conllevaría a que probada la primera resultaría reconocida la segunda, y mucho menos en una en donde solo con la segunda se constituiría la primera.

La experiencia alemana tratada en el Cap. I nos muestra que en realidad ambos fenómenos presentan una evolución independiente, con el condicionante que los «deberes de protección» surgieron en una época en donde la *Schuldverhältnis* se encontraba en estado de ebullición, esencialmente en lo que concernía a su contenido, en un *medio* en donde primaba la tendencia por

(¹⁵⁰⁶) v. **MORENO MORE, César**. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 411 y ss.; **CONTRERAS GRANDA, Vladimir**. *óp. cit.*; *passim*; **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**. *Nota sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante evolución? ... óp. cit.*; p. 44; **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; f. 161.

“descubrir” nuevos fenómenos jurídicos (posiciones jurídicas) capaces de formar parte de aquella dentro de la lógica de «*sistema móvib*» antes advertida.

En otras palabras, los «deberes de protección» fueron en este extremo (mas no únicamente) un intento por dotar a la *Schuldverhältnis* de una posición jurídica adicional capaz de explicar la concesión de una tutela contractual a bienes que *prima facie* no parecían naturales a la relación contractual.

Lo anterior no quita que: (i) el contexto que envolvía la relación de obligación en el seno de la doctrina alemana haya motivado, al lado de tantas otras circunstancias ya estudiadas, la aparición del «deber de protección» (prístinamente en Kress y luego finalmente en Stoll); (ii) la concepción de relación de obligación como «*sistema móvib*» significó el bagaje conceptual que una teoría como la de los *Schutzpflichten* requería para explicarse en forma suficiente y abstracta (en oposición a la *Obligation de sécurité*).

La relevancia de ambas circunstancias a propósito de la teoría capaz de solucionar el problema detectado en sede nacional nos conmina a determinar si una concepción como aquella que observa en la *Schuldverhältnis* un «*sistema móvib*» se instaló o es capaz de instalarse en sede nacional.

Para tal propósito, analizaremos la perspectiva de De La Puente y Lavalle, Castillo Freyre, Forno Flórez, Fernández Cruz, Barchi Velaochaga, Escobar Rozas, Núñez Sáenz, Palacios Martínez, León Hilario, Zamudio Espinal, Morales Hervias y Moreno More.

(i) En una obra de gran trascendencia y que influyó decisivamente en la configuración del Libro VII (Sección Primera) del Código Civil de 1984, De La Puente y Lavalle, a propósito del estudio del “contrato con varias prestaciones”, consideró necesario “revisar, aunque sea panorámicamente, los conceptos de obligación y prestación¹⁵⁰⁷”.

⁽¹⁵⁰⁷⁾ DE LA PUENTE Y LAVALLE. Manuel. Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco, 1983, p. 486.

Según este autor, “(...) debe considerarse como obligación a la relación jurídica (algunos prefieren la expresión “vínculo jurídico” para destacar mejor la diferencia entre el derecho de obligaciones y los demás derechos patrimoniales) establecida entre dos o más personas, en virtud de la cual una o varias de ellas -el deudor o deudores- quedan sujetas al deber de entregar a la otra -el acreedor o los acreedores- una prestación¹⁵⁰⁸”.

Hasta ahí, la noción de obligación en De La Puente y Lavalle sigue fundamentalmente la doctrina del código abrogado. Una diferencia, sin embargo, se exhibe al momento de dotar de un contenido a la relación de obligación. En efecto, como habíamos visto, salvo por Cornejo, el estudio de la obligación por parte de nuestra doctrina se centró exclusivamente por dotar aquél de un concepto antes que por concebir en aquél un contenido capaz de presentar una particular mecánica. Ahora bien, la fórmula contenido = *Schuldverhältnis* alemana no es precisa, sobre todo si es que el “contenido” era identificable únicamente en la prestación debida, como ocurre con De La Puente y Lavalle.

A raíz de la discusión en torno al binomio “objeto de la prestación” y el “objeto de la obligación” (sobre lo cual no hubo claridad en nuestra experiencia previa), nuestro autor plantea que “(...) como se ha dicho anteriormente la obligación establece siempre una relación jurídica entre dos o más personas, de tal manera que el objeto de la obligación no puede ser un bien o un servicio, por cuanto este bien o servicio es el objeto de la prestación y no el objeto de la obligación, la cual, en realidad, no tiene objeto sino contenido¹⁵⁰⁹”.

Dicho esto, “me inclino a considerar que el contenido de la obligación es la prestación del deudor¹⁵¹⁰”. En donde esta última aparece como “el comportamiento o conducta que, en interés del acreedor, debe observar el deudor. En tal sentido, puede consistir en un dar, en un hacer o en un no hacer¹⁵¹¹”.

(¹⁵⁰⁸) Ibíd.

(¹⁵⁰⁹) Ídem, p. 487.

(¹⁵¹⁰) Ibíd.

(¹⁵¹¹) Ibíd.

En buena cuenta, la relación de obligación giraba en torno al deber de prestación¹⁵¹², siendo reductible en esta posición jurídica su contenido *strictu sensu*, y por tanto, la construcción dogmática se ceñía exclusivamente en el interés de prestación del acreedor de la “obligación”.

(ii) Gran parte de la obra de Castillo Freyre ha sido elaborada conjuntamente con Osterling, por lo que resulta difícil no extender nuestras impresiones de uno sobre el otro. De hecho, esa debe ser la regla para este caso, incluso cuando advertimos un artículo titulado *Sobre las obligaciones y su clasificación* (2014) en la que Castillo Freyre aparece como único autor y un libro denominado *Derecho de las obligaciones* (2017) en la misma sintonía.

En efecto, si nos enfocamos en el primer trabajo, al principio se hace una advertencia en el sentido que este “se basa en la obra Tratado de Derecho de las Obligaciones escrita por el doctor Felipe Osterling Parodi, en coautoría con Mario Castillo Freyre¹⁵¹³”. ¿Hasta qué punto ello es así?

Según Castillo Freyre, “la obligación se asemeja a una situación bipolar que se encuentra conformada por el deudor y por el acreedor. El acreedor es el titular de un derecho subjetivo (derecho al crédito) que le faculta para exigir al deudor lo que por este es debido (prestación). Asimismo, en caso de incumplimiento, el acreedor está investido de una serie de facultades para defender sus intereses. El deudor es el sujeto de un deber jurídico que le impone la observancia de un comportamiento debido y, en caso contrario, deberá soportar las consecuencias de su falta¹⁵¹⁴”.

La sola referencia a “situación bipolar” resulta ambigua; se precisa sin duda atribuir a aquella un significado jurídico. Para nosotros, dicha expresión representa el *vinculum iuris* que se establece entre el deudor y el acreedor. Ello se ve confirmado tanto por la connotación que se busca dar al concepto formulado a partir de la doctrina referida¹⁵¹⁵, como por la relación que se presenta entre la perspectiva acá planteada y aquella expuesta en su *opera prima* (en coautoría con Osterling). Y si se atiende a esta última, no tardaremos en advertir que la expresión objeto de comentario, en tanto

(¹⁵¹²) Ídem, p. 489.

(¹⁵¹³) **CASTILLO FREYRE, Mario**. *Sobre las obligaciones y su clasificación*. En: *Themis*, núm. 66, 2014, p. 209.

(¹⁵¹⁴) Ídem, p. 211.

(¹⁵¹⁵) Ídem, p. 210.

vinculum iuris, también era concebida en Castillo Freyre como relación jurídica, básicamente en aquel punto que importa “ligar” o “atar” a los sujetos *in obligatione*.

Si se trae a colación la postura de Osterling tratada previamente, se comprenderá que entre ambos, más allá de la evidente coautoría de su *Tratado*, existe una similitud teórica, construida en gran parte por la influencia dogmática recibida.

Esta realidad se verá una vez más confirmada en el segundo trabajo al que hemos hecho mención, desde que ahí se señalará que “la obligación es un vínculo jurídico abstracto en virtud del cual una parte, denominada deudor, se compromete a ejecutar una prestación de contenido patrimonial en favor de otra, denominada acreedor, pudiendo esta última exigir su cumplimiento o, en su defecto, la indemnización que corresponda¹⁵¹⁶”.

Si lo anterior no es suficiente, la posición de nuestro autor quedará totalmente dilucidada a raíz de la publicación de un ensayo que tiene por objeto el comentario del Nuevo Código Civil y Comercial argentino.

En línea con quien otrora fue el autor del Libro V del Código Civil de 1936, se mostró en contra de que el Nuevo Código Civil y Comercial argentino contenga un artículo como el 724 en el que se defina la “obligación”. A pesar de dicha circunstancia, confiesa que podría suscribir el concepto¹⁵¹⁷ *ex art. 724* según el cual:

“La obligación es una relación jurídica en virtud de la cual el acreedor tiene el derecho a exigir del deudor una prestación destinada a satisfacer un interés lícito y, ante el incumplimiento, a obtener forzosamente la satisfacción de dicho interés”.

Más allá de sus críticas a la exigibilidad de la “obligación” (innecesario dado su unívoca aceptación)¹⁵¹⁸, la ejecución forzada sobre el resarcimiento¹⁵¹⁹, el singular que no contiene el plural en

⁽¹⁵¹⁶⁾ **CASTILLO FREYRE, Mario.** Derecho de las obligaciones. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Colección Lo Esencial del Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2017, p. 19.

⁽¹⁵¹⁷⁾ **CASTILLO FREYRE, Mario.** *Algunas consideraciones generales sobre el Nuevo Código Civil y Comercial argentino y en especial sobre el derecho de obligaciones.* En: YachaQ Revista de Derecho, núm. 8, 2017, p. 83.

⁽¹⁵¹⁸⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁵¹⁹⁾ *Ídem*, p. 84.

los términos “acreedor”, “deudor” y “prestación”¹⁵²⁰, lo cierto es que nuestro autor comparte la lógica que subyace a dicho art. 724; esto es, la obligación como relación, más propiamente, “relación jurídica”.

La abstracción que significa esta última categoría no es capaz de transformar aquella otra categoría que es la “obligación”, máxime porque como tuvimos ocasión de señalar cuando estudiamos la obra de Osterling, la ausencia de una “estructura” que se constituya en el seno de esta y la presencia consecuente de elementos disociados incapaces de formar parte de un contenido, significa que esta definición de obligación disimulaba la *obligatio* bajo la apariencia de la *Rechtsverhältnis*.

Vale ahora recalcar que en esta última no se agotaba la connotación alemana del *Schuldrecht*.

(iii) Un autor cuya mayor e importante producción bibliográfica se centró en el estudio del contrato en general, también dedicó algunas palabras a esta materia, aunque en forma fragmentaria, a lo largo de sus escritos, como veremos a continuación.

En 1987, Forno Flórez, a raíz de la cuestión sobre si el derecho de resolución era susceptible de ser transferido como consecuencia de una cesión de créditos, comenzó distinguiendo la “relación contractual” de la “relación obligatoria”¹⁵²¹. A su criterio, la primera es una “relación más completa” que la segunda, toda vez que en aquella existen otros elementos diferentes de los “créditos” y “deudas” que aunque actúen sobre estos, son distintos e independientes¹⁵²².

Como parte de dichos “elementos”, nuestro autor ubica a los derechos potestativos, y entre estos al de resolución, el cual tiene como característica la imposibilidad de separarlo de la relación contractual de la cual nace¹⁵²³.

Por supuesto que todo ello en el plano de la relación contractual. No obstante, siendo ello así, quedaba la duda sobre la connotación de la relación obligatoria en la perspectiva de este autor. La

(1520) *Ibíd.*

(1521) **FORNO FLÓREZ, Hugo.** “Resolución por incumplimiento”... *óp. cit.*; p. 105.

(1522) *Ídem*, pp. 105-106.

(1523) *Ídem*, p. 106.

respuesta a ello, al menos atendiendo a su primer escrito, era la relación deuda-crédito. En seguida pasaremos a corroborar esta hipótesis.

Como parte del estudio de la promesa del hecho ajeno, Forno Flórez se aboca al análisis, aunque sucinto, de la *Relación jurídica y obligación*. Según este autor “para proteger un interés de modo que pueda obtenerse su satisfacción mediante la actuación de la cooperación ajena, el ordenamiento reconoce una situación que le permite obtener un cierto provecho (jurídico), una ventaja a su titular; y establece en otro sujeto (que es aquél cuya cooperación compromete para satisfacer tal interés) una situación de desventaja correlativa¹⁵²⁴”. Correspondería en esa lógica a la relación jurídica “coordinar o estructurar¹⁵²⁵” “la situación jurídica subjetiva de ventaja de una persona (a la que por eso se denomina sujeto activo) y la situación jurídica subjetiva de desventaja de otra (a la que se suele llamar sujeto pasivo)¹⁵²⁶”.

Para este autor, “el tipo de cooperación que se requiere depende ciertamente del tipo de interés que pretende satisfacer y del modo en que éste puede ser satisfecho en la práctica, complementando con un apropiado mecanismo de tutela jurídica que habrá de establecerse en función del tiempo, del lugar, del sistema político imperante y de los valores y principios arraigados en la comunidad social de que se trate, de los cuales el legislador ha de ser fiel intérprete. Tipo de cooperación y consecuentes medidas de protección son por tanto dos aspectos claves que determinan la diferente estructuración de las relaciones jurídicas¹⁵²⁷”.

Ahora, es dentro del ámbito patrimonial (reconociéndose por ende la existencia de uno no patrimonial) en donde Forno Flórez ubica la relación jurídica de obligación, aunque no de forma excluyente, sino como una más¹⁵²⁸. Entre estas últimas, se ubicaría *p.e.* aquella que se conformaría entre el derecho potestativo (lado activo) y el estado de sujeción (lado pasivo)¹⁵²⁹. La diferencia para

(1524) **FORNO FLÓREZ, Hugo.** “Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno”. En: AA.VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*. Lima: Grijley, 2004, p. 526.

(1525) *Ibíd.*

(1526) *Ibíd.*

(1527) *Ibíd.*

(1528) *Ibíd.*

(1529) *Ídem*, p. 527.

este autor, sin embargo, radica en que en este último tipo de relaciones, si bien se requiere de la cooperación ajena (la del sujeto ajeno), esta no adopta la forma de una conducta sino la de simple tolerancia del sujeto pasivo respecto de una alteración en su esfera jurídica que el sujeto activo produce directamente¹⁵³⁰. En la medida que la conducta del sujeto pasivo no es necesaria, los mecanismos de protección no se orientan a la actuación de una conducta sino al reconocimiento de los efectos jurídicos deseados¹⁵³¹.

En lo que refiere a la obligación en su conjunto (a la que Forno Flórez llama “relación de obligación” para distinguirla del simple lado pasivo de ella), este autor indica que presenta una estructura propia que la diferencia tanto de la relación poder o potestad-sujeción como de toda otra relación jurídica. Y, sin ánimo de involucrarse directamente en torno a la discusión sobre su concepto y estudio, propuso que la relación (jurídica y patrimonial) de obligación establece en el sujeto pasivo el deber de ejecutar una prestación en interés del sujeto activo, que puede pretenderla¹⁵³².

Así pues, para tener “una más acabada idea de la estructura de la relación de obligación conviene puntualizar que el deber del sujeto pasivo (deudor) y la pretensión del sujeto activo (acreedor) recaen siempre en una prestación (como una conducta, comportamiento o actividad que debe desplegar el deudor como mecanismo de satisfacción del interés del acreedor). En este caso, la cooperación sí adopta la forma de una conducta o actividad que necesariamente debe desplegar el sujeto pasivo en interés del sujeto activo y, por lo tanto, los mecanismos de protección deben ser adecuados a este tipo de cooperación que es cualitativamente diferente que el tipo de cooperación que se necesita en las relaciones de poder-sujeción¹⁵³³. Dicho esto, lo que caracteriza a la relación de obligación “es un deber de conducta, la necesidad de un comportamiento que satisface el interés del acreedor¹⁵³⁴”.

(1530) Ibíd.

(1531) Ibíd.

(1532) Ídem, p. 528.

(1533) Ídem, p. 529.

(1534) Ídem, p. 530.

Por supuesto que ese comportamiento era el deber de prestación (*Leistungspflicht*). Y si bien hasta ese punto la obligación aparecía reducida en dicha conducta, lo cierto es que según Forno Flórez “la relación de obligación es ciertamente más compleja que como se aprecia de la simple definición que se ha dado de hecho contiene una serie de aspectos más, algunos de los cuales que pueden ser incluso instrumentales, como el deber de buena fe y otros que pueden considerarse accesorios (deberes de custodia, de protección, de cooperación, etc.)¹⁵³⁵”.

Sobre la posición de este autor cabe hacer dos precisiones:

a) En primer lugar, nuestro autor concebía a la relación obligatoria bajo el binomio deuda-crédito. Esta relación que aparecía como relación jurídica patrimonial era una más de otras, de manera que en igual modo se presentaban otras relaciones como el poder (derecho potestativo) – sujeción. La cuestión entonces pasa por determinar cómo se vinculan ambas relaciones.

La primera pista de ello se haya en la distinción que formula entre la relación obligatoria y la relación contractual. Esta distinción se sustenta en un precepto: la obligación es la relación deuda-crédito que gira en torno a la prestación. El problema es que esta perspectiva no explica las diversas posiciones jurídicas que en la ejecución de la relación de obligación se actúan. Así, la “relación contractual”, en tanto fenómeno más “amplio”, explicaría ello por el hecho de contener en su seno posiciones jurídicas que no se ceñían en la relación deuda-crédito. Si la relación obligatoria no se limitaba a este último binomio, como afirmamos ya previamente en el Cap. I, la distinción entre ambos desaparecía, y así lo sospechó nuestro autor cuando luego indicara que la relación de obligación era más amplia de la que su definición comprendía.

Luego, una lectura sistemática de la posición del autor, nos muestra que las posiciones jurídicas contenidas en la relación contractual se vinculan unas con otras, como el derecho potestativo y sujeción. Este vínculo, distinto al obligatorio si por ello se concebía una simple relación debito-crédito, se comprendería dentro de aquél que Forno Flórez concebía como “contractual” o amplio.

(¹⁵³⁵) Ídem, p. 528 (nt. 23).

De esta manera, uno y otro estarían vinculados por configurar la parte y el todo, o lo que es lo mismo, vínculo complejo frente a vínculo simple.

b) Sin embargo, la obligación, que en puridad aparecía como deuda-crédito y en extensión era capaz de sobrepasar dicha relación, no encontraba en la posición de nuestro autor una auténtica configuración. En efecto, esta última, sin bien más amplia, se distinguía por el mero hecho de contener más posiciones jurídicas que la tradicional *obligatio* y que a su criterio se caracterizaba por su “instrumentalidad”, máxime porque su criterio atendía sobre todo a los deberes accesorios, aunque no reducible en aquellos, claro está.

El problema es que Forno Flórez, bajo la influencia de un sector de la doctrina italiana (*p.e.* Betti y Giorgianni), solo se limitó a mencionar lo que a su parecer serían ejemplos de deberes accesorios como la custodia, protección o cooperación; no obstante ser esto consecuencia más de una recepción poco crítica (en gran parte porque no era su objeto de estudio) que resultado de un intento por teorizar sobre aquellos. Esto explica porqué nuestro autor no reparó que la referencia a “deberes accesorios” no congeniaba con la noción alemana más allá de la remisión al carácter instrumental de estos.

En otras palabras, lo que aparece es un divorcio entre deberes accesorios y prestación que exhibe además una circunstancia bastante particular: la capacidad por disociar la expresión “deberes accesorios” de los *Nebenflichten* alemán.

Sobre lo último, el terreno estaba preparado para construir sobre aquél una idea que no necesariamente se emparente con la experiencia alemana, como veremos luego.

Para finalizar, la perspectiva de Forno Flórez, en ausencia de un trabajo que tenga por objeto el solo estudio de la relación de obligación, resultaba más afín a Cornejo que a sus predecesores, sin que ello signifique que este veía en aquella relación el «*sistema móvib*» al que nos referimos antes. La explicación de ello, sin duda, debe ubicarse en su influencia doctrinaria, la cual, ciertamente definió el futuro de nuestros demás autores.

(iv) Como parte de una trayectoria dedicada principalmente al campo de las obligaciones y la responsabilidad civil, Fernández Cruz, nos presenta su posición sobre el particular básicamente en dos trabajos, el primero de 1994¹⁵³⁶, luego publicado con otro título en 2012¹⁵³⁷, y el segundo de 2004¹⁵³⁸, publicado también al año siguiente¹⁵³⁹. El primero contendrá, además de su definición, las bases y postulados sobre los que construirá su postura, y el segundo, teniendo como eje la responsabilidad *ex contractu*, supondrá el complemento de su posición, a nuestro criterio, conforme veremos a continuación.

Luego de una concisa y detallada exposición, Fernández Cruz encuentra en las “vinculaciones intersubjetivas concretas de cooperación¹⁵⁴⁰” lo que él denomina “concepto técnico¹⁵⁴¹” de relación jurídica, la cual se entiende como “nexo jurídico que une entre sí a sujetos de derecho¹⁵⁴²” “(…) para la realización de una función económica o social, sea esta patrimonial o no, dirigida a la tutela de intereses que han merecido juridicidad por el orden jurídico positivo¹⁵⁴³”.

Según este autor, la “falta de ciertos bienes de contenido económico postulará otro tipo de vinculaciones intersubjetivas concretas de cooperación: la relación jurídico-obligatoria u obligación¹⁵⁴⁴”. Dado que la relación jurídica es capaz de presentar “una estructura simple o compleja¹⁵⁴⁵”, Fernández Cruz no tarda en advertir en la relación jurídica-obligatoria (patrimonial, *strictu sensu*) una estructura compleja “englobante de otra u otras relaciones jurídicas simples llamada(s) vínculo(s) jurídico(s), que establecida(s) entre dos o más sujetos de derecho, está(n) dirigida(s) a que alguno de ellos «obtenga determinados bienes o servicios mediante la cooperación de la otra o al

(1536) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto.* En: *Themis*, núm. 27-28, 1994, p. 41 y ss.

(1537) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “La obligación”. En: AA.VV. De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2012, p. 19 y ss.

(1538) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las relaciones obligatorias”. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004, p. 585 y ss.

(1539) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias.* En: *Advocatus*, núm. 13, 2005, p. 143 y ss.

(1540) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “La obligación”... *óp. cit.*; p. 26.

(1541) *Ibíd.*

(1542) *Ibíd.*

(1543) *Ídem*, p. 27.

(1544) *Ídem*, p. 26.

(1545) *Ibíd.*

intercambio de dichos bienes y servicios mediante una recíproca cooperación»¹⁵⁴⁶”. En desmedro de las relaciones jurídicas “simples” (las que presentan una estructura única de correlación de dos situaciones jurídicas antitéticas de deber y poder¹⁵⁴⁷), la “obligación” aparecía como una relación jurídica compleja “de orden superior¹⁵⁴⁸”, la cual presenta así “una estructura orgánica, comprendiendo no una sino varias relaciones jurídicas de orden inferior que correlacionan situaciones de deber y poder¹⁵⁴⁹”.

Concluye nuestro autor afirmando que “dentro de este espectro, la obligación será una específica relación jurídica patrimonial de naturaleza compleja¹⁵⁵⁰”.

De un modo u otro, en la óptica de este autor, la relación obligatoria girará en torno al deber de prestación y a la satisfacción de una utilidad.

Ahora bien, planteado así el asunto, y a fin de superar la discusión en torno a *l'obligation de moyen et l'obligation de résultat*, Fernández Cruz plantea la existencia de una “conducta de prestación” y otra “conducta de protección a la obligación”¹⁵⁵¹ como parte de la relación jurídica obligatoria. A su criterio, el primero es “la conducta exigida al deudor como modo de cumplimiento¹⁵⁵²”, en donde la realización del deber central se define a partir de la satisfacción del interés ajeno¹⁵⁵³, y el segundo es “el esfuerzo exigido al deudor para superar los obstáculos al cumplimiento¹⁵⁵⁴”, o lo que es lo mismo, “la conducta de colaboración y diligencia exigidas al deudor como deberes accesorios¹⁵⁵⁵”.

En este punto entonces la prestación debida aparece en forma de “deber central”, encontrándose ligada a esta la presencia de unos “deberes accesorios”. Los *Nebenpflichten* alemán que

(1546) *Ibíd.* El autor ubica el “postulado fáctico” de esta relación jurídica en “la necesidad de satisfacción de los hombres que, ante la carencia de ciertos bienes en su esfera patrimonial o personal, los lleva a adquirirlos de otros”.

(1547) *Ídem*, p. 27.

(1548) *Ibíd.*

(1549) *Ibíd.*

(1550) *Ibíd.* En otro trabajo, nuestro autor adscribirá la (así denominada) “visión compleja” al “vínculo jurídico”, *v. FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón*. “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”. En: AA.VV. *Derecho Civil Patrimonial*. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997, pp. 268-269.

(1551) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “La obligación”... *óp. cit.*; p. 32.

(1552) *Ibíd.*

(1553) *Ibíd.*

(1554) *Ibíd.*

(1555) *Ibíd.*

por definición imponen una conducta específica a cargo del deudor en beneficio de la consecución del deber central o primario de prestación adoptan una connotación particular en el discurso de nuestro autor cuando se dice que son el esfuerzo impuesto en aras de superar los obstáculos al cumplimiento. En este último aspecto, el deber accesorio de Fernández Cruz se aleja de su esencia alemana para acercarse a la noción de diligencia, como se verá con más detalle.

Este autor plantea que las utilidades comprometidas en el deber de prestación pueden ser “materiales” o “inmateriales”¹⁵⁵⁶. En las materiales (dar, hacer que deviene en un dar, etc.) el denominado por nuestro autor “deber accesorio de protección” o diligencia impuesto importa que el sujeto obligado realice todo lo que esté a su alcance para evitar que causas ajenas a él le impidan cumplir, salvo que lo venzan (causa no imputable)¹⁵⁵⁷. En otras palabras, el deber accesorio denominado de “protección” (sin que el empleo de este término pretenda evocar *strictu sensu* su connotación alemana) o “diligencia” supone el esfuerzo del deudor por superar los obstáculos al cumplimiento hasta el límite de la causa no imputable.

Más allá de encontrarnos ante una utilidad material, la existencia del “deber accesorio de protección o diligencia” no se encuentra superpuesta ni pensada¹⁵⁵⁸ en el propio deber de prestación en la óptica de Fernández Cruz, al contrario, aparece en forma autónoma, de modo que es posible advertir que en la construcción de su “deber accesorio”, nuestro autor, en este primer trabajo, disocia de dicha expresión su rol coadyuvante (sistema alemán) en el cumplimiento del deber principal (Cap. I) para asociarlo al comportamiento que se exige al deudor para superar los obstáculos (estos resultarían para nosotros aquellos capaces de provocar el *casus*) que compromete (en estricto) la realización del deber primario de prestación, y en la tesis de nuestro autor, la utilidad comprometida.

Por ello poco clara resulta la frase: “todo esto es cierto si los deberes de protección del deudor están conectados con el deber de prestación; esto es, que se trate del tipo de deberes de protección

⁽¹⁵⁵⁶⁾ Ibíd.

⁽¹⁵⁵⁷⁾ Ibíd.

⁽¹⁵⁵⁸⁾ Ídem, p. 34.

que coadyuvan a la realización del deber central¹⁵⁵⁹”. Trayendo a colación lo explicado, Fernández Cruz se está refiriendo indudablemente a los deberes accesorios, pero aunque acá pareciera vincular su definición a la experiencia alemana (cuestión que sí ocurrirá en su segundo trabajo, como veremos luego), lo cierto es que su discurso no lleva a dicha conclusión. Lo que si queda claro es que en este autor la diligencia deja de ser la antítesis de la culpa, pero sobre todo para nuestro propósito, aparece como un “deber” impuesto por la propia noción de obligación¹⁵⁶⁰.

Resta indicar que el “deber accesorio de protección o diligencia” no varía sustancialmente cuando la utilidad comprometida con el deber de prestación es “inmaterial” (obligación de puro hacer o de no hacer, por ejemplo)¹⁵⁶¹, dado que este impone al deudor “que realice todo lo necesario para evitar que causas ajenas a él le impidan cumplir¹⁵⁶²”. Hay una particularidad, “si la utilidad depende de la forma en la que el deudor ejecuta la prestación (en tanto esta es resultado estricto de su obrar o abstención), el deber accesorio de protección le exige un mayor grado de colaboración: debe vigilar no solo que causas ajenas a él no le impidan cumplir, sino también el desenvolvimiento de su propia conducta, pues ella es la que le da al acreedor el resultado inmaterial esperado¹⁵⁶³”.

Resulta ahora evidente aquello que adelantamos parcialmente: la autonomía del deber de protección o diligencia respecto del deber central en la construcción de Fernández Cruz (o lo que es lo mismo, no ubicar el deber de diligencia en el ámbito de la prestación¹⁵⁶⁴) “contesta a la argumentación de la ausencia de culpa como supuesto que exonera de responsabilidad¹⁵⁶⁵”. Escindida la *diligentia* de su rol tradicional (responsabilidad subjetiva y por tanto medida de la conducta *in obligatione* o de prestación), esta se coloca en el discurso de nuestro autor como un auténtico deber de conducta *lato sensu* (para evitar que se obstaculice, o ahora llamémosle, imposibilite el deber de prestación), el cual se ubicaría al lado del deber central. Por ello, luego Fernández Cruz afirmará que

(¹⁵⁵⁹) Ídem, p. 33. En igual sentido, en un escrito posterior, **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”... *óp. cit.*; p. 270.

(¹⁵⁶⁰) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “La obligación”... *óp. cit.*; p. 33.

(¹⁵⁶¹) *Ibíd.*

(¹⁵⁶²) *Ibíd.*

(¹⁵⁶³) *Ibíd.*

(¹⁵⁶⁴) Ídem, p. 34.

(¹⁵⁶⁵) *Ibíd.*

la prueba de la ausencia de culpa (o diligencia en sentido clásico) es una demostración del cumplimiento de la obligación (en realidad, del denominado “deber accesorio de protección”) y no de su incumplimiento (en utilidad material e inmaterial)¹⁵⁶⁶.

En buena cuenta, “el deber accesorio de protección de la obligación o el de diligencia llega hasta el límite de la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable: se responde siempre por el deber asumido, que ha obligado al deudor a proteger la utilidad comprometida en el deber central (de prestación), a no ser que se pruebe la causa no imputable (caso fortuito o fuerza mayor)¹⁵⁶⁷”.

Esta concepción se verá ampliada luego en su segundo trabajo.

En efecto, según Fernández Cruz “pocos han reparado que, al referirse dicho artículo al deber accesorio de diligencia (art. 1314), brinda fundamento legal al acogimiento contractual de los “deberes de protección¹⁵⁶⁸”. Estos últimos por tanto se desligarían connotativamente de lo que representa el “deber de protección” o diligencia como conducta que evita el fortuito en sede contractual, más allá que compartan una misma denominación. Resulta pues en adelante fundamental comprender que los términos empleados por nuestro autor no necesariamente se vinculan con los significados atribuidos en el Derecho Continental, sino a su propia lógica y discurso influenciado por la doctrina italiana.

Así, el “deber de protección” (que se distingue del “deber de protección o diligencia”) se presenta de dos clases:

a) “Los que coadyuvan a la realización del deber central (a la realización del deber primario de prestación), contribuyendo en mayor o menor medida a precisar la forma particular de la ejecución de la prestación debida en función al tipo de utilidad comprometido en el deber de prestación¹⁵⁶⁹”.

⁽¹⁵⁶⁶⁾ Ibíd.

⁽¹⁵⁶⁷⁾ Ibíd.

⁽¹⁵⁶⁸⁾ **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias... óp. cit.*; p. 159. El añadido entre paréntesis es nuestro.

⁽¹⁵⁶⁹⁾ Ibíd.

Esta concepción del “deber de protección” se emparenta más con los *Nebenpflichten* alemán y por tanto se acerca al concepto de “deber accesorio”.

Sin embargo, luego Fernández Cruz manifiesta que estos “deberes de protección” están destinados a tutelar el interés de prestación. Así pues, “al vincularse necesariamente el deber de protección de la obligación con la utilidad comprometida en el deber central, la ejecución de la diligencia debida no puede significar otra cosa que la no presentación de vicisitud alguna en el cumplimiento del deber central, es decir, el cumplimiento de la obligación¹⁵⁷⁰”. O lo que es lo mismo, el lograr que obstáculos no afecten el cumplimiento. El asunto es que si ello es así, esta clase de “deberes de protección” no se distinguiría del denominado “deber accesorio de protección o diligencia” al que referimos previamente.

La situación se complejiza si se atiende a los ejemplos propuestos por Fernández Cruz: “en el transporte, trasladar a los pasajeros a destino sanos y salvos; en las prestaciones médico-quirúrgicas, vigilar el desenvolvimiento de la propia conducta de manera tal que se le procure al paciente la utilidad inmaterial de mejorar su posición de salvamento; etc.¹⁵⁷¹”.

En el primer caso, el transporte *sain et sauf* sobre el cual comentamos líneas atrás y que fue objeto de estudio a propósito de la *Obligation de sécurité*, no es un asunto que verse sobre los deberes accesorios *strictu sensu* sino sobre un deber de conducta que persigue la seguridad de los pasajeros (no un interés de prestación).

Por el contrario, en el caso de las prestaciones médico-quirúrgicas, el ejemplo propuesto versaría no sobre «deberes de protección» (en la connotación de los deberes accesorios alemán), sino respecto de los deberes accesorios de protección o diligencia.

Dicho esto, no logramos apreciar con claridad la posición de nuestro autor en este punto.

(¹⁵⁷⁰) Ibíd.

(¹⁵⁷¹) Ibíd.

b) Por otro lado están los “deberes de protección” “que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la otra parte de la relación¹⁵⁷²”.

Para Fernández Cruz “el artículo 1314 (concordado con el artículo 1362) recoge la protección contractual del respeto a la esfera jurídica del acreedor (deberes de seguridad) recogiendo la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria que no tienen por qué sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación¹⁵⁷³”.

“Empero a diferencia de los deberes de protección que coadyuvan a la realización del deber central, aquí el deber accesorio de diligencia encarnado en un deber de seguridad tutela, no ya el interés de prestación, sino exclusivamente el interés de protección, cuya lesión puede dar también lugar, sin duda, a una responsabilidad contractual¹⁵⁷⁴”.

Y como es lógico, “en esta hipótesis, entonces, el cumplimiento del deber de diligencia no conlleva el cumplimiento del deber central y por lo tanto, no representa una prueba de cumplimiento de la obligación, sino, tan solo la satisfacción de un interés de protección autónomamente considerado en sede contractual¹⁵⁷⁵”.

En esta faceta, el “deber de protección” sí se identifica con aquél alemán. Más adelante, nos centraremos en la validez de esta postura.

Hasta este punto, no cabe duda que el deber accesorio de protección o diligencia capaz de presentarse en más de una forma se vincula funcionalmente con el deber de prestación con el cual no se identifica. Esta situación se complementa además por relaciones jurídicas simples que también aparecerían al interior de la relación de obligación “compleja”. Pero lo que no se precisa en el discurso de nuestro autor es la forma en la que se desenvuelven las diversas posiciones que reconoció en el seno de la obligación; esto es, la faceta interna que provocó el estudio acucioso de la doctrina alemana.

(¹⁵⁷²) Ibíd.

(¹⁵⁷³) Ibíd.

(¹⁵⁷⁴) Ibíd.

(¹⁵⁷⁵) Ibíd.

Así las cosas, de momento basta observar que la “complejidad” que se advierte en el discurso de Fernández Cruz no se emparenta ni mecánicamente ni dinámicamente a la experiencia alemana, de modo que no aparece como el «*sistema móvib*» a partir del cual caracterizamos a dicha relación en el Cap. I.

Cierto es, sin embargo, que su visión de la relación obligatoria se familiariza en parte con la de Forno Flórez (relaciones menores que se ubicarían dentro de una relación superior como la de obligación), pero veremos luego que nuestra doctrina irá perfilando la “complejidad” de la relación a partir del dato de la dogmática germánica.

(v) Luego de un somero repaso por la noción de obligación romana, Barchi Velaochaga dedujo que el término “obligación” implica un “ligamen”¹⁵⁷⁶; dicha unión debía producirse entre dos polos, sin embargo, en aquella definición, solo se ponía el énfasis en el lado pasivo¹⁵⁷⁷. Fue dicho término el que “la doctrina clásica ha utilizado (...)”¹⁵⁷⁸ para referirse a la relación íntegra”.

Teniendo ello en cuenta, este autor manifiesta su preferencia por la denominación “relación obligatoria”, que, siguiendo a Giorgianni, tiene en cuenta “la situación total, esto es, resultante de la posición subordinada del deudor y de la preeminente del acreedor, mientras que las demás denominaciones utilizadas ponen de relieve una sola de las posiciones¹⁵⁷⁹”.

Ahora bien, la relación obligatoria que aparece en la concepción de este autor como “relación jurídica” (o sea, “el vínculo bipolar que relaciona dos situaciones subjetivas heterogéneas¹⁵⁸⁰”), fue concebida luego como la “conexión entre un derecho subjetivo particular, llamado derecho de crédito (lado activo de la relación de obligación) y un deber jurídico singular, denominado obligación (pasivo de la relación)¹⁵⁸¹”.

(1576) **BARCHI VELAOCHAGA, Luciano.** “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”. En: En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004, p. 635.

(1577) *Ibíd.*

(1578) *Ibíd.*

(1579) *Ibíd.*

(1580) *Ibíd.*

(1581) *Ibíd.*

Barchi Velaochaga sostiene que luego dicha relación pasó a ser vista como la interferencia entre dos situaciones jurídicas subjetivas heterogéneas. De esta manera, se “habla de un vínculo entre una situación jurídica de ventaja y una situación jurídica de desventaja. Al sujeto de derecho titular de la situación jurídica de ventaja o situación de crédito se le denomina “acreedor” y al sujeto de derecho titular de la situación jurídica de desventaja o situación deudora u obligación, deudor¹⁵⁸²”.

Así pues, “la correlación entre la situación jurídica activa (crédito) y la situación jurídica pasiva (obligación) es (...) el contenido de la relación jurídica¹⁵⁸³”. Y, partiendo de la distinción formulada por un autor español de la relación contractual y obligatoria, indicará que en esta última el vínculo jurídico será, no la total relación jurídica, sino la simple correlación entre crédito-obligación¹⁵⁸⁴”.

El asunto es que en la perspectiva de este autor, sobre el sujeto de derecho es capaz de ocupar diversas situaciones jurídicas subjetivas, incluso cuando aparece como acreedor¹⁵⁸⁵. Esta premisa lleva a Barchi Velaochaga a adentrarse en lo que denomina “situación jurídica subjetiva acreedora”, ubicando pues en el crédito no solo el derecho a exigir la prestación a cargo del deudor (lo cual sería simplificarlo), sino también una serie de facultades y derechos potestativos, así como cargas de cooperación¹⁵⁸⁶. En el fondo, el titular de la situación de crédito gozaría de todas ellas¹⁵⁸⁷.

Dicho esto, “tenemos claro, hasta aquí, que el crédito es una situación de poder unitaria y objetivada en la cual confluyen un haz de facultades y derechos potestativos; sin embargo, tendríamos una visión parcial si nos limitáramos a este contenido, puesto que también convergen determinadas cargas¹⁵⁸⁸”.

(¹⁵⁸²) Ídem, p. 636.

(¹⁵⁸³) Ídem, p. 637.

(¹⁵⁸⁴) Ibíd.

(¹⁵⁸⁵) Ibíd.

(¹⁵⁸⁶) Ídem, p. 638.

(¹⁵⁸⁷) Ibíd.

(¹⁵⁸⁸) Ídem, p. 639.

Por su parte, en la “situación jurídica subjetiva deudora”, también confluyen un plexo de deberes y facultades bajo el predominio de un deber jurídico o de prestación¹⁵⁸⁹, aunque luego Barchi Velaochaga descarte que en esta posición aparezcan facultades *strictu sensu*.

“Conjuntamente con el deber de prestación existen una serie de deberes accesorios o secundarios: 1) deberes de origen legal como el deber de conservación en las relaciones obligatorias con prestación de dar (primer párrafo del artículo 1134 del Código Civil); 2) deberes de origen convencional; 3) deberes usuales o consuetudinarios; o 4) deberes accesorios autónomos”. Al lado de estos deberes también aparecen derechos potestativos “como por ejemplo la liberación mediante la consignación o la elección tratándose en relaciones obligatorias con prestación de dar cosas inciertas o en las relaciones obligatorias con prestaciones alternativas¹⁵⁹⁰”.

Esta forma de entender la “obligación” permite afirmar a nuestro autor que “la actuación de la relación obligatoria, a través de la cual se logra la satisfacción del interés del acreedor y la liberación del deudor, se realiza con la asunción, por ambas partes, de los comportamientos que les corresponden a sus respectivas situaciones jurídicas¹⁵⁹¹”, siendo que “el ordenamiento jurídico delimita esos comportamientos (...) sujetándolos a las reglas de la buena fe¹⁵⁹²”.

De la posición de Barchi Velaochaga se observan las siguientes cuestiones:

- a) La relación de obligación se deduce en el vínculo que liga dos situaciones jurídicas específicas: el débito y el crédito.
- b) La relación de obligación en estricto gira en torno a la prestación debida, y por ello alcanza una menor dimensión que la relación contractual.
- c) Si en puridad (o en teoría) la obligación es lo anterior, lo cierto es que la “total” relación jurídica no se reduce en las situaciones subjetivas de deuda y crédito, sino que los titulares de aquellas

(¹⁵⁸⁹) Ídem, p. 641.

(¹⁵⁹⁰) Ídem, p. 642.

(¹⁵⁹¹) Ídem, p. 643.

(¹⁵⁹²) *Ibíd.*

son capaces de experimentar otras situaciones jurídicas subjetivas que no adoptan la fisonomía del deber ni de la pretensión como revés del crédito.

d) El acreedor no solo puede exigir el cumplimiento de lo debido, sino también actuar diversas posiciones jurídicas que en su persona se concentrarían, tales como los derechos potestativos, las facultades y las cargas de cooperación.

e) El deudor no solo actúa su deber de prestación, sino que a su lado aparecen diversos deberes accesorios o secundarios, así como la potencialidad de ejercer un derecho potestativo.

f) La actuación de las situaciones jurídicas que se concentran en el acreedor y el deudor es lo que realiza la relación de obligación, y en tanto no se limita a la simple deuda y crédito, expresa una relación mayor o relación contractual.

Si ello es así, ¿es posible decir que en Barchi Velaochaga la “obligación” aparece como relación “compleja” o «*sistema móvib*»?

Hay una cuestión clara. En este autor, la obligación no se identifica en el *vinculum iuris* romano y francés del *Code*. Al contrario, esta categoría se abstrae en su postura, no solo por el hecho de incorporar en su discurso la relación jurídica, sino por una cuestión fundamental, el reconocimiento de la existencia de diversas posiciones jurídicas en el seno de la relación deudor-acreedor.

En este punto nuestro autor se distingue de la óptica de Osterling y se aproxima a Forno Flórez y Fernández Cruz. Sin embargo, a diferencia de ambos, las denominadas por Barchi Velaochaga “situaciones jurídicas subjetivas”, no representaban *per se* (al menos no se señala expresamente lo contrario) micro relaciones jurídicas de orden inferior o simple contenidos en una matriz superior (relación macro), sino que parecían ligadas ante todo a las calidades de “deudor” o “acreedor”. En buena cuenta, tal fue la importancia de destacar la posición de ambos sujetos de la relación obligatoria que restó relevancia a la interacción entre estos y, consecuentemente, sus respectivas posiciones jurídicas.

Advertido lo anterior, es oportuno confesar que para nosotros las posiciones jurídicas ubicadas en el seno de la relación obligatoria no conforman micro relaciones (jurídicas) de orden inferior.

Para comprobar ello basta observar el caso del derecho potestativo. Se suele decir que entre aquél y el estado de sujeción existe una relación jurídica diversa a la obligación. Sin embargo, que el binomio derecho potestativo-estado de sujeción no conforme una relación de obligación no supone que entre ambos exista una relación jurídica ubicable en las entrañas de aquella. En efecto, bien visto el asunto, lo que en un primer momento existe en el contenido de la relación es una específica posición denominada derecho potestativo. Mientras este poder no sea actuado no se puede conformar respecto del sujeto pasivo la relación capaz de justificar la incidencia en la esfera jurídica ajena. Dado que el momento “conformativo” y el efecto parecen ocurrir en un solo momento, se soslaya el primer evento cuando este es el principal rasgo de los poderes formativos *strictu sensu*. Acá se encuentra lo que para nosotros es una confusión.

Lo propio sucede con otras posiciones como la carga de cooperación, los deberes accesorios, secundarios, la excepción, entre otros.

Estas premisas nos llevan a pensar que en el contenido de la relación de obligación no aparecen relaciones menores, sino más bien posiciones jurídicas independientes unas de otras que en algunos casos son actuadas por quien ocupa la posición de deudor y en otros la del acreedor, por lo que antes que ligarse a un sujeto en concreto, se definen (especificándose y asignándose, convencional o legalmente, a cada uno de ellos) a partir de la particular relación obligatoria (o contractual) que surge entre *debitoris* y *creditoris*.

De esta forma, el contenido de la relación obligatoria, aun cuando la forma de aproximarse al fenómeno y describir el mismo sea distinta (a los demás autores y a nosotros, en cierta manera), queda materializado en la óptica de Barchi Velaochaga, si por ello se entiende la capacidad por advertir que las únicas posiciones jurídicas involucradas no se reducen al binomio *deuda-crédito*. Por supuesto que para afirmar lo anterior es imprescindible desligar las demás posiciones jurídicas (referidas también por nosotros en el Cap. I) de los sujetos y ligarlas a la “relación”.

La consecuencia de no advertir lo anterior es decisiva: la imposibilidad de dotar de funcionalidad y sistematización a la relación obligatoria; o lo que es lo mismo, la incapacidad por dotar de un nexo funcional suficiente para armonizar el engranaje que representa la relación de obligación (ahora sí) “compleja”. Las razones de ello fueron ya enunciadas anteriormente, y nos conmina a descartar en la concepción de nuestro autor una obligación como «*sistema móvib*» o la visión alemana en perspectiva.

vi) En principio, en el discurso de Escobar Rozas, la “relación jurídica” ocupa un lugar trascendental por considerarla como “instituto ordenador de la experiencia jurídica¹⁵⁹³”.

Luego de repasar las teorías que sobre ella se han formulado, advierte que esta denota “vinculación jurídicamente reconocida¹⁵⁹⁴”. Así, en un sentido amplio, esta “puede ser tanto aquella que vincula a una persona con otra, como aquella que vincula a una persona con una cosa, a una persona con un lugar etcétera¹⁵⁹⁵”, en donde el atributo de “juridicidad” justifica su naturaleza de relaciones de derecho, por más de no reducirse a un vínculo entre sujetos¹⁵⁹⁶. Esto quiere decir que la noción de relación jurídica no puede reducirse al binomio derecho subjetivo-deber jurídico¹⁵⁹⁷.

Ahora bien, según Escobar Rozas, dado que la relación jurídica “no se instaura únicamente entre personas¹⁵⁹⁸”, es posible distinguir a las relaciones que unen situaciones jurídicas subjetivas (relaciones entre sujetos) de las demás¹⁵⁹⁹. “En efecto, atendiendo a la diversa naturaleza de la composición que las primeras presentan, cabe (...) hablar de “relaciones jurídicas intersubjetivas” para diferenciar de este modo a las relaciones que contienen -en sus dos extremos- situaciones jurídicas intersubjetivas de las que no presentan tal características¹⁶⁰⁰”.

(¹⁵⁹³) **ESCOBAR ROZAS, Freddy.** “Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva”. En: ID. Teoría general del Derecho Civil. 5 ensayos. Lima: Ara Editores, 2002, p. 175.

(¹⁵⁹⁴) Ídem, p. 192.

(¹⁵⁹⁵) Ibíd.

(¹⁵⁹⁶) Ibíd.

(¹⁵⁹⁷) Ídem, p. 194.

(¹⁵⁹⁸) Ídem, p. 196.

(¹⁵⁹⁹) Ídem, p. 197.

(¹⁶⁰⁰) Ibíd.

La “relación jurídica intersubjetiva” será así “aquella que une o conecta dos situaciones jurídicas intersubjetivas -esto es, dos posiciones que el ordenamiento reserva para los sujetos de derecho-, sin que interese si éstas corresponden a una o más personas determinadas o determinables, o a una pluralidad indeterminada de personas¹⁶⁰¹”. O lo que es lo mismo, “vinculación concreta o abstracta en cuyos polos se ubican situaciones jurídicas subjetivas heterogéneas¹⁶⁰²”, en donde la última (abstracta¹⁶⁰³) se da cuando “su función consiste en impedir la perturbación de la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce¹⁶⁰⁴”, y la primera (concreta) “cuando su función consiste en lograr la satisfacción del interés presupuesto por la situación de goce¹⁶⁰⁵”.

A propósito de estas últimas situaciones “heterogéneas”, Escobar Rozas reconoce que “tradicionalmente, se ha sostenido que ellas son el derecho subjetivo, por un lado; y, el deber jurídico, por el otro¹⁶⁰⁶”. Y ello evoca principalmente a la obligación, entendida como “relación jurídica - intersubjetiva- en virtud de la cual un sujeto, denominado “acreedor, puede exigirle a otro, denominado “deudor”, la realización de cierta conducta¹⁶⁰⁷”.

Sin embargo, esta tendencia se vería resquebrajada desde el momento en que se “ha logrado identificar situaciones jurídicas subjetivas distintas tanto del derecho subjetivo como del deber jurídico. Es así como al lado de estas “viejas” figuras han sido colocados, por un lado, el interés legítimo, la expectativa y el poder; y por el otro, el estado de sujeción y la carga¹⁶⁰⁸”.

Lo anterior permite a este autor afirmar que “la sola constatación de que esto es así -o sea, de que hay una pluralidad de situaciones jurídicas subjetivas de ventaja y de desventaja- resulta suficiente para abandonar de manera definitiva la noción que circunscribe los términos de la relación al binomio derecho (pretensión)-deber¹⁶⁰⁹”. Y aunque no pueda afrontar con mayor profundidad el asunto,

(¹⁶⁰¹) Ídem, p. 203.

(¹⁶⁰²) Ídem, p. 207.

(¹⁶⁰³) Este es el caso del deber de no dañar a otros.

(¹⁶⁰⁴) Ídem, p. 217.

(¹⁶⁰⁵) *Ibid.*

(¹⁶⁰⁶) Ídem, p. 207.

(¹⁶⁰⁷) **ESCOBAR ROZAS, Freddy.** “El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación”. En: *ID. Teoría general del Derecho Civil. 5 ensayos.* Lima: Ara Editores, 2002, p. 57.

(¹⁶⁰⁸) **ESCOBAR ROZAS, Freddy.** “Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva”... *óp. cit.*; p. 208.

(¹⁶⁰⁹) *Ibid.*

Escobar Rozas, confiesa que “no nos queda evidenciar la imposibilidad de seguir manteniendo en pie una noción tan estrecha sobre la composición de la relación jurídica intersubjetiva¹⁶¹⁰”.

Prueba de ello será, por lo demás, el contrato de opción *ex art.* 1419 del Código Civil de 1984, el cual permite apreciar “la insuficiencia de la correlación derecho (pretensión)-deber para explicar, sin artificio de por medio, el contenido abstracto de la relación jurídica intersubjetiva¹⁶¹¹”. Esta relevación motiva a nuestro autor a afirmar que el contenido de dicha relación “sólo puede ser reconducido a la situación jurídica subjetiva de ventaja y de desventaja¹⁶¹²”.

En síntesis, la obligación aparece -en la óptica de nuestro autor- como una más de las hipótesis de relación jurídica intersubjetiva¹⁶¹³.

Ahora bien, a propósito de su estudio sobre el *débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación*, Escobar Rozas afronta la tesis que coloca la responsabilidad en la “obligación” a partir de la idea de que esta última “es una relación compleja que excede al simple vínculo crédito-deuda¹⁶¹⁴”.

Para este autor, “la idea de que los bienes del deudor quedan afectados o comprometidos tan pronto nace la obligación es, por donde se le mire, errónea; pues se sustenta en una apreciación demasiado simplista de lo que en realidad constituye el fenómeno de la responsabilidad patrimonial, como punto culminante de un proceso histórico-evolutivo que desplazó, de la persona del responsable a los bienes de éste, el objeto de la acción ejecutiva (coactiva) del acreedor¹⁶¹⁵”. La “circunstancia de que la obligación puede ser contraída por quien no ostenta patrimonio alguno” y el valor del art. 195 del Código Civil de 1984 resulta a su criterio elementos decisivos en la discusión¹⁶¹⁶.

(¹⁶¹⁰) Ídem, p. 209.

(¹⁶¹¹) Ídem, p. 210.

(¹⁶¹²) *Ibid.*

(¹⁶¹³) En otros términos, Nuñez Saenz refiere a propósito de la obra de Escobar Rozas que “toda obligación es una relación jurídica, pero no toda relación jurídica es una obligación”. **NUÑEZ SÁENZ, Ysmael.** “Prolegómenos de una teoría general de las obligaciones. A propósito de la patrimonialidad de la prestación”. En: *Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento*. Lima: Jurista Editores, 2004, p. 44.

(¹⁶¹⁴) **ESCOBAR ROZAS, Freddy.** “El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación”... *óp. cit.*; p. 104.

(¹⁶¹⁵) Ídem, p. 106.

(¹⁶¹⁶) Ídem, p. 111.

Estas premisas llevaron a este autor a señalar que la responsabilidad (como sanción, sujeción a consecuencias futuras o afectación patrimonial de los bienes del deudor) no es un elemento constitutivo de la obligación y, en lo que a nosotros importa, que los lados activo y pasivo de la misma no resultan siendo situaciones jurídicas subjetivas complejas¹⁶¹⁷.

Quedaba descartado así que el derecho de crédito presente un haz de facultades y un interés más allá del de prestación (como la “indemnización”) como lo sugiere la teoría integradora¹⁶¹⁸. Por tanto, “la necesidad de tener por complejas a las dos situaciones jurídicas subjetivas que la obligación vincula se sustenta en un falso problema: el de dotar de juridicidad a las mismas¹⁶¹⁹”. “Estas situaciones, entendidas como estructuralmente simples, no serán ilusorias ni extrajurídicas, al tener mecanismos tutelares y sancionatorios que, desde el exterior, les otorgan juridicidad¹⁶²⁰”.

Que el derecho de crédito no se componga de un cúmulo de facultades no implica que el acreedor no tenga otros derechos subjetivos (entre estos; (i) exigir la ejecución de la prestación -devida-; (ii) el de exigir el resarcimiento de los daños ocasionados por el incumplimiento o el retraso; (iii) el de solicitar la ejecución forzada de la obligación; (iv) el de solicitar la ineficacia de los actos de disposición patrimonial que realiza el deudor, etc)¹⁶²¹. Recalcará así Escobar Rozas que “todos estos son derechos autónomos y no simples facultades que forman un único derecho, ya que ni son entre sí compatibles (al suponer intereses diversos y hasta opuestos) ni recaen sobre el mismo objeto¹⁶²²”.

Si se observa acuciosamente la postura de nuestro autor, más pronto que tarde notaremos que su análisis se refiere exclusivamente al crédito como posición jurídica antes que a la relación de obligación, en gran medida por su tema de estudio. Es por ello que la “complejidad” a la que este refiere se vincula a las específicas posiciones jurídicas que la conforman antes que a la relación, porque como vimos, en su concepción obligación es deuda-crédito (o la correlación derecho-deber¹⁶²³).

⁽¹⁶¹⁷⁾ Ídem, p. 114.

⁽¹⁶¹⁸⁾ Ídem, p. 117.

⁽¹⁶¹⁹⁾ Ídem, p. 118.

⁽¹⁶²⁰⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁶²¹⁾ Ídem, p. 119.

⁽¹⁶²²⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁶²³⁾ **NUÑEZ SÁENZ, Ysmael.** *óp. cit.*; p. 44.

Descartada así la posibilidad de que en el discurso de Escobar Rozas la relación de obligación, como hipótesis clásica de relación jurídica intersubjetiva que conecta un derecho subjetivo (situación jurídica activa) y un deber jurídico (situación jurídica pasiva), sea “compleja”, la conclusión a la que debemos llegar es que su concepción, por más que se construya en base a los postulados retóricos de la “relación jurídica”, se alinea con una visión tradicional de obligación bajo el binomio crédito-deuda, tal y como observamos en Osterling.

La diferencia, sin embargo, es que al no reducir la vinculación intersubjetiva en el binomio derecho subjetivo-deber jurídico, Escobar Rozas sí es capaz de advertir la existencia de diversas posiciones jurídicas que al no reconducirse a aquellas, presentan autonomía e independencia dogmática. El problema es que con el solo caso del contrato de opción, pareciera que dicha autonomía e independencia impediría a estas coexistir con la obligación *strictu sensu*, si por ella se entiende la relación deuda-crédito.

Sobre la posibilidad de coexistencia, la cual sostiene la idea de “contenido”, nuestro autor no se pronunció, esfumándose con ello la posibilidad de advertir en su concepción un «*sistema móvib*».

El caso de Escobar Rozas demuestra que la sola abstracción y esquematización, superior en gran parte a sus predecesores, no supone *per se* la afiliación a una tendencia que en Alemania reconstruye la manera de captar el fenómeno obligatorio. Al contrario, la técnica metodológica puede llevar en algunos casos a reducir los objetos de estudio a su estado más puro, o primario; de ahí que una obligación como relación jurídica que liga dos posiciones concretas se emparente con la visión de los autores peruanos de primera mitad del siglo XX.

vii) En Núñez Sáenz es posible advertir la influencia de los anteriores autores peruanos.

De Fernández Cruz recoge, en materia de obligaciones, sus postulados tanto fácticos como jurídicos, en lo que atañe a la idea de relación jurídica y su ubicación respecto de la situación jurídica, compartiendo de este modo la noción de este autor de obligación¹⁶²⁴.

(¹⁶²⁴) NUÑEZ SÁENZ, Ysmael. *óp. cit.*; pp. 43-44.

De Escobar Rozas, y por qué no de Fernández Cruz y Forno Flórez también, extrae que toda obligación es una relación jurídica, pero no toda relación jurídica es una obligación, puesto que la *Rechtsverhältnis* no se agota en la correlatividad derecho-deber, a diferencia de la obligación¹⁶²⁵; no obstante, se aparta de dicho autor en lo que respecta a la posibilidad de que la relación jurídica presente polos heterogéneos¹⁶²⁶.

Ahora bien, en línea con Fernández Cruz, este autor postula la existencia de relaciones jurídicas simples o de orden inferior (que serían aquellas que presentan una estructura única de correlación de dos situaciones jurídicas antitéticas pero complementarias de deber y poder¹⁶²⁷) y complejas o de orden superior (que serían aquellas que presentan una estructura orgánica, comprendiendo no una sino varias relaciones jurídicas de orden inferior o vínculos, que correlacionan situaciones de deber y poder¹⁶²⁸).

Hasta ahí, los considerandos propuestos para la postura de Fernández Cruz bastarían ser reproducidos para el caso de Núñez Saenz, no justificándose de este modo un tratamiento independiente de su trabajo por reducirse *strictu sensu* al de sus predecesores. Sin embargo, luego, nuestro autor advierte algo que tuvimos oportunidad de indicar: “la complejidad de la relación jurídico obligatoria no pasa por la existencia de uno o más vínculos, de una o más correlaciones de deber y poder¹⁶²⁹”.

En efecto, Núñez Saenz señala que en realidad el calificativo “compleja” refiere a que “dentro de cada correlación se incorporan (eventualmente) una serie de deberes, facultades, cargas, etc. adicionales a la relación crédito-debito estrictamente considerada, que determina que la situación jurídica de poder no sea de puro poder, ni que la situación jurídica de deber sea de puro deber¹⁶³⁰”.

⁽¹⁶²⁵⁾ Ídem, p. 44.

⁽¹⁶²⁶⁾ Ídem, p. 46.

⁽¹⁶²⁷⁾ Ídem, p. 47.

⁽¹⁶²⁸⁾ *Ibid.*

⁽¹⁶²⁹⁾ Ídem, p. 48.

⁽¹⁶³⁰⁾ *Ibid.*

Lo cierto es que sobre esta aproximación habría que formular algunas precisiones. Si bien en la relación de obligación predomina el binomio crédito-débito, esta no aparece en forma lineal, al punto que las posiciones jurídicas distintas precisen incorporarse a dicha relación “estrictamente considerada”. De hecho, lo característico es que las posiciones jurídicas desarrollen un vínculo de contenido con la relación obligatoria, en donde la relación “estrictamente considerada” cede su lugar a una relación -la única- capaz de envolver más de una posición jurídica y que excede el binomio característico, aun cuando sobre aquél gire herméticamente. Así pues, la relación obligatoria deja de ser una de puro poder y deber (“estrictamente considerada”) en tanto que sobre su seno yacen diversas posiciones con características diversas unidas por una cuestión funcional. Esto, por supuesto, no significa que las posiciones de deuda y crédito se tornan “complejas” por comprender otras posiciones jurídicas, sino que la propia relación de obligación adopta tal calificativo desde el momento que su contenido es identificado a partir de la diversidad de posiciones no reductibles al débito-crédito.

De cualquier manera, la obligación que en la óptica de Núñez Sáenz aparece como “una específica relación jurídica de naturaleza compleja”, pareciera adoptar tal adjetivo por una cuestión fisonómica: la existencia de otras posiciones jurídicas diversas al derecho subjetivo y el deber jurídico. No obstante, la ausencia de un desarrollo claro y concreto sobre las posiciones jurídicas que se terminarían “incorporando” a la “correlación” (entre estas estaría el deber principal y el accesorio, denominado también, con escaso rigor técnico, “secundario”, “instrumental”, “de protección” o simplemente “de conducta”¹⁶³¹) nos impide juzgar con mayor exactitud la posición de nuestro autor y compararlo con sus predecesores

Ahora bien, el problema de la concepción de Nuñez Sáenz respecto de la obligación “compleja” yace en una cuestión de dinámica, conforme lo explicado en el Cap. 1. Así las cosas, la aproximación al fenómeno en mención solo resulta parcial, sobre todo porque desde nuestra

(¹⁶³¹) Ídem, p. 57 (sobre la naturaleza de estos deberes *v.* especialmente pp. 57-59).

perspectiva, en la explicación de este autor, la relación de obligación no aparece como un «*sistema móvib*», con todo lo que ello connota dentro del sistema alemán.

Las críticas planteadas al discurso de Núñez Sáenz no deben restar valor a su principal aporte que fue escindir de la “complejidad” de la obligación la presencia de uno o más vínculos (distintos al crédito-deuda). O lo que es lo mismo, descartar el error que significa definir la relación obligatoria “compleja” desde la teoría de la “relación jurídica”, en donde aquella aparece contrapuesta a la denominada “relación simple”, conciliándose a partir de la capacidad de la primera por contener la segunda.

Como hemos podido ver, la relación de obligación “compleja” o como preferimos denominarla, «*sistema móvib*», presenta una connotación diversa.

viii) Palacios Martínez, siguiendo a Giorgianni, señala que “la obligación es aquella relación jurídica en virtud de la cual una persona determinada, llamada deudor, está constreñida a un comportamiento patrimonialmente valorable que tiene como finalidad la satisfacción de un interés, incluso no patrimonial, de otra persona determinada, llamada acreedor, la cual tiene derecho al cumplimiento¹⁶³²”.

Esta relación de obligación se presenta a juicio de nuestro autor como un “fenómeno complejo, es decir, está formado por un conjunto de situaciones y vinculaciones correlativas entre deudor y acreedor, que pueden en forma indistinta asumir derechos y deberes para el cumplimiento del programa de la específica relación obligatoria marcada por la fuente que le ha dado origen. Así son deberes para el acreedor los relativos a brindar los medios necesarios para que el deudor pueda cumplir y derecho del deudor el que se le permita cumplir en la forma pactada a fin de liberarse del deber a que se encuentra sometido (derecho a la liberación)¹⁶³³”.

Ahora, “en el negocio generatriz y en la relación obligatoria coinciden (...) los elementos estructurales (descriptivos), es decir, los sujetos, el objeto, causa y prestación (contenido). Sin

⁽¹⁶³²⁾ PALACIOS MARTINEZ, Eric. “El incumplimiento de las obligaciones”... *óp. cit.*; p. 153.

⁽¹⁶³³⁾ *Ibíd.*

embargo, y esto solo a título orientativo (...), cabe acotar que el elemento funcional de la relación obligatoria, el interés del acreedor, es caracterizante de la misma, puesto que, sobre su efectividad o decadencia se resuelven casi todos los aspectos de la actuación de la relación obligatoria, es decir atiende, casi en todas sus manifestaciones, a la dinámica o al desenvolvimiento del programa predispuesto¹⁶³⁴”.

Hasta este punto, sobre el discurso de Palacios Martínez es posible formular las mismas objeciones y comentarios planteados a propósito de sus antecesores, ya sea porque persigue una definición “pura” de obligación como vínculo de crédito y deuda sin tomar en cuenta que la tendencia vira, antes que todo, a determinar el contenido (de dicha relación), o porque el adjetivo “complejo” - confesamos no seguir claramente la posición de nuestro autor- pareciera justificarse por la existencia de una pluralidad de situaciones y vinculaciones correlativas, en línea con lo que vimos en Fernández Cruz, y sobre todo, Núñez Sáenz.

En cualquier caso, la “complejidad” en la óptica de Palacios Martínez se divorcia de la connotación alemana, como vimos anteriormente.

Nuestra anterior afirmación, sin embargo, debe ser matizada luego de advertir el rol de la buena fe en el discurso de este autor.

Según Palacios Martínez, “la identificación de la buena fe como factor actuante solamente en la interpretación, y no en la integración¹⁶³⁵”, es una restricción arbitraria¹⁶³⁶. Así pues, la buena fe “impone deberes más allá del contenido específico del negocio-contrato¹⁶³⁷”, asumiendo una función integrativa (a lado de la interpretativa)¹⁶³⁸ al incorporar nuevos “derechos y deberes¹⁶³⁹”.

Fueron estos antecedentes los que permitieron a nuestro autor indicar que:

(¹⁶³⁴) Ídem, p. 154.

(¹⁶³⁵) Ídem, p. 158.

(¹⁶³⁶) *Ibid.*

(¹⁶³⁷) *Ibid.*

(¹⁶³⁸) Ídem, p. 160.

(¹⁶³⁹) *Ibid.* ID. *La responsabilidad contractual: una lectura reconstructiva en el Código Civil peruano*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 50, 2017, p. 201.

“han sido primigeniamente los alemanes los que han configurado o reconstruido el contenido de la obligación sobre la base de un razonamiento basado en círculos concéntricos que se hacen gradualmente más amplios en relación con el núcleo, constituido por el deber principal de prestación, de acuerdo a las siguientes directrices:

- a) Necesidad para el deudor del cumplimiento de todos aquellos actos que, aunque no específicamente comprendidos en el deber principal de prestación, aparecen instrumentalmente indispensables para la actuación de este;
- b) Necesidad para cada una de las partes de evitar que el llamado “contacto social” el cual da vida a la relación obligatoria, importe una (sic) daño para la persona o el patrimonio de la otra parte;
- c) Necesidad para ambas partes de respetar del (sic) objetivo a que se dirige la relación antes que a sus particulares exigencias;
- d) Necesidad para cada una de las partes de una cooperación recíproca a fin de que la actuación de la relación se desarrolle lo más ágilmente posible y en el modo más ventajoso para ambas¹⁶⁴⁰.

Los deberes señalados, en algunos casos “accesorios”, otros de “protección”, y en otros casos no claro para nosotros (las hipótesis “c)” y “d)”), pero sobre todo, su vinculación a la buena fe, en cierto modo reproduce la experiencia alemana en cuanto al fundamento de su imposición.

El asunto es que la referencia a la buena fe y su capacidad creativa de deberes, básicamente - como explicamos en el Cap. 1- sobre los deberes accesorios, solo representa una parte de todo el fenómeno (de la complejidad de la relación de obligación) en su conjunto. Pero no solo ello, sino que la existencia de un deber que no se deduce *strictu sensu* en la prestación debida exige abordar la “estructura” de la relación obligatoria desde el ángulo de su contenido antes que su concepto. De lo contrario, el intérprete no podrá siquiera explicar un fenómeno como los deberes accesorios, dado que ellos encuentran sentido si es que son vinculados al binomio relación de obligación-«*sistema móvib*»; en otras palabras, la “complejidad” propiamente dicha.

(¹⁶⁴⁰) Ídem, pp. 160-161 (nt. 22); ID. *La responsabilidad contractual: una lectura reconstructiva en el Código Civil peruano... óp. cit.*; p. 201 (nt. 19).

Y hasta este momento, bien entrado el siglo XXI, nuestra doctrina no había captado el fenómeno en su real trascendencia, pese a que incluso algunos autores habían incorporado en su discurso al «deber de protección» alemán, lo que nos confirma que entre uno y otro no se presentaba una relación de causa-efecto, como lo habíamos anticipado.

ix) León Hilario, como parte de su estudio sobre el consentimiento informado y los derechos del paciente¹⁶⁴¹, afirma que “toda relación obligatoria, como ensaña la doctrina alemana, constituye una relación compleja, de la cual nace un deber de prestación (*Leistungspflicht*), un deber central o “primario” (*Primäre leistungspflicht*), así como múltiples “deberes de protección” (*Schutzpflichten*)¹⁶⁴²”.

De esta manera, y en línea con la “moderna visión de la relación obligativa como relación compleja, el interés a cuya satisfacción se orienta el comportamiento comprometido del deudor es, por cierto, el interés primario; pero en un segundo orden, colateralmente, existen intereses de protección (...)”¹⁶⁴³.

Aun cuando pareciera que la perspectiva de este autor se ciñe al deber de prestación y al «deber de protección», es de destacar que no le es desconocida la existencia de “deberes secundarios instrumentales que concurren con él para efectos del exacto cumplimiento y de la conservación de la posibilidad de cumplir¹⁶⁴⁴”.

En buena cuenta, retomando lo dicho por Mengoni, León Hilario comparte que “la relación obligatoria es vista orgánicamente, como una estructura compleja en el cual el núcleo primario, constituido por el deber de prestación, es complementando con una serie de deberes accesorios,

(¹⁶⁴¹) LEÓN HILARIO, Leysser. “El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente”. En: ID. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 814.

(¹⁶⁴²) LEÓN HILARIO, Leysser. *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*. En: *Ius et Veritas*, núm. 26, 2003, p. 36; ID. “El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente”... *óp. cit.*; p. 814.

(¹⁶⁴³) LEÓN HILARIO, Leysser. “La responsabilidad autónoma de los establecimientos de salud y los equívocos de ayer y hoy en el enfoque de la obligación resarcitoria solidaria”. En: ID. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 854.

(¹⁶⁴⁴) *Ibíd.*

coordinados con un nexo funcional unitario¹⁶⁴⁵”. Para estos efectos, las voces “deberes secundarios instrumentales” y “deberes accesorios” se equiparaban connotativamente.

Lo importante, sin embargo, es un punto que nuestro autor resalta: “el aspecto más interesante de esta forma de apreciar el fenómeno (se refiere a la relación compleja), está representado por la teoría de los deberes de protección que ha extendido el ámbito de la relación obligatoria, y por ende, el régimen de la responsabilidad por incumplimiento, al interés que las partes tienen en preservar su propia persona y sus propios bienes frente al riesgo específico de daño que se genera por la relación instaurada entre ellas. Estos deberes de protección no están vinculados con el cumplimiento o garantía del interés ligado a la prestación; lo que buscan es tener al reparo los demás bienes jurídicos del acreedor¹⁶⁴⁶”.

Pareciera entonces que en la óptica de León Hilario relación obligatoria compleja *es* a «deberes de protección» lo que estos últimos *son* al primero. Lo que no queda claro, sin embargo, es si para este autor el hecho de negar los *Schutzpflichten* supondría negar también la “complejidad” de la relación de obligación; o lo que es lo mismo, si la “complejidad” de aquella se define a partir de la categoría de Stoll.

Atribúyase el vacío de respuesta al hecho que nuestro autor no tuvo como objeto de estudio en dicha ocasión la obligación *per se*.

x) Según Zamudio Espinal, “que la relación obligatoria es una relación de estructura compleja a mí no me cabe la menor duda, pero no por el hecho que dentro de ella se encuentre el débito y la responsabilidad, ya que enfocar el asunto de esa manera es erróneo, sino porque en ella existen presupuestos, elementos y un conjunto de vínculos que la hacen compleja¹⁶⁴⁷”.

(1645) LEÓN HILARIO, Leysser. *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos...* *óp. cit.*; p. 36.

(1646) Ídem, p. 37.

(1647) ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea...* *óp. cit.*; pp. 195-196.

Así, para que se constituya la relación de obligación, este autor advierte la necesidad de presupuestos subjetivos y objetivos. Los primeros “son aquellos que están referidos a los sujetos que van a constituir la relación y al interés que subyace a los mismos a efectos de interrelacionarse¹⁶⁴⁸”. Los segundos “son aquellos que están ligados con el objeto de la relación obligatoria (la prestación), los cuales son: la posibilidad, la licitud y la patrimonialidad¹⁶⁴⁹”.

Luego de plantear que “la relación obligatoria enlaza dos situaciones jurídicas subjetivas, una de ventaja y otra de desventaja, funcionalmente coordinadas: facultad y deber (necesidad de realizar un cierto comportamiento) o, en otras palabras, el derecho de crédito y la obligación¹⁶⁵⁰”, Zamudio Espinal afirma que “para satisfacer el interés del acreedor, el deudor no solamente tiene que ejecutar la prestación del deber principal frente al acreedor, sino que, además, debe ejecutar otros deberes que no son principales; en otras palabras, el deudor está obligado a ejecutar la totalidad de los deberes contenidos en una relación obligatoria¹⁶⁵¹”.

Así, “los deberes que no son principales, son conocidos como deberes accesorios, es decir, deberes que giran en torno del deber principal o son totalmente autónomos al mismo. Los deberes accesorios que rotan alrededor del deber principal se pueden denominar deberes accesorios coadyuvantes¹⁶⁵²”. Por su parte, aquellos (también accesorios en este discurso) “que no giran en torno al deber principal (...) son conocidos como deberes de protección u obligaciones de seguridad¹⁶⁵³”.

Aquellos deberes que se deducen en la prestación debida, incluido los accesorios (coadyuvantes) se vinculan según este autor con el interés de prestación. Al contrario, aquellos independientes a la prestación («deberes de protección») se dirigen a cautelar el denominado “interés de protección”¹⁶⁵⁴.

⁽¹⁶⁴⁸⁾ Ídem, p. 196.

⁽¹⁶⁴⁹⁾ Ibíd.

⁽¹⁶⁵⁰⁾ Ibíd.

⁽¹⁶⁵¹⁾ Ibíd.

⁽¹⁶⁵²⁾ Ibíd.

⁽¹⁶⁵³⁾ Ibíd.

⁽¹⁶⁵⁴⁾ Ídem, pp. 198-199.

Como puede advertir rápidamente, el discurso de Zamudio Espinal (por influencia italiana) se encuentra próximo a la dogmática alemana por el hecho que advierte eficazmente que la discusión sobre la relación de obligación es un asunto en términos de contenido antes que de definición. No obstante, en esa misma línea, al atar la “relación obligatoria” a la vinculación entre dos situaciones jurídicas (deuda-crédito) pierde espacio en su discurso las demás posiciones jurídicas que conforman el contenido de dicha relación. Se puede decir de este modo que en términos de contenido, lo de nuestro autor es un esfuerzo que no calza perfectamente en la connotación alemana del fenómeno en cuestión.

La situación en cuanto a la dinámica de la relación de obligación, la cual juega un rol trascendental en lo que hemos denominado «*sistema móvib*», y que justifica la actuación de las diversas posiciones jurídicas en el seno de la relación, es más crítica en el discurso de Zamudio Espinal, toda vez que la misma, aun cuando presenta un contenido (poco definido), aparece en forma estática; o lo que es lo mismo, suma de posiciones pétreas e inconexas en lo que no respecta a la posición de deuda (deberes principales y accesorios).

Lo último, sin duda, es consecuencia de lo primero: la imposibilidad de dotar de dinámica al interior de la relación parte sin duda del inconveniente de no haber advertido otras posiciones jurídicas no reductibles en el clásico binomio.

De hecho, la visión de nuestro autor sobre el tema en cuestión quedará confirmado luego en un escrito posterior de 2013, cuando concluyera que “la relación obligatoria (...) tiene presupuestos: objetivos y subjetivos; elementos: deberes principales y accesorios (coadyuvantes del deber principal y autónomos del mismo), objeto; elementos, presupuestos (“y un conjunto de vínculos¹⁶⁵⁵”) que hacen que esta relación sea compleja¹⁶⁵⁶”.

⁽¹⁶⁵⁵⁾ ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. *¿Es necesaria la codificación de los deberes de protección en materia de obligaciones? A propósito de la reforma del Código Civil... óp. cit.*; p. 230. No hemos logrado captar la connotación de “conjunto de vínculos” en el pensamiento de este autor.

⁽¹⁶⁵⁶⁾ ZAMUDIO ESPINAL, Carlos. “Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas”. En: AA.VV. Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Lima: Gaceta Jurídica, 2013, p. 445.

Un ulterior trabajo de 2017 solo corroboraría lo anterior¹⁶⁵⁷.

xi) Para Morales Hervias, la obligación es entendida ahora como relación jurídica compleja, siendo esta concepción “más amplia que aquella que define la obligación como un vínculo personal entre dos sujetos, a través del cual uno de ellos puede exigir que el otro adopte determinado comportamiento en su beneficio¹⁶⁵⁸”.

¿Qué connota el calificativo “compleja” en la óptica de este autor? Según Morales Hervias, “una relación obligatoria es compleja porque contiene deberes de prestaciones principales, deberes de prestaciones secundarias y deberes accesorios. La prestación principal es la acción humana, considerada como núcleo de la obligación. La prestación secundaria depende de la prestación principal. Y los deberes accesorios cautelan el vínculo obligacional; protegen a las partes, en sus personas, o en su patrimonio, y protegen a los terceros, que con la obligación tengan un vínculo especial. Estos deberes accesorios son denominados deberes de protección o deberes funcionales¹⁶⁵⁹”.

Ahora, para nuestro autor, la obligación es entendida (también) como un organismo, como una estructura y como un proceso¹⁶⁶⁰. Sin quedar clara la vinculación entre estos términos y la “complejidad” de la relación obligatoria, Morales Hervias refiere al primero a partir de la postura de Siber¹⁶⁶¹, al segundo y tercero en base a Larenz¹⁶⁶², llegando a enunciar que otros autores también describen de distinta forma dicha relación (Herholz, Oertmann).

(1657) **ZAMUDIO ESPINAL, Carlos.** *¿Es necesaria la codificación de los deberes de protección en materia de obligaciones? A propósito de la reforma del Código Civil...* *óp. cit.*; pp. 229-238.

(1658) **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil...* *óp. cit.*; p. 58.

(1659) Ídem, p. 59.

(1660) Ídem, p. 58.

(1661) Según Morales Hervias, este autor calificó a “la obligación como un «organismo» [*Organismus*] que incluye un conjunto de créditos individuales, que corresponden a los deberes de prestaciones principales y accesorios, como también los derechos potestativos, que corresponden a las sujeciones”. *v.* Ídem, p. 57.

(1662) De acuerdo a lo expuesto por nuestro autor, Larenz precisaba que “desde este punto de vista, la obligación es una relación jurídica global donde se incluye un conjunto de deberes de prestación y otros deberes de conducta, también derechos potestativos y situaciones de sujeción. La obligación es un concepto-suma como un conjunto de consecuencias jurídicas (derechos subjetivos, poderes potestativos, deberes y sujeciones) relacionadas entre sí, en virtud de su conexión con el interés del acreedor, que debe ser satisfecho a través de esa relación. La obligación es una realidad jurídica compleja o una estructura de situaciones jurídicas, y también es una estructura temporal como un proceso evolutivo temporal”. *Ibíd.*

Lo cierto es que en la base de aquella el aspecto clave o lo que concibe como “constante” no es el deber de prestación sino, siguiendo a Castronovo, la propia “relación” (la “relación jurídica fundamental” en el lenguaje del autor italiano)¹⁶⁶³. Es por esto que para Morales Hervias, “el carácter esencial de la obligación es ser relacional¹⁶⁶⁴”; no obstante que esta última sirva (en realidad y como veremos más adelante) en el discurso de Castronovo como piedra angular de las denominadas *obligazioni senza prestazione*.

Dicho esto, y soslayando el asunto relativo a los calificativos adjudicados a la relación de obligación, en el discurso de Morales Hervias, guiado en gran medida por la doctrina italiana y, en menor medida, por la portuguesa, la obligación parece identificarse con el discurso alemán de la relación compleja. Sin embargo, esta circunstancia no es del todo exacta, puesto que una cosa es que la relación obligatoria compleja sea capaz de contener (entre otras posiciones jurídicas) los deberes descubiertos por Stoll, y otra es que en el concepto de la primera, o mejor dicho, en la noción de esta, los «deberes de protección» ocupen un lugar privilegiado (como señala nuestro autor¹⁶⁶⁵), cuando lo cierto es que uno y otro solo se vinculan eventual (por posiciones doctrinarias) antes que necesariamente.

De ser entendidos en su real connotación las referencias conceptuales (germánicas sobre todo) planteadas por nuestro autor, y escindido de la (“pura”) *Schuldverhältnis* los *Schutzpflichten* (por representar ello un estadio subsiguiente y que debe ser motivo de estudio), la obligación podría ser vista ahora sí, en lo que respecta a su contenido y a la dinámica de su seno, como el «sistema *móvib*» (o “relación compleja”, como se prefiere en nuestro *medio*) al que hemos hecho alusión en el Cap. I, y ese es el punto culminante al que nuestra doctrina (luego de más de cien años), con sus propias interpretaciones, parece arribar finalmente: el paso de la *obligatio* a la *Schuldverhältnis*.

xii) Para Moreno More, “la obligación ha dejado de ser concebida linealmente, vale decir, como una relación simple que contiene un deber de prestar y un correlativo derecho de crédito, para

(¹⁶⁶³) Ibíd.

(¹⁶⁶⁴) Ídem, pp. 57-58.

(¹⁶⁶⁵) Ídem, p. 58.

pasar a ser concebida como una relación global que alberga en su seno diversos vínculos y situaciones jurídicas. La doctrina no dudó en usar metáforas para referirse a esta nueva forma de ver a la relación obligatoria: organismo (*Organismus*), estructura (*Gefüge*), forma (*Gestalt*), proceso (*Prozess*), relación marco (*Rahmenbeziehung*), son sólo (sic) algunos de los expedientes lingüísticos empleados para su representación¹⁶⁶⁶”.

“Esta concepción empezó a tomar cuerpo a medida que la doctrina descubría las diversas situaciones jurídicas que se presentan en la relación global que surge de un contrato, realidad ante la cual la concepción lineal se revelaba insuficiente. Es bajo este esquema que, mediante un método analítico, se van a identificar los diversos deberes comprendidos por la relación obligatoria: principales y accesorios, típicos y atípicos, deberes accesorios negociados y complementarios, dependientes e independientes, de ejecución y preparación, de cooperación, de aviso y de lealtad¹⁶⁶⁷”.

Para Moreno More, “más importante aún es la diferencia que se plantea en función al objetivo que tienen los distintos comportamientos comprendidos por la relación obligatoria: aquellas obligaciones que derivan del contrato y que tienen un objetivo positivo -ellas tienen por función realizar el interés a la prestación- se denominarán deberes de prestación; en cambio, aquellas obligaciones que derivan de la buena fe y que tienen un objetivo negativo -tienen por función preservar la integridad y patrimonio de las partes de una relación obligatoria, vale decir, realizar el interés de protección- se denominarán deberes de protección. Estos deberes de protección pueden ser de aviso o de conservación¹⁶⁶⁸”.

En fin, concluye este autor que, “hoy en día no se puede hablar de complejidad de la relación obligatoria si no se hace referencia con ello, además de las diversas situaciones jurídicas comprendidas en ella, a los diversos deberes distinguidos en función al interés que buscan satisfacer¹⁶⁶⁹”.

(¹⁶⁶⁶) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; pp. 411-412.

(¹⁶⁶⁷) Ídem, pp. 412-413.

(¹⁶⁶⁸) Ídem, p. 413.

(¹⁶⁶⁹) Ídem, p. 414.

Al referirse por supuesto al interés de prestación y de protección, es extensible también a Moreno More nuestras críticas formuladas a sus predecesores respecto del binomio relación obligatoria compleja = «deberes de protección». Aleccionador es saber con toda claridad sin embargo (y en desmedro de los demás autores), que su posición se funda en la creencia de una “estrecha vinculación existente entre la concepción de la relación obligatoria como una complejidad y los deberes de protección¹⁶⁷⁰”. Ahora, el riesgo de una posición así es que construida la “complejidad” sobre los cimientos de unos deber poco afianzado, la valía (conceptual) del primero corra la misma suerte de este último (sobre todo si terminan siendo negados, como veremos sucederá con este autor).

En este punto ya sabemos que relación obligatoria compleja es «*sistema móvib*» y esta última es ante todo una forma de describir un fenómeno que a todas luces se muestra polifacético, con particular incidencia en aquello que vincula su contenido con su dinámica, y sin la cual no se podría explicar no solo la relación “deuda-crédito” sino también la actuación de las demás posiciones jurídicas en medio del vínculo jurídico de carácter obligatorio aquí estudiado.

Y, vale recalcarlo, en ella los *Schutzpflichten* son un fenómeno externo que busca interiorizarse en aquél que representa la *Schuldverhältnis*, no pudiendo anticipar su presencia en esta última sin un previo fundamento jurídico. Lo que sí se puede anticipar es que más allá del resultado del estudio de los «deberes de protección», la nueva concepción de “obligación” no se verá cuestionada.

2.1.1. Advertido que a nivel dogmático nuestra doctrina (por supuesto que no en su mayoría) ha experimentado en forma reciente el paso de la *obligatio* a la *Schuldverhältnis* ocurrido en Alemania durante la primera mitad del siglo XX, corresponde formularse una pregunta inusitada en nuestro *medio*: ¿existen elementos normativos que justifiquen este giro dogmático, máxime cuando hemos visto que el legislador del Libro VI del Código Civil de 1984 siguió básicamente el modelo francés?

Ante todo, detengámonos en un dato: nuestro Código Civil de 1984 no incorpora una noción de obligación.

(¹⁶⁷⁰) Ídem, p. 414 (nt. 26).

Esta circunstancia podría llevar a creer que es posible incorporar la “complejidad” de la obligación en sede nacional. No obstante, al advertir que esta última no se vincula con el concepto (interior) sino con el modo de expresión o exteriorización del fenómeno jurídico, veremos que el dato ofrecido resulta meramente circunstancial puesto que incluso con una definición legal la “nueva” perspectiva podría haberse impuesto, tal y como sucede en la experiencia jurídica portuguesa, en donde el hecho que el art. 397 del Código Civil de 1966 defina a la “obligación” como el “vínculo jurídico por virtud do qual uma pessoa fica adstrita para com outra à realização de uma prestação”, no impidió a su doctrina (sobre todo la citada a lo largo de este trabajo) concebir (en lo que se refiere al contenido) la *obligatio* como *komplexe Einheit*.

Tampoco es una limitación el hecho que en la perspectiva del legislador el referente conceptual sea la experiencia francesa (por una afinidad de método y un desconocimiento del mundo jurídico alemán), como lo corrobora la propia redacción del texto legislativo, en donde abunda la polisemia “obligación” con las tres connotaciones antes advertidas (v. los arts. 1133, 1134, 1138.1, 1150.3, 1161, 1218, 1316, 1319, 1438, 1680, entre otros tantos del Código Civil de 1984) y una materia construida en torno al crédito-debito anclado en la prestación (aleccionador es la construcción de la resolución del contrato *ex art. 1428 y ss.*). De lo contrario, y si la obligación se redujera al cumplimiento de la obligación del sujeto *in obligatione*, no se podría explicar el marco de actuación de instituciones jurídicas como la resolución, el receso unilateral, el derecho de preferencia, la excepción de la que habla el art. 1426, o los arts. 1338 (*mora creditoris*) y 1796.1 (facilitar medios para ejecución del mandato).

En la concepción de relación de obligación como «*sistema móvib*» o *komplexe Einheit*, resulta evidente ahora distinguir dos ámbitos, aquél que refiere a su contenido y otro que versa sobre su dinámica interior. Bien visto el asunto, el último aspecto es tributario del primero, puesto que la naturaleza de las posiciones jurídicas que se conforman al interno de la obligación así lo requiere. Pero dado que lo anterior es ante todo una aproximación de orden dogmático, basta advertir que nuestro ordenamiento si es capaz de ofrecernos referentes concretos que materialicen las posiciones dogmáticas; insumos sin los cuales cualquier construcción sería solo una ilusión desprovista de un propósito.

En efecto, las posiciones jurídicas que conforman el contenido de la relación de obligación, y sobre las cuales ahondamos en el Cap. I, han sido reconocidas en nuestro *medio* (v. los ejemplos arriba enunciados) incluso desde la obra de autores como Cornejo (a nivel dogmático), logrando ser interiorizadas en el discurso jurídico de nuestra actual doctrina bajo la lógica de la “situación jurídica”. Así pues, para nadie es una novedad saber que en el seno de la relación de obligación fluyen otras posiciones no identificables en el crédito y deuda, entre estas, los derechos potestativos (y estado de sujeción), la carga, la excepción material y demás dependiendo de la postura del intérprete.

Dado que estas posiciones presentan una variada manera de concretizarse en la realidad, y descartadas que ellas representen relaciones de orden inferior de otra mayor, la única forma de que estas actúen en forma libre es admitiendo que la relación de la cual forman parte (*ab initio* y sucesivamente) no adopta un esquema lineal y estático, sino todo lo contrario, un «*sistema móvib*» capaz de favorecer a sus diversas expresiones. Es la armonía que debe presentar la vinculación entre dichas posiciones con el binomio crédito-deuda lo que exige al intérprete nacional construir la obligación sobre la base de las posiciones que la conformaran y que definirán en gran parte la actuación de la relación de obligación.

Pero nuestro Código Civil de 1984 también es capaz de ofrecernos los insumos necesarios para recoger en sede nacional la disociación conceptual entre los comportamientos que *in obligatione* debe cumplir el deudor. Nos estamos refiriendo a los deberes accesorios que coadyuvan al cumplimiento del primero, como se extrae de los arts. 1549, 1680.1, 1680.2, 1681 (excepto los que tutelan la protección de la integridad), 1773, entre otros, los cuales aparecen reconocidos en forma legal, pero también pueden (además de convencionalmente) surgir *ex bona fides* (art. 1362) -“ejecutarse según buena fe”-, siempre que en última instancia resulten imprescindibles para cumplir (ejecutar) el contrato. Sobre lo último profundizaremos al momento de valorar a la buena fe como fuente de «deberes de protección».

El caso del deber secundario es más discutible, porque obedece a un asunto estrictamente dogmático y el mismo excede el fin de este trabajo. Para nosotros, el deber de resarcir aparece en la relación de obligación bajo la forma de deber secundario, de modo que el incumplimiento de la

prestación comprometida, incluido los deberes accesorios, por parte del deudor hace que este último se encuentre obligado ya no a cumplir con aquél deber primario de prestación, sino con el deber secundario de resarcimiento. En otras palabras, no es que con el incumplimiento la deuda deducida en la prestación se transforma o muta ahora con un contenido diverso (o lo que es lo mismo, “el originario derecho de crédito continúa existiendo solo que con objeto de prestación transformado¹⁶⁷¹”), sino que el originario deber de prestación se extingue y aquello que subsiste “es la relación obligatoria entendida como relación fundamental, como estructura compleja conformada por derechos, deberes, poderes y sujeciones, cuyo contenido puede modificarse sin que la relación pierda su identidad jurídica¹⁶⁷²”

Si privilegiando el esquema tradicional, la duda persistiese en torno a la concepción de obligación planeada aquí, bien podríamos preguntarnos ¿a qué se refiere el Código Civil de 1984 cuando habla de “derechos y obligaciones” en los arts. 51, 55, 137, 660, 735, 1363, 1437, 1696, 1708?

No existe uniformidad.

En algunos casos, como en los arts. 51, 55 y 137, la expresión “derechos y obligaciones” no refiere *strictu sensu* al binomio crédito-deuda por no insertarse siquiera dentro de una relación de obligación. Pero en los otros, dicha expresión sí parece vincularse a aquél, salvo por el hecho que el plural no hace más que pensar que su connotación no se reduce a esta sino que es mucho mayor. ¿En qué sentido?

De hecho, cuando el art. 1363 habla que “los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles” pareciera identificar la expresión “derechos y obligaciones” con el “contrato”, pero no con el negocio contractual sino con su contenido (la relación contractual que para nosotros es relación de obligación), en donde si tales “derechos y obligaciones” que conforman el contenido de la relación

⁽¹⁶⁷¹⁾ MENGONI, Luigi. *Responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 88.

⁽¹⁶⁷²⁾ *Ibíd.*

de obligación de fuente contractual resultan ser transmisibles, operará la disposición legal, y lo contrario sucederá si no presentasen tal característica.

Esta identificación entre la expresión “derechos y obligaciones” y el contenido del contrato o la relación de obligación dota de sentido al caso de la cesión de posición contractual, básicamente a los “derechos y obligaciones” que se transmiten y que provocan en el cedente *ex art. 1437*, en el arrendatario *ex art. 1696*, y en el arrendador *ex art. 1708.1* apartarse de los mismos. En efecto, en todos estos casos, aquello que se transmite no se reduce al crédito y débito (que en el arrendamiento, por ejemplo, sería la renta por la cesión en uso), sino que se extiende a todas las posiciones jurídicas que conforman el contenido del contrato (derecho subjetivo, deberes jurídicos -de prestación, accesorios, secundario-, cargas, derechos potestativos, estados de sujeción, etc.)¹⁶⁷³; posiciones que dentro de la lógica de un legislador poco técnico en referirse a las mismas a partir de su *nomen* técnico (y más aún en su conjunto), no encontró mayor fortuna (y solución) que denominarlos por la expresión “derechos y obligaciones” que, de este modo -y tal como adelantemos-, aparece como una sinécdoque por representar la parte por el todo.

Que aquello que se transmite en el negocio de cesión (del contrato) sean los “derechos y obligaciones”, parte del presupuesto, desde ahora asumido, que la relación (base) de obligación sea igual a la suma de las posiciones jurídicas que dicha expresión busca referir, y si en todo ello, en el contenido, se advierte un nexo funcional capaz de mostrar a la *obligatio* clásica como un «*sistema móvib*» (a nivel dogmático necesariamente), habremos de haber dado el paso de la obligación romana y el *Code* a la *Schuldverhältnis* alemana, sin encontrar oposición, sino más bien apoyo, en el Código Civil de 1984.

Conclúyase entonces que hoy la relación de obligación en nuestro *medio* debe ser entendida como un «*sistema móvib*» y es a partir de esta que debemos estudiar, como Stoll, si un elemento adicional como el *Schutzpflicht* forma parte de aquél (como lo ha sostenido un sector de la doctrina peruana en

(1673) En esa lógica, *v. tb.* FORNO FLÓREZ, Hugo. *Acercas de la noción de contrato*. En: Gaceta jurídica, tomo 78-B, 2000, p. 24.

oposición a otra que niega tal circunstancia), y no porque la primera funda la segunda (de lo contrario ya tendríamos que concluir la existencia del «deber de protección»), sino porque sin aquella, esta última hubiera seguido la suerte de la *Obligation de sécurité*, quedando confinada a ser un recurso antes que una categoría de orden jurídico dogmático.



Parte II

La validez de las tesis contractualistas que identifican en los «deberes de protección» de Stoll la solución al problema de la tutela de los bienes de los contratantes

Sumario: III. Las tesis “contractualistas” que fundamentan los *Schutzpflichten* alemán en sede nacional. – **3.1.** El acuerdo contractual como fuente de «deberes de protección». – **3.2.** La interpretación “complementaria”: crítica a la noción de “interés predispuerto”. – **3.2.1.** La *ergänzende Vertragsauslegung* en sede nacional como categoría no autónoma: del Código Civil de 1852 al Código Civil de 1984. – **3.2.2.** La interpretación integradora y el binomio “interpretación objetiva – interpretación subjetiva”. – **3.2.3.** Los «deberes de protección» en la lógica de la *ergänzende Vertragsauslegung*: crítica. – **3.3.** La extensión del concepto de “prestación”. – **3.3.1.** (*sigue*)... la doctrina peruana: el caso de García-Calderón, Cornejo y Fernández Cruz. – **3.3.2.** (*sigue*)... el valor de la tesis que comprende el comportamiento de protección en la prestación: crítica. – **3.4.** El denominado “deber” de diligencia y su aparente función de protección: contexto. – **3.4.1.** El surgimiento de la posición en Italia: la propuesta de Majello. – **3.4.2.** (*sigue*)... el contraste entre Majello y Fernández Cruz. – **3.4.3.** Crítica a la tesis de la diligencia como fuente de «deberes de protección». – **3.5.** La buena fe como fundamento de los *Schutzpflichten*. – **3.5.1.** La experiencia peruana en materia de buena fe: antecedentes y expansión. – **3.5.1.1.** (*sigue*)... y durante la vigencia del código actual: la posición de la doctrina. – **3.5.1.2.** (*sigue*)... síntesis y valoración de la buena fe en el derecho peruano con particular referencia a su influencia en el Derecho de Obligaciones. – **3.5.2.** El art. 1362 del Código Civil de 1984 y su relación con la “ejecución” del contrato y los «deberes de protección». – **3.6.** El recurso a la Constitución y el fundamento del «deber de protección»: la óptica de Morales Hervias. – **IV.** Las tesis “contractualistas” en el caso del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. – **4.1.** El rechazo del recurso al contrato a favor de terceros y el problema del principio de relatividad. – **4.2.** (*sigue*)... y de la interpretación integradora y la buena fe. – **V.** *Síntesis:* La inconsistencia de los «deberes de protección» alemán a la luz del Sistema de Derecho Peruano. – **5.1.** a) La delimitación de la “obligación” (y del deber) a partir del acuerdo “contractual”. – **5.2.** b) El contrato como expresión de la autonomía del particular y él interés como presupuesto y límite. – **5.3.** c) El interés de protección como “interés” no derivado del contrato y su carácter *atemporal e indeterminado*. – **5.4.** d) Los «deberes de protección» como “deberes” no contractuales (“obligatorios”): el carácter político antes que técnico del “interés” de protección y el consiguiente “deber” de protección. – **5.5.** La teoría de los «deberes de protección» de Stoll no fundamenta adecuadamente la existencia de deberes de cautela de la esfera jurídica ajena en el plano de la relación de obligación desde una perspectiva teórico dogmática.

III. En el Cap. II concluimos que la imposición de un deber de cautela de la integridad ajena no solo era fruto de una disociación entre *realidad normativa* y *necesidad extrajurídica* (característica de la experiencia alemana contemporánea a Stoll), sino también de la configuración legal arbitraria que el legislador creyó conveniente en un determinado espacio y tiempo.

Independientemente de lo anterior, lo cierto es que tal deber presentaba una naturaleza *sui generis* o especial respecto del tradicional deber de prestación, máxime en un sistema como el nuestro que a la luz de sus legisladores se construyó como una relación de prestación (*valor sintético*).

La cuestión es saber si la teoría germana de los «deberes de protección» remedia la aparente contradicción que supone en nuestro sistema cautelar los bienes personales y patrimoniales en sede contractual (*v.* casos antes señalados), propiciando, como diría su autor, una reconfiguración del sistema de tutela del crédito.

Comencemos con la óptica contractual y las tesis contractualistas que ubican los «deberes de protección» dentro de la relación de obligación; o lo que es lo mismo, las posiciones que derivan directamente los «deberes de protección» del acuerdo de las partes como aquellas que los observan desde el ángulo de la actividad que el deudor ha de desenvolver en vista de la “puntual” ejecución de dicho acuerdo¹⁶⁷⁴.

En adelante, vamos a presentar las tesis contractualistas y dependiendo del caso concreto, profundizaremos en aquellas que han servido a nuestra doctrina para justificar la adopción de los «deberes de protección» en sede nacional.

3.1. La primera tesis que vamos a evaluar se centra en el contrato como potencial generador de «deberes de protección»; esto es, el acuerdo entre los contratantes sería suficiente para que en la relación de obligación que se constituye se ubiquen los *Schutzpflichten* alemán.

Esta orientación debe ser precisada. En efecto, no se rebate la posibilidad de que las partes, al momento celebración del contrato, prevean que sus esferas jurídicas se encuentran expuestas al riesgo de ocurrencia de daños como consecuencia de la ejecución de este, de modo tal que, en aras de limitar tal incertidumbre, opten por incluir cláusulas destinadas a salvaguardar los intereses (personales y patrimoniales) de cada uno de ellas. El asunto es que como un atento autor advierte¹⁶⁷⁵, cuando tal circunstancia se presenta, la estipulación en tal sentido adquiere calidad de deber de prestación, aunque no principal, por no determinar el tipo de la relación de obligación, siéndole aplicable así las reglas que disciplina el Código Civil de 1984 a propósito de este tipo de deberes.

Teniendo en cuenta lo anterior, es posible prever la dirección que toma la tesis que ubica en el mero acuerdo la fuente de dichos deberes. Y es que una vez descartada la hipótesis anterior por no

(¹⁶⁷⁴) Sobre la segunda connotación, Frada precisa que “estos últimos, enfocados principalmente en la actividad debida como englobante de conductas destinadas a evitar la producción de daños en la esfera jurídica de la contraparte, pueden abstraerse de la fuente concreta de la relación obligatoria”. “Pueden, por eso, comprender la existencia de deberes de protección fuera del contexto contractual, acompañando deberes de prestación de origen diverso. Como ya se advirtió, sin embargo, es esencialmente a propósito del contrato que estos deberes obtienen reconocimiento jurisprudencial o son referidos por la doctrina”. v. **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 56 (nt. 94).

(¹⁶⁷⁵) *Ibíd.*

tratarse de «deberes de protección», el presupuesto fáctico radica justamente en la hipótesis de la que parte Stoll: la ausencia de una declaración contractual expresa en sentido positivo (aunque de carácter negativo). Dicho de otra manera, lo que se juzga es si el acuerdo *per se*, sin declaración expresa, es capaz de comportar «deberes de protección», como se deduce de Mota Pinto, cuando sugiere que los deberes *in contrabendo* se transforman en deberes *ex contractu*¹⁶⁷⁶, Ballerstedt, cuando migra el fundamento de la responsabilidad de la frustración de la confianza (negociaciones) a la palabra dada (consenso)¹⁶⁷⁷; Blomeyer, quien afirma que el *Schutzpflicht* (una vez celebrado el contrato) pasa a ser un deber contractual lateral (accesorio)¹⁶⁷⁸; Larenz, para quien los «deberes de protección» *in contrabendo* quedan absorbidos por la relación contractual¹⁶⁷⁹, indicando -como refiere Frada- “que el deudor estaría obligado según el sentido del contrato a comportarse de modo que no perjudique innecesariamente al acreedor: cualquier violación de este lineamiento, que exige de las partes un comportamiento contractualmente justo y que supera el ámbito del deber de prestar, representaría una violación contractual¹⁶⁸⁰”.

El dato legislativo nacional no nos ofrece una solución positiva.

Ni en la construcción de los arts. 1351, 1352 y ss. (Libro VI y ss.), ni en la lógica del legislador, el contrato presenta vestigios tales que permitan inferir la existencia de una faceta protectora. Un rápido repaso de nuestra principal doctrina confirma ello.

Bajo la premisa que contrato “es la declaración conjunta de la voluntad común de dos o más partes que, por permitirlo el ordenamiento jurídico, tiene por efecto crear, modificar o extinguir entre sí obligaciones lícitas de carácter patrimonial¹⁶⁸¹”, De La Puente y Lavalle confiesa que nuestro

(¹⁶⁷⁶) Este autor precisa que “celebrado el contrato, sin embargo, los deberes de este tipo (de protección en la fase pre-negocial) pasan a ubicarse en esta fuente constitutiva, incluso después de una eventual resolución, estos continuarían ahí radicados”. *v. PINTO, Carlos Alberto da Mota*. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 418.

(¹⁶⁷⁷) **BALLERSTEDT, Kurt**. *Zur Haftung für culpa in contrabendo bei Geschäftsabschluß durch Stellvertreter*. En: AcP, *núm.* 6, 1950/1951, p. 529.

(¹⁶⁷⁸) **BLOMEYER, Arwed**. *Allgemeines Schuldrecht*. 3 auf. Berlin: Franz Vahlen Verlag, 1964, p. 73.

(¹⁶⁷⁹) **LARENZ, Karl**. *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14 auf. München: C.H. Beck, 1987, p. 118.

(¹⁶⁸⁰) *v. FRADA, Manuel A. Carneiro da*. *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 60. El texto de Larenz al que se hace referencia es la décimo tercera edición de su manual que aparece en la cita inmediatamente anterior.

(¹⁶⁸¹) **LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. *El contrato en general. Primera Parte/I...* *óp. cit.*; p. 52.

código actual no brinda herramientas para develar el exacto significado del término “acuerdo” sancionado en el art. 1351, pero que visto en perspectiva, tal expresión funciona como sinónimo de “consenso¹⁶⁸²” (anteriormente hablamos de la reducción del contrato al consenso), “cuya vinculación con el consentimiento daría uniformidad a la redacción¹⁶⁸³” legislativa.

Vinculado con la noción de consenso, De La Puente y Lavalle cree que por acuerdo debe entenderse “uno de voluntades que, desde luego, ha de ser exteriorizado mediante la correspondiente declaración¹⁶⁸⁴”, y que se encuentra “orientado a la producción de efectos jurídicos¹⁶⁸⁵”, los cuales normativamente se deducen en crear, modificar y extinguir una relación jurídica patrimonial *ex art.* 1402¹⁶⁸⁶. Así, el consentimiento connota en nuestro *medio* un primer significado referido al carácter de coincidencia de voluntades declaradas y un segundo significado relativo a la conformidad de la oferta con la aceptación¹⁶⁸⁷.

Descartado por obvio que la fuente del «deber de protección» yazca en el segundo significado, porque de lo contrario estaríamos ante una hipótesis de deber de prestación, el foco sobre el cual debe recaer el análisis es el primer significado: coincidencia de voluntades orientada a la celebración del contrato¹⁶⁸⁸.

Para este autor, “es posible, y así ocurre en la mayoría de los casos, que lo que una parte desea obtener mediante la celebración del contrato sea distinto a lo que la otra parte desea (...), pero ambas partes deben estar absolutamente de acuerdo en que estos efectos los van a obtener mediante la celebración del contrato y, respecto de esto, sus voluntades deben coincidir totalmente, sin desacuerdo alguno, lo que determina que surja esa voluntad común (...)”¹⁶⁸⁹.

(¹⁶⁸²) Ídem, p. 71. Incluso este autor cree que dicho término evoca también las ideas de “encuentro” y “convención”.

(¹⁶⁸³) *Ibid.*

(¹⁶⁸⁴) Ídem, p. 72.

(¹⁶⁸⁵) Ídem, p. 74.

(¹⁶⁸⁶) Ídem, p. 85 y 96.

(¹⁶⁸⁷) Ídem, p. 124-125.

(¹⁶⁸⁸) Ídem, p. 129.

(¹⁶⁸⁹) *Ibid.*

Bien visto el asunto, ambos significados de “acuerdo” no presentan independencia conceptual, sino que uno funciona como revés del otro, porque si el primero está construido bajo el primado del principio de “autonomía de la voluntad” dotando de “subjetividad” al arquetipo del consenso “voluntario”, el segundo dota de una disciplina a lo anterior, estableciendo el modo de formación del consentimiento (exteriorización de la voluntad y encuentro entre declaraciones¹⁶⁹⁰, según De La Puente y Lavalle), y es ahí donde ingresa la secuencia clásica oferta-aceptación conforme la legislación nacional.

Otro autor como Forno Flórez, crítico sobre una definición reductiva del contrato, pero más aún de una modificación legislativa que no repare en los problemas del art. 1351 del Código Civil de 1984, no incorpora tampoco dentro de su concepción de “contrato” una faceta protectora, concentrándose su estudio al segundo significado de consenso¹⁶⁹¹.

Si ello es así y si en realidad el acuerdo o consenso es uno solo y se forma en base a la voluntad declarada, ¿qué lugar quedaría reservado para la función protectora del contrato, cuando resulta evidente que la voluntad a la que refiere el Código Civil de 1984 y sobre la que se construye la teoría del contrato es aquella destinada a procurarse una ventaja mutua (sin importar el tipo de comportamiento positivo/negativo desplegado)?

Aquella tesis que fundamenta los «deberes de protección» a partir del consenso (a estas alturas, “implícito”) parte de una ficción que se deduce en una presunción: la existencia de una voluntad presupuesta, no declarada (en los sistemas en donde prima esta última)¹⁶⁹².

Esta no es ni fue una novedad en la dogmática alemana. Sucedió con la *c.i.c.* Windscheid, en un primer momento, aceptaba la responsabilidad *in contrabendo* en base a una garantía tácita

⁽¹⁶⁹⁰⁾ Hay presunción de que lo declarado responde a lo querido (voluntad) *ex art.* 1361 segundo párrafo. *v.* Ídem, p. 152.

⁽¹⁶⁹¹⁾ **FORNO FLÓREZ, Hugo.** *Acercas de la noción de contrato... óp. cit.; passim.*

⁽¹⁶⁹²⁾ **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção... óp. cit.; p. 58.*

(*stillschweigende Garantie*) asumida por las partes¹⁶⁹³; Leonhard hablaba de la pre-eficacia de los contratos perseguidos por las partes (*Vorwirkung des Zielvertrages*) o denominada *Zielvertragstheorie*¹⁶⁹⁴ sustentada en una visión ampliada y continuada de la *Vertragsverhältnis* que partía desde la etapa de celebración hasta la fase de actuación del contrato (relación de obligación)¹⁶⁹⁵; Siber de un contrato de conservación (*Erhaltungsvertrag*)¹⁶⁹⁶, el cual surgía, según anticipamos en el Cap. I, *p.e.*, cuando un cliente ingresaba en la tienda (*v. Linoleumfall*)¹⁶⁹⁷, surgiendo deberes precontractuales destinados a la tutela del *status quo* de las partes¹⁶⁹⁸.

Lo cierto es que “estas teorías, basadas en un *consenso ficticio*, entre las partes, buscaban fundamentar la existencia de deberes de conducta sin abandonar el terreno de la autonomía de la voluntad¹⁶⁹⁹”. Y cuando se trataba de los «deberes de protección», la extensión de aquellas teorías no era imperiosa puesto que a diferencia de la fase *in contrahendo*, los «deberes de protección» ya partían de la existencia de un vínculo contractual, de modo que bastaba justificarlos en el solo consenso (sin tener que inventar un contrato ficticio). Pero en ambos casos, sea en lo que refiere a la *c.i.c.* como a

(¹⁶⁹³) **WINDSCHEID, Bernard.** *óp. cit.*; pp. 187-188 (nt. 5). Lo cierto es que en un segundo momento, este autor, reconociendo la crítica a su construcción, manifestó su interés por no perseverar en ella, decantándose por una solución lejana a la voluntad y fijada en la ley, la cual, incluso en ausencia de la primera, impone el deber de resarcimiento al autor de la declaración (de la cual confió el destinatario) en la hipótesis de la revocación. *v. sobre el particular FRITZ, Karina Nunes. A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual... óp. cit.*; pp. 168-169; **GIARO, Tomasz.** “*Culpa in contrahendo: Eine Geschichte der Wiederentdeckungen*”. En: AA.VV. *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914)*. Herausgegeben von Ulrich Falk und Heinz Mohnhaupt. Frankfurt: Klostermann, 2000, p. 118.

(¹⁶⁹⁴) **FRITZ, Karina Nunes.** *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht Ein Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik. Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht.* Berlin: De Gruyter, 2018, p. 22. La celebración del contrato aparece en esta óptica como una condición previa para el surgimiento de deberes (cuya afectación motivaría una responsabilidad *ex contractu*). Si ello es así, no sorprende la necesidad de “construir” este contrato aún en ausencia de declaraciones de voluntad en tal sentido. *ID. A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual... óp. cit.*; p. 169.

(¹⁶⁹⁵) **FRITZ, Karina Nunes.** *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht... óp. cit.*; p. 47.

(¹⁶⁹⁶) **SIBER, Heinrich.** *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit.* En: *Jber. Jb.*, 1921, p. 223 y ss.; aunque ciertamente en la argumentación de este autor, el “consenso” parecía resultado también de la interpretación *ex* parágrafo 157 BGB, más precisamente la interpretación integradora en palabras de **HILDEBRANT, Heinz.** *Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes.* Berlin: De Gruyter, 1931, p. 225 y ss.

(¹⁶⁹⁷) **FRITZ, Karina Nunes.** *Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht... óp. cit.*; p. 47.

(¹⁶⁹⁸) “Analizando o problema sob a ótica do que hoje se denominaria situação jurídica de consumo, Siber defende que o proprietário de um estabelecimento comercial, ao abrir sua loja ao público, emite uma oferta a pessoas indeterminadas dirigida à celebração de um contrato de conservação, do qual decorreria um dever de diligência destinado à proteção da integridade pessoal do interessado comprador (Kauflustigen)”. *v. FRITZ, Karina Nunes. A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual... óp. cit.*; p. 169

(¹⁶⁹⁹) *Ibíd.*

los *Schutzpflichten*, lo único real era que faltaba el consenso, en un caso para formar el propio contrato, y en el otro, para dirigir su sentido a la conservación del *status quo*.

Es por ello que un sector de la doctrina advierte hoy que las construcciones antes mencionadas (en materia de *c.i.c.*), centradas en una *reine Fiktion* (p.e. la teoría del *Erhaltungsvertrag*¹⁷⁰⁰), perdían sentido cuando no surgía al final de las negociaciones un contrato entre las partes o cuando este era invalidado (v. que Jhering aborda el asunto en caso de contratos nulos o no llegados a formar¹⁷⁰¹), motivo por el cual hoy se encuentran abandonadas en la dogmática alemana¹⁷⁰². Ese mismo destino le espera a las teorías que fundan los *Schutzpflichten* en el solo consenso.

El descrédito de las teorías que parten sobre un *consenso ficticio* fue captado incluso por el propio Stoll cuando trató la *c.i.c.* En efecto, en un trabajo de 1923¹⁷⁰³, influyente en la jurisprudencia posterior¹⁷⁰⁴, y teniendo en cuenta el *Linoleumfall* en el cual el RGZ se aparta del recurso al *contrato fictio* como fuente de deberes precontractuales, Stoll sentencia la suerte del referido expediente¹⁷⁰⁵ (así como de la ficción de la *Erhaltungsvertrag* de Siber¹⁷⁰⁶, defendida luego también por Hildebrandt¹⁷⁰⁷) proponiendo que la relación jurídica reconocida por el RGZ fuera teorizada a partir de la existencia de una “relación obligatoria de negociaciones contractuales”¹⁷⁰⁸ (opuesta connotativamente a la *Vertragsverhältnis*), en donde partiendo del principio de que el ordenamiento reconoce deberes

(1700) **PABMANN, Jan-Hendrik.** *Schutzpflichtverletzungen im Spannungsverhältnis von schuldrechtlichem und deliktischem Haftungsregime.* Berlin: Logos Verlag, 2010, p. 23; **GIARO, Tomasz.** *óp. cit.*; p. 145; y antes, **FROST, Marina.** *óp. cit.*; p. 157; **STOLL, Heinrich.** *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen.* En: *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1923, p. 532 y ss.

(1701) Demás está indicar que Leonhard aborda supuestos distintos a Jhering. Sobre el punto, v. **PINTO, Paulo Mota.** *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I...* *óp. cit.*; p. 192 (nt. 655).

(1702) **CANARIS, Claus-Wilhelm - GRIGOLEIT, Hans Christoph.** “Interpretation of contracts”. En: *AA.VV. Towards a European Civil Code.* 3rd. ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri, 2004, f. 21 (de la versión mecanografiada); **FRITZ, Karina Nunes.** *A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual...* *óp. cit.*; p. 169.

(1703) **STOLL, Heinrich.** *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen...* *óp. cit.*; *passim*.

(1704) **PINTO, Paulo Mota.** *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I...* *óp. cit.*; p. 207 (nt. 694).

(1705) **GIARO, Tomasz.** *óp. cit.*; p. 145, quien recuerda que Stoll defendía que las explicaciones implícitas no siempre probaban lo que buscaban sustentar.

(1706) *Ibíd.*

(1707) **HILDEBRANT, Heinz.** *óp. cit.*; p. 96 y ss. Para una panorámica, v. **BENEDICT, Jörg.** *Culpa in Contrahendo Transformationen des Zivilrechts. Band I: Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung. Jus Privatium. Beiträge zum Privatrecht.* Tübingen: Mohr Siebeck, 2018, p. 352 y ss.

(1708) **PINTO, Paulo Mota.** *Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo I...* *óp. cit.*; p. 207.

jurídicos respecto a la otra parte (en dicha “relación obligatoria de negociaciones contractuales”), estos se deducirían principalmente en deberes de información y esclarecimiento¹⁷⁰⁹.

El reconocimiento de tales deberes, los cuales constituirían la responsabilidad *in contrabendo*, prescindía totalmente del contrato enfocándose ahora en aquella relación que Stoll concebía por especial y que se coloca en un plano distinto a la relación de obligación. Sin duda, estas fueron las bases dogmáticas que permitieron a este autor luego construir la dogmática de los «deberes de protección», en donde -como vimos- la relación especial (o de confianza) es capaz de extenderse desde las tratativas hasta la etapa de ejecución del contrato.

Otro ejemplo, ya tratado ampliamente, es el de Haupt sobre la *faktischen Vertragsverhältnis*, en donde este autor se mostraba bastante crítico sobre las ficciones que pretendían ver celebrados contratos en donde no había lugar, y más importante aún, la incapacidad del comportamiento concluyente para cambiar dicha conclusión. En nuestro *medio*, dicha teoría no alcanzó mayor difusión, aun cuando una de sus hipótesis sí llegó (durante la primera mitad del siglo XX) a ser tratada por un sector limitado de la doctrina peruana, nos referimos a la sociedad de hecho¹⁷¹⁰.

Ahora bien, no es menos cierta otra circunstancia: ni en los trabajos preparativos del Código Civil de 1984 (incluye el Anteproyecto de la Comisión Reformadora, el Proyecto de la Comisión Reformadora y el Proyecto de la Comisión Revisora), ni en el legislador (del Libro VI y Libro VII (Sección Primera), ni en la codificación actual y anterior (proyectos, Código Civil de 1852, Código Civil de 1936), ni en la doctrina actual, el solo acuerdo trae aparejado implícitamente un “consenso” sobre la protección. Queda confirmada a la luz de la experiencia y los argumentos dogmáticos, que el solo consenso no fundamenta los «deberes de protección», correspondiendo a aquél (las

(¹⁷⁰⁹) **STOLL, Heinrich.** *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen...* *óp. cit.*; p. 543.

(¹⁷¹⁰) *v., p.e., CORNEJO, Lino.* Derecho Comercial. 1ª parte. Sociedades mercantiles. Versión taquigráfica de las lecciones dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos en el año académico 1931-1932. Lima: Atlántida, 1935, p. 24 y ss.; quien a propósito de la necesidad de la escritura pública como solemnidad (forma) para la existencia de la sociedad, refiere a la categoría de la sociedad de hecho.

declaraciones que conscientemente emiten las partes) *strictu sensu* el establecimiento de la relación de prestación¹⁷¹¹.

Dicho esto, resulta aleccionador el hecho que el propio Stoll descartara al acuerdo como fundamento de los *Schutzpflichten*.

Por supuesto que en la base de este análisis, el contrato aparece como “acto de conformación creadora de relaciones jurídicas según la voluntad de los contratantes y de armonía con el principio de autonomía privada¹⁷¹²”.

Luego de repasar las demás tesis contractualistas, veremos que en aras de incluir los «deberes de protección» en el contrato se terminaría por revisar esta concepción para pasar del contrato querido (consenso) al contrato justo o adecuado (integrado)¹⁷¹³.

Advertida las dificultades de una postura que busque fundamentar los «deberes de protección» a partir de la existencia de un acuerdo “implícito” sobre la conservación de los bienes patrimoniales y personales de los *partners* contractuales, la dogmática alemana mudó el ángulo de análisis,

(1711) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 69.

(1712) Es la noción de Frada, siguiendo a Flume, Ídem, p. 62.

(1713) *Ibíd.*

considerando a la ausencia de acuerdo como una laguna y ubicando su solución en lo que en Alemania se conoce como *ergänzende Vertragsauslegung*¹⁷¹⁴ (interpretación integradora o complementadora).

3.2. ¿Cómo entender a la *ergänzende Vertragsauslegung* desde la óptica peruana? En principio, aunque no es materia central de este trabajo y por ello su breve tratamiento en esta sede, comencemos por comprender su ubicación en el sistema alemán y a partir de ahí exploraremos la experiencia nacional.

Es un dato indudable que respecto de la interpretación como actividad, el ambiente jurídico alemán de fines de siglo XIX se mostraba reacio e incrédulo sobre su recepción en el BGB a partir de la enunciación de reglas destinadas a favorecer al intérprete del contrato, ya sea porque las reglas de derecho eran concebidas como reglas del pensar sin contenido jurídico (el juez recibe de ellas enseñanzas de la lógica práctica y por eso no se pueden vincular al intérprete en la tarea de determinar el alcance y sentido del contrato), o porque la interpretación era vista como una cuestión de hecho, variable en cada caso e inaprensible por el derecho (la lógica práctica no debía ser codificada, según se dice en el Propósito del Primer Anteproyecto)¹⁷¹⁵.

La disyuntiva finalmente se resolvió codificando la interpretación aunque mediante una regulación “mínima” o, si se quiere, escasa, la cual fue fruto de desdoblar el párrafo 359 del referido

⁽¹⁷¹⁴⁾ *v.*, entre otros, **LEONHARD, Franz.** *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte.* En: AcP, 120, *núm.* 1, 1922, p. 14 y ss.; **HENCKEL, Wolfram.** *Die ergänzende Vertragsauslegung.* En: AcP, 159, *núm.* 2, 1960/1961, p. 106 y ss.; **LARENZ, Karl.** *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht.* En: NJW, 1963, p. 737 y ss.; **RODOTÀ, Stefano.** Le fonti di integrazione del contratto... *óp. cit.*; p. 95 y ss.; **ZICCARDI, Fabio.** *L'integrazione del contratto.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1969, p. 108 y ss.; **CATAUDELLA, Antonino.** Sul contenuto del contratto. Studi di diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli. Ristampa inalterata. Milano: Giuffrè, 1974, p. 96 y ss.; **CASTRONOVO, Carlo.** *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 156 y ss.; **VATTIER FUENZALIDA, Carlos.** *La interpretación integradora del contrato en el Código civil.* En: Anuario de Derecho Civil, *núm.* 2, 1987, p. 495 y ss.; **ALMEIDA, Carlos Ferreira de.** Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico. Teses de Doutorado. vol. I. Coimbra: Almedina, 1992, p. 433 (nt. 196) y ss.; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 69 y ss.; **NEUNER, Jörg.** “Vertragsauslegung – Vertragsergänzung – Vertragskorrektur”. En: FS. Canaris, München: C.H. Beck, 2007, p. 991 y ss.; **VASCONCELOS, Pedro Pais de.** Contratos atípicos. Teses de Doutorado. 2da. ed. Coimbra: Almedina, 2009, p. 385 y ss.; **KÖTZ, Hein.** *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung.* En: JuS, 2013, p. 289 y ss.; **DUARTE, Rui Pinto.** A Interpretação dos Contratos. Coimbra: Almedina, 2016, p. 76 y ss.; **CORDEIRO, António Menezes.** Da Boa Fé no Direito Civil... *óp. cit.*; p. 1063 y ss.; **MIZRAHI, Gustavo José.** A vontade hipotética na integração do negócio jurídico. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Senhor Doutor Paulo Mota Pinto. Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito, 2018, p. 28 y ss.

⁽¹⁷¹⁵⁾ **VATTIER FUENZALIDA, Carlos.** *óp. cit.*; pp. 497-498.

Anteproyecto¹⁷¹⁶, resultando los conocidos §§ 133 y 157 BGB, según los cuales, en el primer caso, “al interpretar una declaración de voluntad, la voluntad real ha de ser investigada y no adherida en función al sentido literal de la expresión”, y en el segundo, “los contratos se interpretarán conforme lo requiera la buena fe y en consideración a los usos del tráfico”. A todo ello se le sumaba el conocido párrafo 242 BGB.

En esta realidad normativa, surgió en la dogmática alemana tres voces independientes y autónomas (de triada habla un autor¹⁷¹⁷), no sin cuestionamientos: interpretación, interpretación integradora e integración.

En función a la interpretación se reconstruiría únicamente la declaración de voluntad, sería una cuestión de hecho situada entre la prueba y la subsunción y se contraponen tanto a esta última como a toda otra modificación de lo acordado por los contratantes en aplicación de las normas dispositivas, incluso a la interpretación integradora¹⁷¹⁸.

Por su parte, la interpretación integradora o complementaria (*ergänzende Vertragsauslegung*) germinó en un contexto donde no pudiendo las normas supletorias colmar todas las posibles lagunas¹⁷¹⁹ (y motivado por la ausencia de un correlato normativo similar a los arts. 1135 *Code* o 1374 *Codice*¹⁷²⁰), este recurso, fundado a partir del § 157 del BGB¹⁷²¹ (teniendo como objeto la *fattispecie* en su totalidad -*Gesamtgeschäft*-¹⁷²²), permitiría colmar las mismas (*eine Lücke im Verträge*¹⁷²³) y regular en el mejor modo los intereses de los privados¹⁷²⁴, básicamente exigiendo que el intérprete indague y tenga en cuenta en la labor interpretativa aquello que los contratantes, si bien no declararon, lo

(¹⁷¹⁶) Ídem, p. 498.

(¹⁷¹⁷) **ZICCARDI, Fabio**. *óp. cit.*; p. 113.

(¹⁷¹⁸) **VATTIER FUENZALIDA, Carlos**. *óp. cit.*; p. 498.

(¹⁷¹⁹) **CATAUDELLA, Antonino**. *óp. cit.*; p. 113.

(¹⁷²⁰) Así lo sostiene **BIGLIAZZI GERI, Lina**. *L'interpretazione del contratto*. Artt. 1362-1371. Il Codice Civile. Commentario fondato da Pietro Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli. Milano: Giuffrè, 2013, p. 26, quien habla que esta interpretación se haya más próxima a la integración que a la interpretación (integrativa) del contrato.

(¹⁷²¹) **HENCKEL, Wolfram**. *óp. cit.*; p. 107; **RODOTÀ, Stefano**. *Le fonti di integrazione del contratto... óp. cit.*; p. 95; **CATAUDELLA, Antonino**. *óp. cit.*; p. 113.

(¹⁷²²) **RODOTÀ, Stefano**. *Le fonti di integrazione del contratto... óp. cit.*; p. 95; **CATAUDELLA, Antonino**. *óp. cit.*; p. 114.

(¹⁷²³) **HENCKEL, Wolfram**. *óp. cit.*; p. 107.

(¹⁷²⁴) **RODOTÀ, Stefano**. *Le fonti di integrazione del contratto... óp. cit.*; pp. 95-96.

habrían hecho considerado el asunto desde una óptica integral de la totalidad y finalidad del contrato, fundado en la buena fe y los usos¹⁷²⁵.

De esta manera, la interpretación complementaria constituiría no solo un instrumento indispensable para asegurar el llenado de las lagunas (las cuales surgen de modo natural en tanto que la previsión de las partes no alcanza todas las variables posibles¹⁷²⁶), sino representaría también el medio más idóneo para operar la integración en el mejor modo respecto de los concretos intereses en juego¹⁷²⁷. Y en esa línea, “los puntos no específicamente disciplinados (por los contratantes) deberán entenderse como parte de la *fattispecie* total, (la que habría sido, en ese entendido) indirectamente regulada¹⁷²⁸”.

Dicho de otro modo, la *ergänzende Vertragsauslegung* aparece como “un proceso de integración del contrato a partir del desarrollo congruente de los parámetros valorativos establecidos por las partes en su acuerdo¹⁷²⁹”.

Frente a aquella, la integración consistiría (al contrario) pura y simplemente en la aplicación al contrato de las normas supletorias del Derecho positivo (*dispositives Gesetzesrecht*) correspondiente a su tipo¹⁷³⁰.

En este orden de ideas, en uno y otro polo se encontrarían la interpretación (*auslegung*) y la integración, y entre ambas se ubicaría la *ergänzende Vertragsauslegung*. Siendo ello así, no debe sorprender que sea justamente esta última categoría la que sea objeto de discusión en torno a su independencia conceptual, y en lo que respecta a nosotros, resulta ahora imperioso determinar si ella

(1725) HENCKEL, Wolfram. *óp. cit.*; p. 107; CANARIS, Claus-Wilhelm - GRIGOLEIT, Hans Christoph. *óp. cit.*; ff. 19-20 (de la versión mecanografiada); KÖTZ, Hein y Salvatore PATTI. *Diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè, 2006, p. 214.

(1726) HENCKEL, Wolfram. *óp. cit.*; p. 107.

(1727) CATAUDELLA, Antonino. *óp. cit.*; p. 113.

(1728) Ídem, p. 114.

(1729) FRADA, Manuel A. Carneiro da. *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 70.

(1730) CANARIS, Claus-Wilhelm - GRIGOLEIT, Hans Christoph. *óp. cit.*; f. 18 (de la versión mecanografiada); VATTIER FUENZALIDA, Carlos... *óp. cit.*; p 498.

encuentra cabida en nuestro sistema para luego examinar si puede ser fuente de «deberes de protección».

3.2.1. Nuestra doctrina ha abordado el asunto de la interpretación e integración del contrato en diversos momentos: (i) durante la vigencia del Código Civil de 1852, (ii) durante la vigencia del Código Civil de 1936 y (iii) actualmente, a raíz del Código Civil de 1984.

(i) Durante la vigencia del Código Civil de 1852, fueron dos normas las que, visto desde la actualidad, concentraban el binomio interpretación – integración: (i) el art. 1277, el cual señalaba que “para la mejor inteligencia ó interpretación de las cláusulas dudosas de un contrato, debe investigarse cual fue la intención de las partes al celebrarlo. Concurren al conocimiento de esta intención, el sentido de las demás cláusulas del contrato, ó de otros contratos semejantes celebrados por la misma persona: las costumbres del lugar, y todas las demás circunstancias que contribuyan al mismo fin”; y (ii) el art. 1257, mediante el que se reconocía que “los contratos son obligatorios, no solo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también en lo que sea de equidad, ó de ley, según su naturaleza”.

Un rápido repaso de la doctrina principal nos demostrará que el binomio no era muy claro entre nuestros autores.

Comencemos con García-Calderón, quien a raíz de la reciente codificación civil, planteo la necesidad de incorporar reglas de interpretación que se deducirían en aquellas del *Derecho Romano y otras*, llegando estas a alcanzar el número de once, aunque en el seno de estas no se encuentre armonía ni correlación -mayormente- con las normas positivas del Código Civil de 1852, a excepción de la primera regla que se ciñe en la “intención de las partes” y el modo de determinarla¹⁷³¹.

Igual de escueto fue Ortiz de Zevallos, para quien la regla de interpretación *ex art. 1277* se deducía finalmente en averiguar la intención de las partes, con la particularidad que (de los ejemplos tratados): (i) la “voluntad” a indagar no era la declarada sino aquella interna, siguiendo el brocardo

⁽¹⁷³¹⁾ **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Interpretación”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, p. 347.

“in contractus rei veritas potius quam scriptura perspici debet”¹⁷³²; y (ii) siempre se prefiere la interpretación en el sentido que favorezca la producción de algún efecto antes que en el sentido con el cual no tendría ninguno (“interpretandus est actus potius ut valent quam ut pereat”)¹⁷³³. En suma, para este autor, el juez contaba con “plenos poderes para apreciar según su conciencia el significado de las cláusulas oscuras de un contrato”¹⁷³⁴.

Por su parte, para M. A. Olaechea debían regir los contratos: (i) las estipulaciones que son su ley; y (ii) la equidad, que es una emanación de la moral, que amplía la ley¹⁷³⁵. Respecto de la primera, el afamado autor partía de la premisa que lo declarado debía coincidir con lo querido, de modo que ahora sí “la voluntad de las partes es la ley de los contratos”¹⁷³⁶. Propone en esa línea que “para el mejor conocimiento de la intención de las partes se tendrán en cuenta los actos que practicarán en los momentos inmediatos a la celebración del contrato”¹⁷³⁷. Con relación a lo segundo, nuestro autor indicaba que “los contratantes muchas veces no quieren o no pueden prever los casos que pueden presentarse en un contrato; entonces se considera incorporadas a ellos las disposiciones legales pertinentes, y como formando parte de ellos lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza. Si no han dicho nada en algún punto, se supone que se han sometido a la ley”¹⁷³⁸. En este extremo, la equidad “puede considerarse como una fuerza propulsora, y en los contratos debe ser la fuente supletoria de la ley”¹⁷³⁹.

Formalmente, ni García-Calderón, ni Ortiz de Zevallos, ni M. A. Olaechea trataron el asunto relativo a la integración. Pero en el caso de este último autor, se presentaba una particularidad. En efecto, la referencia efectuada por este autor a la equidad y la ley como elementos capaces de colmar aquello que las partes no previeron al momento de estipular el contenido negocial *ex art.* 1257, se vinculaba antes (y a priori) a la integración contractual que a la actividad interpretativa. No obstante,

(1732) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 76.

(1733) *Ibíd.*

(1734) *Ibíd.*

(1735) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 137.

(1736) *Ibíd.*

(1737) *Ídem*, p. 138.

(1738) *Ídem*, p. 137.

(1739) *Ídem*, p. 138.

nuestro autor no tenía despejado el panorama, en parte por el escaso desarrollo tanto de la doctrina como de las normas dispuestas a reglamentar uno y otro supuesto.

Lo cierto es que la regla construida en torno al art. 1277 era básica y estrictamente subjetiva, dentro de un *medio* en donde, como anticipamos, el rol de la voluntad, a todo nivel, era protagónico. Y es en este ambiente de difícil difusión (doctrinaria) para la integración (cuando no para la propia interpretación *ex contractu*), en donde una teoría como la *ergänzende Vertragsauslegung* no se pudo formar, a pesar que lo escueto de la construcción legislativa dejaba espacio para el planteamiento dogmático.

(ii) La situación devino dramática en el Código Civil de 1936, dado que este no presentó ninguna norma relativa a la interpretación del contrato (y el negocio jurídico en general). Sin embargo, y a contrario de lo que se podría pensar, este fue un resultado consciente y pretendido por nuestros legisladores.

Para comprender ello debemos hacer referencia al Primer Anteproyecto (Libro V) presentado por M. A. Olaechea, en el que su *núm.* 13, sintetizando el art. 1277 del Código Civil de 1852, disponía que “en las declaraciones de la voluntad se atenderá más a su intención que al sentido literal del lenguaje”.

En la principal monografía escrita sobre la interpretación (del “acto jurídico”) en Perú¹⁷⁴⁰, Arana Courrejolles explica que el *núm.* 13 propuesto por M. A. Olaechea se mostraba como fundamental y general, puesto que confirmaba el principio espiritualista que dotaba de relevancia a la voluntad (dogma), y general en tanto no se limitaba a los contratos como sí lo hacía el art. 1277 del código abrogado. Agreguemos que este artículo, sin duda de índole subjetiva por reducirse en última ratio a la voluntad interna de las partes, era corolario de la posición del autor sobre la materia, como vimos anteriormente.

Pero más importante aún, según esta autora, lo anterior demostraba que “el desconocimiento del método interpretativo en esta materia, se pone de manifiesto cuando para fundamentar un artículo

(¹⁷⁴⁰) Nos referimos evidentemente a **ARANA COURREJOLLES, Carmen**. La interpretación del Acto Jurídico. Lima: Cultural Cuzco, 1992, *passim*.

interpretativo no se habla de criterios interpretativos sino sólo (sic) de principios generales de la teoría del acto jurídico como la voluntad (...), no se dice nada sobre el criterio subjetivista, ni sobre el tratamiento interpretativo que el intérprete dará a la voluntad¹⁷⁴¹”.

Esto se demostraría por el hecho que el *núm.* 13 había sido escindido del sistema francés, alemán y suizo, aislándolo de su contexto legislativo y doctrinario, por más que Oliveira haya sostenido la coincidencia entre la fórmula propuesta por M. A. Olaechea y los modelos foráneos¹⁷⁴².

Y por más que se dudaba en incluir reglas interpretativas por ser abiertas y capaces de prestarse a la confusión y el abuso¹⁷⁴³, la regla del *núm.* 13 (tomada del art. 85 del Código Civil de Brasil de 1916) pervivió en el Segundo Anteproyecto (*núm.* 10, Título I, Sección Primera – De los actos jurídicos) en idéntico tenor aunque terminó siendo suprimido en el Código Civil de 1936.

Las razones de dicha supresión no son claras¹⁷⁴⁴, pero en la Exposición de Motivos del Código Civil de 1936 a cargo del autor del Libro V, se confiesa que “se omite igualmente fijar reglas para la interpretación. Los problemas de este orden tienen una gran variedad y se hallan subordinados por su naturaleza a la práctica jurisprudencial. El arbitrio del juez es indispensable tratándose de procesos de lógica y de hechos de la vida apreciables en su momento, en su medio y en sus circunstancias. Las normas preconstituídas conducirán en muchos casos a aplicaciones contrarias a la justicia¹⁷⁴⁵”.

Al igual que cuando comentaba el art. 1257 abrogado, M. A. Olaechea deja perplejo a sus lectores al tratar el art. 1328 del Código Civil de 1936.

Descartado el art. 1277 del Código Civil de 1852, la comisión reformadora conservó en idénticos términos la fórmula del art. 1257 en el Primer Anteproyecto bajo el *núm.* 322¹⁷⁴⁶. El 1 de septiembre de 1926 (Sesión 167) se aprobó el *núm.* 322, aunque modificándolo en los siguientes

⁽¹⁷⁴¹⁾ Ídem, p. 286.

⁽¹⁷⁴²⁾ Ídem, p. 287.

⁽¹⁷⁴³⁾ Ídem, p. 288.

⁽¹⁷⁴⁴⁾ *Ibid.*

⁽¹⁷⁴⁵⁾ **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto de Código Civil... *óp. cit.*; pp. 34-35.

⁽¹⁷⁴⁶⁾ **ARANA COURREJOLLES, Carmen.** La interpretación del Acto Jurídico... *óp. cit.*; p. 290.

términos “los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos, y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. Este texto se mantendrá en el *núm.* 308 del Segundo Anteproyecto y será incorporado posteriormente en el art. 1328 del Código Civil de 1936¹⁷⁴⁷.

Si la comisión reformadora, incluido el autor del Libro V, manifestaron su intención de no regular la interpretación en sede nacional, ¿qué lugar correspondió al art. 1328?

Es aquí en donde aflora la particularidad del pensamiento de M. A. Olaechea. En efecto, en su lógica una cosa es principio y otra regla en materia interpretativa. En base a lo anterior, quedaba claro que el Código Civil de 1936 no incorporaba reglas de interpretación. No obstante, en cuanto al “principio”, la realidad sería distinta. De hecho, nuestro autor afirmaba que (la interpretación en) este código, al igual que el alemán, suizo e incluso brasileño, “vivía” en dicho cuerpo normativo *ex art.* 1328¹⁷⁴⁸.

Contradictoriamente a lo expuesto en la exposición de motivos, M. A. Olaechea diría que como consecuencia de dicho art. 1328 prevalecería el elemento espiritualista “en materia de interpretación de los contratos¹⁷⁴⁹”. “Vale decir, entonces que en este art. se enumeran dos reglas fundamentales de interpretación, las expresiones externas, las expresiones de las partes, la manera en que las partes han estipulado sus condiciones para la ejecución de los contratos todo está supeditado por el elemento de la buena fe y la común intención de las partes¹⁷⁵⁰”.

Este autor se declaraba partidario de “este sistema (respecto) al sistema de los C. clásicos que contienen una enumeración de reglas de interpretación que no tienen vida que perturban el libro (sic) juego de la intención de las partes. Por que (sic) los problemas relativos a la interpretación sin problemas de gran variedad que por su naturaleza deben quedar sujetos a las prácticas

⁽¹⁷⁴⁷⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁷⁴⁸⁾ **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; ff. 22-23.

⁽¹⁷⁴⁹⁾ *Ídem*, p. 23.

⁽¹⁷⁵⁰⁾ *Ibíd.*

jurisprudenciales. El arbitrio del juez es necesario tratándose de procesos de lógica o de hechos de la vida¹⁷⁵¹”.

Pareciera entonces que el “principio” consagrado en el art. 1328 debía ser capaz de suplir la ausencia de reglas legales en el Código Civil de 1936, en donde el juez aparecía premunido de un “poder supremo¹⁷⁵²” para interpretar la voluntad de las partes¹⁷⁵³. En esa lógica, “el juez debe formar su criterio según las circunstancias, no debe haber solamente una interpretación subjetiva, psicológica de la voluntad de las partes, sino que debe consistir en que el juez haciendo esta interpretación de la voluntad de las partes realice también una interpretación conforme al fin social del derecho, eliminando soluciones que puedan dar lugar a la nulidad del contrato¹⁷⁵⁴”.

En este extremo es visible que M. A. Olaechea propugna lo que el texto legislativo no ofrece, acaso por el rezago del art. 1277 del código abrogado, o influenciado por las nuevas tendencias en la materia (o del derecho francés), sorprendiendo el hecho de migrar de una interpretación estrictamente subjetiva a otra conforme al “fin social del derecho”. En el fondo hay una cuestión más importante: nuestro autor no logra advertir que el art. 1328 tuvo por fuente el art. 1257 del Código Civil de 1852 relativo no a la interpretación sino a la integración del contrato. ¿Se puede decir que el art. 1257 dejó de ser una norma de integración en el art. 1328 del Código Civil de 1936, para transformarse en un “principio de interpretación”, como lo sugería M. A. Olaechea?

Para Cornejo, y en esa misma línea García Sayán¹⁷⁵⁵, el art. 1328 se descomponía en dos proposiciones: (i) los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos; y (ii) los contratos deben ejecutarse según las reglas de la buena fe¹⁷⁵⁶. Visto así el asunto, este autor se apuraba en anticipar que “el contenido del art. 1328 en su primera disposición difiere del art. 1257 del código abrogado, que extendía la obligatoriedad (también) o (sic) lo que fuese de equidad o de ley según la

(1751) *Ibíd.*

(1752) *Ibíd.*

(1753) *Ibíd.*

(1754) *Ibíd.*

(1755) **GARCÍA SAYÁN, Enrique.** *óp. cit.*; p. 15.

(1756) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 25.

naturaleza del contrato¹⁷⁵⁷”. Así pues, “la fórmula nueva supera a la abrogada. El vínculo jurídico, o sea el derecho subjetivo y el deber o sujeción que de aquel nacen, no comprende, según la nueva ley, sino lo que ha sido objeto de la manifestación de voluntad. El contenido de las obligaciones contractuales hay que tomarlo en su sentido estricto: no puede ampliarse por vía de interpretación. El consenso ha de estar expresado en la manifestación de voluntad: no puede suplírsele ni invocando la equidad, ni la misma naturaleza del convenio¹⁷⁵⁸”.

En este extremo, no cabe duda que Cornejo evalúa la primera proposición del art. 1328 a la luz de la interpretación contractual, por ello puntualiza su conformidad con que se limite aquella actividad a lo manifestado consensualmente. Y es claro: mediante la interpretación no se puede ampliar el contenido de las obligaciones, y por esto son obligatorias en cuanto se hayan expresado en ellos. La premisa de Cornejo que la interpretación no extiende el contenido negocial debe ser compartida por nosotros, puesto que tal propósito es materia, al contrario, de la integración.

Pero yerra también Cornejo en la medida que juzga el art. 1328 referido a la obligatoriedad del contrato bajo la lupa del art. 1257, que en su consideración presentaba naturaleza de regla de interpretación, cuando lo correcto era concebirla como norma de integración, siendo la conclusión correcta que a diferencia del código abrogado, el Código Civil de 1936 (en lo que respecta a la primera proposición del art. 1328) no presentó una norma genérica sobre integración contractual (a diferencia del Código Echenique), aun cuando Cornejo reconociera que los efectos del contrato no se determinan exclusivamente por la voluntad privada, pues están regulados por normas imperativas o por lo menos supletorias, en cuanto limitan el ejercicio de los derechos subjetivos, o en cuanto integran la manifestación de la voluntad en el caso de no haber esta abarcado todos los efectos que la ley atribuya al acto jurídico¹⁷⁵⁹”.

La escisión de la expresión “no solo en cuanto se haya expresado en ellos, sino también, en lo que sea de equidad o de ley, según su naturaleza” del art. 1257 supuso que la primera proposición del

(1757) Ibíd (paréntesis nuestro).

(1758) Ídem, p. 25, 26 y 28.

(1759) Ídem, p. 28.

art. 1328 pierda su función de clausula general de integración del contrato, quedando limitada a ser una mera disposición redundante y sin valor interpretativo ni complementario. Quizá por ello León Barandiarán afirmara luego que “la primera parte del art. 1328 no requiere, en verdad, mayor comentario¹⁷⁶⁰”.

Cornejo añadirá algo que es valioso para entender lo anterior: “son los efectos del contrato, que atañen a su ejecución, los que se regulan por las reglas de la equidad o se inducen de la común intención de las partes¹⁷⁶¹”. Soslayado lo último, lo primero evoca a aquella tesis que dicta que la integración se ciñe a los efectos antes que al contenido del negocio. Y si ello es así, entonces la diferencia entre la primera proposición del art. 1328 y el art. 1257 del Código Civil de 1852 queda evidenciada.

Respecto de la segunda proposición, nuestro autor señalaba que “la intención representa la dirección teleológica de la voluntad, es la voluntad dirigida a un fin. (...) La intención común, punto de referencia para la ejecución del contrato, es el (sic) en que coinciden los dos propósitos en que culmina la infra-estructura del contrato y consiste en la unificación del querer de ambas partes en el propósito de crear una obligación jurídica, en lo que los alemanes llaman la “voluntad del negocio”, antingente (sic) al contenido jurídico del contrato y no a los fines prácticos. Cada uno de estos quiere lo que ha considerado como ventaja, lo que estima como un medio de realizar su interés; las dos partes quieren conjuntamente obtener la ventaja respectiva con plena seguridad, con la seguridad que el orden jurídico da al adquirente de un derecho (...). Este propósito es recíproco (sic), representa la común intención de las partes y es el que ha de tener en cuenta al ejecutarse el contrato¹⁷⁶²”.

Dicho de esto, “tal intención es la que puede ser objeto de interpretación. La intención íntima (sic), la que ha guiado la voluntad psicológica, que ha informado los motivos del contrato, se sustrae

(¹⁷⁶⁰) LEÓN BARANDIARÁN, José. Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; p. 33.

(¹⁷⁶¹) CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 26.

(¹⁷⁶²) Ídem, p. 27.

a la investigación interpretativa, que sólo puede recaer sobre la intención común que aparece al estructurarse el acto contractual¹⁷⁶³.

La buena fe, según Cornejo, “consiste aquí 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. La buena fe en la ejecución de los contratos es antitética (...) de las interpretaciones capciosas, tendentes a menoscabar el interés o justas expectativas de la otra parte, o a eludir o restringir alguno de los efectos propios de la naturaleza de la obligación¹⁷⁶⁴”.

Ejecución, común intención y buena fe estarían ligados en la óptica de Cornejo, puesto que las dos últimas dilucidarían, en base a la voluntad declarada, aquello que sería materia de ejecución contractual, y en ese sentido, aun cuando este autor no lo planteara expresamente, si funcionarían como criterios interpretativos, siempre que en última instancia, y es importante resaltarlo, se ciñan en la ejecución de la prestación contractual, sobre la que la común intención decidió.

Teniendo en cuenta lo anterior, se observa un dato adicional, en Cornejo, la buena fe, de fuente de deberes accesorios, cobra también papel protagónico en materia de interpretación, y si se lee sistemáticamente con lo expuesto por los miembros de la comisión reformadora, no como regla (buena fe y común intención) sino como principio, tal cual lo sustentara el autor del Libro V.

Otro autor como Barandiarán, pese a reconocer que la primera parte del art. 1328 indicaba el qué de la prestación, el contenido de la deuda, y la segunda el cómo o manera de la prestación, se mostraba contrario a la valoración de Cornejo y García Sayán, puesto que juzgaba más rico el art. 1257 que el art. 1328 por ser más amplio y flexible al referirse a la equidad y a la ley¹⁷⁶⁵. No obstante, bajo la premisa que entre ambos dispositivos existía una coincidencia de propósito, adujo que la expresión buena fe reemplazó a la equidad, aunque en realidad fueran hermanas siameses¹⁷⁶⁶. Según

(¹⁷⁶³) Ídem, pp. 27-28.

(¹⁷⁶⁴) Ídem, p. 26.

(¹⁷⁶⁵) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; pp. 33-34.

(¹⁷⁶⁶) Ídem, p. 34.

él, al final, la idea era no reducir el contrato a lo textual sino concordarlo con el interés social y la apreciación axiológica trascendental¹⁷⁶⁷.

En lo que respecta a la común intención y su no inclusión en el art. 1257, León Barandiarán juzgaba que dicha expresión era sobreentendida, resultando en estricto (y en términos kantianos) un juicio analítico, el cual si aparecía en el art. 1328¹⁷⁶⁸.

Así pues, si “buena fe” era a “equidad” como “común intención” a “juicio analítico en el art. 1257”, entonces las dos proposiciones a las que refiere Cornejo y García Sayán se encontraban también en el código abrogado, por lo que se constataba una línea de continuidad entre uno y otro cuerpo normativo. ¿Esto quería decir que el art. 1328 era una regla de integración como lo era el art. 1257?

La respuesta no es clara en León Barandiarán. En su discurso no incorporaba la voz “integración” al referirse al art. 1257, solo hablaba de la coincidencia de propósito entre dicho artículo y el art. 1328 del Código Civil. Sin embargo, esta “coincidencia” -justificada en el propósito- era extensible también a la naturaleza de dicha disposición, la cual, si partíamos del art. 1257, no se ciñe en la interpretación sino en la integración del contrato. Aportaba más pistas de ello el hecho que este autor se concentra en estudiar la buena fe como elemento capaz de “ensanchar los efectos del contrato más allá de sus términos literales¹⁷⁶⁹” y de “restringirlos¹⁷⁷⁰” (no reconocidos *ex lege*). En el primer caso, estábamos sin duda ante la integración, en el segundo, por su parte, lo dicho no parecía vincularse ni a la integración ni a la interpretación¹⁷⁷¹.

(¹⁷⁶⁷) Ibíd.

(¹⁷⁶⁸) Ibíd.

(¹⁷⁶⁹) Ibíd.

(¹⁷⁷⁰) Ibíd.

(¹⁷⁷¹) En efecto, respecto a esta última, la referencia a “restringir la voluntad de los contratantes” parecía insertarse dentro del universo de la revisión (judicial) del contrato, como crítica al liberalismo contractual y al valor del interés social que se deducía en los límites, a su criterio, de la buena fe y la equidad. Esto explicaba sus ejemplos: rescisión por lesión, disminución de la cláusula penal, abuso del derecho, equilibrio de prestaciones, nulidad de pacto de exoneración de responsabilidad por falta grave, y, sobre todo, la teoría del riesgo imprevisto (*ex bona fides*). v. Ídem, pp. 35-36.

Dicho esto, creemos que el art. 1328, en la óptica de este autor, aparecía al igual que el art. 1257 del Código Civil de 1852; esto es, como una cláusula general de integración (siendo la buena fe una de sus fuentes). De esta manera, la interpretación entonces no habría sido regulada en el Código Civil de 1936, quedando ella al arbitrio del juez.

Lo que se aprecia, de cualquier forma, en la doctrina del Código Civil de 1936 es una alarmante falta de claridad respecto del valor del art. 1328 del Código Civil y el binomio interpretación e integración, no pudiendo ubicar rotundamente al mismo en alguno de los dos polos tradicionales. En lo que toca a la interpretación, lo anterior ha dado motivos a Arana Courrejolles para sostener que el art. 1328 no fue consagrado para resolver problemas interpretativos¹⁷⁷², lo cual quedaría confirmado a nivel jurisprudencial una vez advertido que, durante la vigencia del Código Civil de 1936, la práctica jurisprudencial no utilizaba el art. 1328 como fundamento legal de los casos de interpretación contractual¹⁷⁷³.

Si nuestra doctrina y jurisprudencia atravesaban problemas para abordar la labor interpretativa, al punto que interpretación e integración se bifurcaban en el discurso jurídico, la tripartición germánica (incluyendo la interpretación complementadora) resultaba una utopía en nuestro *medio*, habituado ahora sí (por su mezquina regulación) a cargar sobre el juez el peso de la actividad interpretativa y de integración.

Exploremos ahora la situación una vez promulgado el Código Civil de 1984, y si la interpretación integradora llegó a nuestra regulación y doctrina. Queda claro que en el periodo de 1852 a 1983, esta no fue empleada en nuestro *medio*; y mucho menos, como fuente de «deberes de protección».

⁽¹⁷⁷²⁾ ARANA COURREJOLLES, Carmen. La interpretación del Acto Jurídico... *óp. cit.*; p. 290.

⁽¹⁷⁷³⁾ MUÑIZ ZICHES, Jorge. La interpretación de los contratos civiles. Tesis (Br). Lima: PUCP, 1975, f. 343.

(iii) La interpretación del contrato ha sido tratada con mayor amplitud por nuestra doctrina luego de promulgado el código actual¹⁷⁷⁴.

Aun cuando a simple vista podría parecer que la actual regulación es más completa que las anteriores de 1852 y 1936, la realidad se opone rotundamente a dicha hipótesis.

Primero, el Proyecto elaborado por la Comisión (a cargo de León Barandiarán) contenía diez reglas interpretativas (arts. 9 al 18, Título Segundo). Segundo, el Proyecto sustitutorio de Zusman Tinman y De La Puente y Lavalle destinó cinco artículos a tal propósito (arts. 19 al 23, Título Cuarto, Sección Primera – Actos Jurídicos). Tercero, en el Proyecto de Código Civil publicado en 1981, la reglas interpretativas comparecieron en el Título Cuarto del Libro Primero entre los arts. 23 y 30, o sea, ocho de las diez propuestas por León Barandiarán, a excepción de los arts. 11 y 17, finalmente suprimidos¹⁷⁷⁵, y más tarde, al año siguiente, en el Proyecto de Código Civil de la Comisión

(¹⁷⁷⁴) v. **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max**. “La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984”. En: AA.VV. Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 37 y ss.; ID. Exégesis del Código Civil peruano de 1984 I... *óp. cit.*; p. 79 y ss.; **ARANA COURREJOLLES, Carmen**. *La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984*. En: Themis, *núm.* 9, 1987, p. 81 y ss.; ID. La interpretación del Acto Jurídico... *óp. cit.*; p. 295 y ss.; **LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. El contrato en general. Primera Parte/I... *óp. cit.*; p. 417 y ss.; ID. El contrato en general. Primera Parte/I... *óp. cit.*; p. 47 y ss.; ID. “Interpretación del contrato”. En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley 2007, p. 1631 y ss.; **LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo**. El negocio jurídico. 2da ed. Lima: Grijley, 1994, p. 249 y ss.; ID. “La interpretación del negocio jurídico y el contrato”. En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley 2007, p. 1659 y ss.; **MORALES HERVIAS, Rómulo**. “Interpretación causalista”. En: AA.VV. Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Lima: Ara Editores, 2002, p. 279 y ss.; **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León y presentación de Vincenzo Roppo. 2da ed. Lima: Ara Editores, 2004, p. 801 y ss.; **PALACIOS MARTÍNEZ, Eric**. La problemática de la teoría del tipo y la integración contractual. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León y presentación de Vincenzo Roppo. 2da ed. Lima: Ara Editores, 2004, p. 713 y ss.; ID. Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley, 2004, p. 179 y ss.; **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge**. “Metodología de la interpretación de la ley y del contrato”. (con la colaboración de María Pía Talavera Barclay). En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley 2007, p. 1591 y ss.; **BARCHI VELAUCHAGA, Luciano**. “La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984”. En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley 2007, p. 1767 y ss.; **VIDAL RAMÍREZ, Fernando**. “La interpretación del contrato en el derecho peruano”. En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley, 2007, p. 1641 y ss.; **LEYVA SAAVEDRA, José**. *Interpretación de los contratos*. En: *Rev. UNMSM*, *núm.* 1-2, 2008, p. 157 y ss.

(¹⁷⁷⁵) **ARANA COURREJOLLES, Carmen**. La interpretación del Acto Jurídico... *óp. cit.*; p. 296.

Reformadora, las referidas reglas se preservaron íntegramente, en los mismos artículos y misma ubicación¹⁷⁷⁶.

Fue en el Proyecto de Código Civil de 1984 aprobado por la Comisión Revisora que lo anterior se tergiversó. Así, los ocho artículos del proyecto de 1981 se redujeron a solo tres: se conservaron dos del Proyecto de la Comisión Reformadora, el art. 24 y el art. 29, lo que ahora corresponde a los arts. 169 y 170, y, como aporte de la Comisión Revisora, se introdujo el art. 168 bajo el siguiente tenor “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y se ejecuta según las reglas de la buena fe y la manifestación de voluntad de quien lo celebró”.

En el Código Civil de 1984 se mantuvo los mismos artículos aprobados por la Comisión Revisora, salvo el art. 168, conforme lo siguiente: “el acto jurídico debe ser interpretado de acuerdo con lo que se haya expresado en él y según el principio de la buena fe”.

Consecuencia de lo anterior, nuestra actual legislación regula la interpretación del “acto jurídico” en los arts. 168, 169 y 170, y en el estudio de la materia, la doctrina nacional ha incluido, entre otros, a los arts. 1356, 1361, 1362, 1400 y 1401 del Código Civil de 1984.

En este nuevo contexto, ¿se desprende la interpretación integradora en sede nacional?

Asumido por evidente que el actual sistema civil peruano disciplina la interpretación, la duda se traslada a la integración. Mientras que en el Código Civil de 1852 el art. 1257 cumplía dicha función, la situación en el Código Civil de 1936 era más dudosa si se analizaba el art. 1328 dada la falta de referencia a la equidad y la ley, salvo que en la noción de buena fe se comprenda la primera o que esta última fungiera de criterio de integración (León Barandiarán), supuesto en el que dicha norma, siempre que la “obligatoriedad” no se limite a lo expresado, sería de integración (por complementarlo). Lo cierto es que en el código actual el art. 1257 no encuentra un correlato en similares términos.

(¹⁷⁷⁶) Ídem, p. 297.

Esta circunstancia no ha impedido a un sector de la doctrina a plantear la distinción entre interpretación e integración contractual. Así pues, según Palacios Martínez, “integración, en la faceta que aquí nos interesa, es decir, la que atañe al precepto negocial, es la actividad del ordenamiento mediante la cual se sustituye, complementa o corrige el contenido negocial más allá de la previsión tenida en cuenta por las partes negociales en la conclusión del negocio. Su finalidad es la de buscar reglas de disciplina contractual (o negocial) que la declaración de voluntad no suministra, bien porque aparece lagunosa en un punto o puntos concretos, bien porque el ordenamiento ha predispuesto la entera reglamentación contractual (o negocial) a través de un concurso de fuentes normativas¹⁷⁷⁷”.

A diferencia de lo inferido por Cornejo en la vinculación integración – efectos, Palacios Martínez, en una posición ecléctica frente a aquellas que ligan la integración al contenido cuando no a los efectos y viceversa, plantea “aceptar a la integración como fenómeno actuante sobre el contenido del negocio, y que luego, todo aquel, compuesto conjuntamente por determinaciones de los sujetos y del ordenamiento, produce una serie de efectos determinados, de forma inmediata dispuestos por el mismo ordenamiento. Esta es la explicación más coherente, en nuestro parecer, en la medida que sería absurdo pretender hablar de efectos sin un contenido, reflejo de la estructura negocial, que le sirva de soporte de verificación. La integración actúa, entonces, sobre el contenido, y luego producto de la modificación de este, se producen consecuencias efectuales¹⁷⁷⁸”.

Así concebida la integración para nuestro autor, la cual se expresaría no en forma de “autointegración” sino como “heterointegración¹⁷⁷⁹”, y partiendo de la premisa de concebir a la interpretación “en sentido estricto” (vinculada con la averiguación del sentido negocial del precepto

(¹⁷⁷⁷) **PALACIOS MARTÍNEZ, Eric.** “Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico”... *óp. cit.*; p. 207.

(¹⁷⁷⁸) Ídem, p. 209. Este autor señala adicionalmente que “el hecho que las partes puedan dejar de lado, por previsión expresa, a la integración proveniente de normas dispositivas, es un indicativo contundente de la necesaria actuación de la integración en el contenido y no en los efectos del negocio”

(¹⁷⁷⁹) En este punto, bajo la influencia de Rodotà, entendido como “formas de intervención (...) que van más allá del más amplio desenvolvimiento de la lógica de la declaración y que, por tanto, se añaden a la actividad de las partes en la construcción de la definitiva regulación contractual” *v.* Ídem, p. 212

establecido por los sujetos¹⁷⁸⁰), se diferenciaría la primera de la segunda en la medida que, “mientras la interpretación fija los alcances del sentido del negocio de acuerdo a los criterios impuestos por el legislador; en cambio la integración, presuponiendo fijado el sentido del negocio, lo que hace es complementar, sustituir y corregir el contenido del mismo¹⁷⁸¹”, en caso “presente alguna anomalía o se presente lagunoso bajo algún aspecto¹⁷⁸²”.

Dicho esto, “la interpretación entonces viene delineada como una operación destinada a la averiguación del sentido atribuible objetivamente al contenido del negocio (...) mediante lo expresado en la declaración de voluntad, de donde parte todo el proceso de interpretación. La integración es posterior, puesto que, solo una vez claro el sentido y alcance del precepto negocial recién será posible la operación de integración en vista a que esta se produce cuando hay un contenido con un sentido claro en donde pueda basarse su actuación. Esto justamente lo suministra la interpretación¹⁷⁸³”.

Teóricamente, según Palacios Martínez, afín a una y otra, la interpretación integradora aparece como “aquella actividad que tiene por objeto, no ya atribuir un determinado sentido a la voluntad de los contratantes, sino determinar los elementos del contenido que se entienden comprometidos en él, de conformidad con el ordenamiento jurídico; es decir, su tarea es la de buscar o determinar las cláusulas que han de quedar automáticamente insertas en el contrato por virtud del uso o de la ley¹⁷⁸⁴”. Siguiendo a un autor italiano, la interpretación integradora prosigue “poner en evidencia elementos del contenido del contrato de los que éste ya es virtualmente capaz, si se le entiende de conformidad con el ordenamiento jurídico¹⁷⁸⁵”.

(1780) Según Palacios, la cuestión de hecho en la actividad interpretativa se desdobra “en una primera fase de establecimiento de los datos o fijación previa de los hechos a interpretar; y una segunda de averiguación del sentido negocial concreto. En la cuestión de hecho se requiere determinar en suma al propósito de la conducta de los sujetos e indagar el sentido dado a la regla negocial”. Ídem, pp. 200-201.

(1781) Ídem, p. 213.

(1782) Ídem, p. 222.

(1783) Ídem, p. 214.

(1784) Ídem, p. 215.

(1785) *Ibíd.*

No obstante, para este autor, la *ergänzende Vertragsauslegung* no resulta una figura autónoma. Para sustentar ello, parte por negar que dicha actividad recaiga en la integración contractual en tanto “intervención extrínseca del ordenamiento sobre el contenido negocial¹⁷⁸⁶”. Si ello era así, por defecto la interpretación integradora era una forma de actuación de la interpretación, “ya que tiende sobre el contenido y lo completa en base al sentido que presenta en su totalidad; se basa sobre lo que se “infiere” del mismo; típica forma de proceder de la interpretación negocial que actúa sobre la base del sentido atribuible (...)”¹⁷⁸⁷.

Incorporado dentro de la categoría civilista de la interpretación, la *ergänzende Vertragsauslegung* no se colocaría en el medio de los polos tradicionales; decir lo contrario (sustentar su independencia), según Palacios Martínez, carecía de sustento dogmático y teórico¹⁷⁸⁸.

Queda sin embargo abierta una cuestión. ¿Qué significa que la *ergänzende Vertragsauslegung* sea una “forma de actuación de la interpretación”? Palacios Martínez no ensayó una respuesta para esta interrogante.

El repaso de un sector de la doctrina italiana (como *medio* en el que se puede discutir la recepción de la interpretación integradora) nos puede dar algunas luces de lo que podría yacer en el trasfondo de ello.

3.2.2. Como se sabe, en dicho *medio*, un sector importante de la doctrina rechaza la autonomía de la interpretación integradora, no tanto porque ella representa *strictu sensu* una *contradictio in terminis*, sino porque el particular sistema de interpretación previsto en el *Codice* exime a sus autores a recurrir a una solución como tal desde que la genérica “interpretación” (sin adjetivo) es capaz de satisfacer aquello que se busca conseguir con la *ergänzende Vertragsauslegung*¹⁷⁸⁹ a partir de la lectura del art. 1362 (“común intención de las partes”) y de los arts. 1374 y 1375 *Codice*¹⁷⁹⁰. Al presentarse los casos de

(1786) *Ibid.*

(1787) *Ibid.*

(1788) *Ídem*, p. 216.

(1789) **RODOTÀ, Stefano**. *Le fonti di integrazione del contratto... óp. cit.*; p. 97.

(1790) *v. CATAUDELLA, Antonino. óp. cit.*; p. 121; **RODOTÀ, Stefano**. *Le fonti di integrazione del contratto... óp. cit.*; p. 97.

interpretación complementaria como hipótesis en que se desarrolla aquello que estaba ya implícito en el reglamento, o expresado en fórmula inadecuada, el objeto de aquella no sería crear una regla, sino encontrarla¹⁷⁹¹.

Ni los arts. 1365, 1369, 1363, 1364, 1339 y 1340 *Codice* desvirtuarían, desde el plano normativo, la opción alcanzada (rechazo de la autonomía de la *ergänzende Vertragsauslegung*)¹⁷⁹².

En ese orden de ideas, la interpretación integradora, dentro del grupo de autores que la vinculan a la interpretación antes que a la integración (identificándola o absorbiéndola) o a alguna posición ecléctica, representaría lo que se denomina “interpretación objetiva”; esto es, la actividad dirigida a atribuir un significado a las declaraciones ambiguas u oscuras en base a criterios objetivos dictados por la ley¹⁷⁹³. “Esta actividad constituiría la segunda fase, meramente eventual, de la actividad interpretativa, presuponiendo que la denominada interpretación subjetiva o psicológica o histórica no sea suficiente para aclarar el sentido del reglamento contractual; en correspondencia a tan clara distinción de fases, también operaría una clara división de las normas en materia de interpretación dependiendo se haga referencia a una o a la otra¹⁷⁹⁴”.

Si trasladamos lo anterior a nuestro *medio*, no tardaremos en advertir que en el discurso de un sector de la doctrina peruana, la interpretación integradora se expresa como forma de actuación a partir de identificar en aquella lo que en Italia (pero no solo ahí) llaman “interpretación objetiva”.

En un importante trabajo, Fernández Cruz, de clara influencia italiana, disocia teóricamente las “concepciones” (o interpretación subjetiva y objetiva construidas a partir del binomio *teoría de la*

(1791) CATAUDELLA, Antonino. *óp. cit.*; p. 116; RODOTÀ, Stefano. Le fonti di integrazione del contratto... *óp. cit.*; p. 97.

(1792) CATAUDELLA, Antonino. *óp. cit.*; p. 116. En contra *th.* BIGLIAZZI GERI, Lina. *óp. cit.*; p. 26.

(1793) Ídem, p. 124.

(1794) *Ibíd.*

*voluntad-teoría de la declaración*¹⁷⁹⁵) en materia de interpretación (forma en que se enfoca la búsqueda de la común intención¹⁷⁹⁶), destinadas a aprehender el concepto de “común intención de las partes”, de las reglas de interpretación legal del contrato, las cuales, a su criterio, también responderían a criterios de índole subjetiva y objetiva, siendo que unas y otras no pueden ser confundidas, como sería el caso en que la regla de interpretación subjetiva se actúe en base a una concepción subjetiva¹⁷⁹⁷.

Así pues, enfocado en el sistema peruano, este autor admite su filiación por la concepción objetiva al privilegiar la declaración por sobre la voluntad (arts. 140, 141, 168, 1352, 1361, 1362, 1373, y 1374)¹⁷⁹⁸, en donde las reglas de interpretación (y no la concepción, entendemos) que afloran en el Código Civil de 1984 (en base a los arts. 168, 169, 170 y 1362) presentarían carácter subjetivo (“dado que todos ellos están destinados a clarificar, desde el propio programa contractual establecido por las partes, la común intención que los llevó a celebrar el contrato¹⁷⁹⁹”), hallándose entre estas un orden de prelación¹⁸⁰⁰.

Que la disociación resulte coherente¹⁸⁰¹; que el sistema contenga reglas de interpretación subjetiva en los arts. 168, 169, 170 y 1362¹⁸⁰²; o que exista un orden de prelación entre aquellas (a nivel interno -o de reglas- o externo -interpretación subjetiva por sobre la objetiva-)¹⁸⁰³, lo cierto es

(¹⁷⁹⁵) Un sector de la doctrina (*v. KÖTZ, Hein y Salvatore PATTI. óp. cit.*; pp. 198-200) reconoce que durante el siglo XIX la “regla” imperante en el Derecho Continental fue la interpretación subjetiva (la búsqueda de la común intención de la partes, representada *p.e.* en el art. 1156 *Code*, y luego consagrada (bajo influencia de aquella) en el § 133 BGB (voluntad real). No obstante, el paso de esta corriente voluntarista a aquella que identificaba el objeto de la interpretación en el dato objetivo de la declaración significó el surgimiento de la interpretación “objetiva”, dentro de un contexto alemán alimentado además por los parágrafos 157 y 242 BGB. Este binomio es el que hemos denominado, para explicar la postura de Fernández Cruz, “concepción subjetiva/objetiva” por su pretendida disociación con las reglas subjetivas/objetivas. En contraste, la doctrina, casi unánimemente, habla de interpretación subjetiva/objetiva siempre en el primer sentido, correspondiendo más bien a las reglas la concreción normativa de los principios que inspiran ambos tipos de interpretación.

(¹⁷⁹⁶) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”... *óp. cit.*; p. 838.

(¹⁷⁹⁷) Ídem, pp. 806-807.

(¹⁷⁹⁸) Ídem, p. 839.

(¹⁷⁹⁹) Ídem, p. 810.

(¹⁸⁰⁰) Ídem, pp. 806 -807.

(¹⁸⁰¹) En lo que sigue mostraremos nuestra disconformidad con una disociación en tal sentido.

(¹⁸⁰²) Veremos luego que disintendremos en este punto con la postura de Fernández Cruz.

(¹⁸⁰³) En contra, a nivel interno, Palacios Martínez, para quien no hay un orden de prioridad entre ellas (**PALACIOS MARTÍNEZ, Eric.** “Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico”... *óp. cit.*; p. 126) y Leyva, respecto de la interpretación objetiva, cuando afirma que el paso de lo subjetivo a objetivo radica en lograr un mejor trabajo interpretativo (lo cual es evidente) (**LEYVA SAAVEDRA, José.** *óp. cit.*; p. 169). En este último la crítica es más de forma que de sustancia.

que cada una de estas afirmaciones es susceptible de crítica. Pero en el fondo de esta percepción, hay un dato que permanece constante y que justifica este esfuerzo dogmático: la existencia de una interpretación subjetiva como antítesis de otra objetiva, como ocurre en la experiencia italiana.

Dicha percepción que aparece como preconcepción en nuestros autores (desconocida hasta la vigencia del código actual), en general, ha motivado a que estos admitan la existencia de una interpretación objetiva; reglas “dirigidas a fijar el significado del contrato cuando resulta dudosa la común intención de los contratantes¹⁸⁰⁴, por lo que en este supuesto el significado del contrato se complementa o uniforma recurriendo a cánones legales fundamentalmente destinados a garantizar la conservación del contrato, conforme a normativas típicas de estándares contractuales (como, por ejemplo, cuando las estipulaciones de un contrato de compraventa pactadas por las partes, se complementan con la normatividad típica del contrato establecida por la ley) o de equidad¹⁸⁰⁵”.

La interpretación objetiva tendría pues una aplicación residual (nuestro sistema no ofrece insumos para concluir ello¹⁸⁰⁶) respecto de la interpretación subjetiva (o momento sucesivo, en otros términos), como sostienen algunos autores italianos¹⁸⁰⁷ y como lo afirma un sector de nuestra doctrina¹⁸⁰⁸; la interpretación objetiva es denominada así, también en sede nacional, “interpretación integrativa”¹⁸⁰⁹, “la cual, siempre refiriéndose al contenido de la declaración de voluntad, la complementa, recurriendo a criterios tales como el principio de conservación del contrato o los usos y costumbres¹⁸¹⁰”.

(¹⁸⁰⁴) Acá el presupuesto es que existe una interpretación subjetiva, aun cuando Fernández Cruz reconoce que en nuestro *medio* lo que se presenta es la interpretación objetiva.

(¹⁸⁰⁵) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”... *óp. cit.*; p. 809.

(¹⁸⁰⁶) En contra, *v. AVENDAÑO VALDEZ, Jorge*. *óp. cit.*; p. 1597 (uso subsidiario de la interpretación objetiva), aunque su afiliación puede explicarse por la influencia de autores italianos como Luigi Ferri y Emilio Betti.

(¹⁸⁰⁷) **GRASSETTI, Cesare**. *L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti*. Padova: CEDAM, 1938, p. 18 y ss.

(¹⁸⁰⁸) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”... *óp. cit.*; p. 809; **LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo**. *El negocio jurídico...* *óp. cit.*; p. 261.

(¹⁸⁰⁹) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”... *óp. cit.*; p. 809.

(¹⁸¹⁰) *Ídem*, pp. 809-810.

Dicho esto, la cuestión es: ¿la interpretación objetiva como anverso de la interpretación subjetiva encuentra respaldo en sede nacional de modo que contenga la denominada “interpretación integradora”?

Si lo que se discute es la concepción subjetivista u objetivista¹⁸¹¹ para determinar la “común intención” (en términos de Fernández Cruz), dicho autor, como Vidal Ramírez (criterio objetivo¹⁸¹²) y la propia Arana Courrejolles, se muestran de acuerdo en la preeminencia de lo objetivo; aun cuando existan voces que propugnen una relectura particular, como es el caso de Arias Schreiber, quien sostiene que “el Código Civil de 1984 ha optado por una fórmula novedosa, que la consideramos beneficiosa y avanzada para la problemática de la interpretación del acto o negocio jurídico. Ella consiste en que si bien su punto de partida está en la teoría o sistema de la declaración, puede llegar mediante demostración contraria, a la voluntad y la figura, en realidad, se invierte¹⁸¹³”.

No obstante, en donde no hay afinidad entre los autores es respecto de las reglas de interpretación y si se presenta (como afirma Fernández Cruz) respecto de ellas un ámbito subjetivo/objetivo en sede nacional.

Un grupo de autores acepta el binomio subjetivo/objetivo aunque no desde el ángulo de las “reglas”, sino (conforme la tradición) desde la óptica de la concepción subjetiva/objetiva, encontrándose entre estos Lohmann Luca de Tena (quien habla de “dos tipos básicos de interpretación: a) subjetivos, en la medida que tratan de descubrir la voluntad real querida por el declarante que puede extraerse de la declaración y sus circunstancias; b) objetivos, que propugnan atribuir un sentido lógico y razonable a la declaración de acuerdo a ciertos criterios¹⁸¹⁴”), Leyva Saavedra (quien sostiene que la primera -interpretación subjetiva- “se dirige a averiguar o a buscar la voluntad o intención común de las partes contratantes¹⁸¹⁵” y la segunda -interpretación objetiva-

(¹⁸¹¹) O interpretación subjetiva/objetiva en sentido tradicional, vale recalcarlo.

(¹⁸¹²) **VIDAL RAMÍREZ, Fernando.** Exposición de motivos y comentarios al Libro II del Código Civil Acto Jurídico. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo IV. Lima: Diagramación E.I.B.M, 1985, p. 297.

(¹⁸¹³) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max.** “La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; pp. 48-49.

(¹⁸¹⁴) **LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.** El negocio jurídico... *óp. cit.*; p. 261.

(¹⁸¹⁵) **LEYVA SAAVEDRA, José.** *óp. cit.*; p. 167.

“trata de eliminar las dudas y ambigüedades de la declaración contractual atribuyendo a la misma un sentido y un significado obtenido a través de criterios objetivos, con independencia de los (sic) que las partes declarantes pudieran querer”¹⁸¹⁶⁾ y -en esa misma línea- Avendaño Valdez¹⁸¹⁷⁾, entre otros.

Entre ambos, la postura de Fernández Cruz aparece *sui generis* puesto que enfatizando que la concepción que prima en nuestro *medio* es la objetiva, se decanta por clasificar a las reglas de interpretación (también) como subjetiva y objetivas (no reparando, a nuestro criterio, que las denominadas “reglas de interpretación” traducen/concretizan la opción del legislador por vincular la interpretación -concepción- a un ámbito subjetivo y/u objetivo).

Visto así las cosas, se trasluce que el punto nodal de este asunto (y que permitirá superar el *impasse*) parte por cotejar la teoría (de los autores estudiados) con la normativa peruana.

Leyva Saavedra reconoce que en Italia y España “adoptaron dos grupos de normas de inspiraciones antagónicas. Los arts. 1282-1283 del Código Civil español y los arts. 1362-1366 de su par italiano, preconizan una interpretación subjetiva en tanto que, los arts. 1284-1289 del primero y los arts. 1367-1374 del segundo traducen una interpretación objetiva¹⁸¹⁸⁾”.

Habría entonces que ver si ello ocurre en sede nacional, puesto que, a nivel de hipótesis, pareciera que ellas confirman que las reglas responden a la concepción subjetiva/objetiva.

Fernández Cruz, “señala que las reglas de interpretación legal del acto jurídico y del contrato contenidas en los arts. 168, 169, 170 y 1362 (pero no solo estas porque afirma que “todas las reglas de interpretación legal recogidas como tales por el Código Civil peruano¹⁸¹⁹⁾” constituyen normas hermenéuticas de interpretación subjetiva (orden de prelación interna entre sus reglas y en general frente a aquella objetiva), desde que apuntan a clarificar la declaración de voluntad de un sujeto o la

⁽¹⁸¹⁶⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁸¹⁷⁾ **AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.** *óp. cit.*; pp. 1596-1597.

⁽¹⁸¹⁸⁾ **LEYVA SAAVEDRA, José.** *óp. cit.*; p. 167.

⁽¹⁸¹⁹⁾ **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano”... *óp. cit.*; p. 810.

común intención de las partes y no a complementar (y menos aún a suplir) dicha declaración de voluntad o común intención, por ser éstas “dudosas” al presentar varios significados posibles¹⁸²⁰”.

Por lo demás, este autor no precisa si otros dispositivos normativos ajenos a los mencionados sí podrían caer dentro de lo que significa “interpretación objetiva”, salvo que la razón de dicha ausencia signifique que en su criterio no existen otros artículos capaces de contener una regla de interpretación, lo que resultaría por demás controvertido desde que se atiende la naturaleza, *p.e.*, del art. 1401 de orientación objetiva.

Palacios Martínez, en sentido crítico, y específicamente respecto de la posición de Fernández Cruz, reconoce la “tendencia objetivizante” del código actual (que podría ser leído tanto a lo que respecta al criterio como a la regla de interpretación), dudando -al menos discutiendo- que los arts. 168, 169, 170 y 1362 “establezcan criterios legales de interpretación subjetiva, ya que no resulta del todo claro que en dichos artículos se recojan reglas que se dirijan a clarificar la común intención de las partes; pareciera que en estos casos se desea desentrañar el significado objetivo de la autorregulación utilizada¹⁸²¹”. De igual manera, pondera que el art. 1401 del Código Civil de 1984 reconoce “un criterio legal hermenéutico de interpretación objetivo¹⁸²²”.

En ese punto lo que parece indiscutible son dos cuestiones:

(i) Que la construcción legislativa de la interpretación en sede nacional no permite al intérprete, sin dudas ni críticas, postular la existencia de una interpretación objetiva y subjetiva (que para nosotros se emparenta necesariamente con las reglas de interpretación, no pudiendo disociarlas como lo sugiere un sector de nuestra doctrina), siendo que, a primera vista, prima una tendencia objetivizante (no solo como concepción sino también como regla) en materia de “acto jurídico”, en donde:

⁽¹⁸²⁰⁾ Ídem, pp. 839-840 (los paréntesis son nuestros).

⁽¹⁸²¹⁾ **PALACIOS MARTÍNEZ, Eric.** “Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico”... *óp. cit.*; pp. 230-231 (nt. 89).

⁽¹⁸²²⁾ Ídem, p. 230.

a. El art. 168 hace énfasis en la declaración y el rol de la buena fe, sin procurar que con la interpretación se aclare la “común intención” de los contratantes

b. El art. 169 (extensión de sentido en forma global sin atención de la “común intención”),

c. El art. 170 que se limita únicamente a concordar funcionalmente la declaración con el tipo y naturaleza del “negocio”;

y en contratos, en donde:

i. El art. 1361 -el cual difiere del art. 1257 del Código Echenique toda vez que encuentra limitada su capacidad integrativa en base a la equidad y la ley (similar por ende al art. 1328 del código abrogado, en este extremo)- no tiene como objetivo aclarar una “común intención”, desde que nuestro sistema no presenta en aquella su propósito (no existe una norma como el art. 1156 *Code* o el párrafo 133 BGB) y en la medida que la declaración responde a la “voluntad común de las partes”;

ii. El art. 1362; (i) que en lo que refiere a la buena fe, esta no aparece como regla de interpretación -sería reiterativo en atención al art. 168 (que sí reconoce a la buena fe como regla de interpretación)-, sino de integración contractual (en aras de suplir la ausencia de un dispositivo como el art. 1257 del Código Civil de 1852), como veremos más adelante; y (ii) respecto de la “común intención”, desde nuestra perspectiva (y visto desde un ángulo histórico) este reitera, en otros términos, la expresión “voluntad común de las partes” del art. 1361, dentro de una particular historia y complejo procedimiento de formación¹⁸²³.

En efecto, como anota De La Puente y Lavalle¹⁸²⁴, el art. 5 de la Ponencia original (primer párrafo idéntico al art. 1328 del código abrogado) proponía que:

⁽¹⁸²³⁾ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Primera Parte/I... *óp. cit.*; p. 418.

⁽¹⁸²⁴⁾ Ídem, p. 417 y ss.

“los contratos son obligatorios en cuanto se haya expresado en ellos y deben ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención. Se presume que la declaración expresada en el contrato responde a la común intención de las partes y quien niegue esa coincidencia deberá probarlo”.

Frente a este, el art. 10 disponía que:

“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”.

Ahora bien, ni en la primera ni la segunda Ponencia sustitutoria (arts. 6 y 14), ni en la tercera, cuarta y quinta Ponencia sustitutoria, ni en el Anteproyecto (art. 11 y 15), ni en el primer Proyecto (*núm.* 1380 y 1384 -en este último se agregó la frase “con la salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho”-), ni en el Anteproyecto de la Comisión Revisora (se modificó el *núm.* 1380 mas no el 1384), ni en el segundo Proyecto (volvió en su art. 1327 al art. 5 de la Ponencia original, y el *núm.* 1380 fue suprimido), se hizo referencia alguna a la “común intención de las partes” que hoy comparece en el art. 1362 del Código Civil de 1984 (que además agregó la frase “negociarse” del *núm.* 1384 y suprimió de este la frase “con la salvaguarda de los principios de justicia y evitando el abuso del derecho”-)¹⁸²⁵.

Entonces, ¿cómo esta llegó al referido dispositivo?

La circunstancia es por demás elocuente. Como vimos, la “común intención” aparecía en la Ponencia original pero no a propósito del art. 10, (actual art. 1362 que versa sobre la buena fe) sino del art. 5, el cual desembocó finalmente en el art. 1361 de nuestro Código Civil de 1984 (obligatoriedad del contrato), pero no en aquella que versaba *in tutto* sobre la buena fe (actual art. 1362). Sorpresivamente (y sin explicación) apareció en el segundo Proyecto y de ahí paso a nuestro art. 1362¹⁸²⁶.

⁽¹⁸²⁵⁾ DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. El contrato en general. Primera Parte/II... *óp. cit.*; p. 19 y ss.

⁽¹⁸²⁶⁾ Ídem, p. 47.

Si este fue el origen de dicha expresión en el art. 1362, no sorprende que validando la hipótesis planteada, De La Puente y Lavalle confiese que “la común intención de que habla el artículo 1362 del Código Civil de 1984 debe ser entendida como la “voluntad común” mencionada en el art. 1361 del mismo Código, o sea la absoluta coincidencia de las voluntades de las partes con relación al objeto del contrato, que es la creación (regulación, modificación o extensión) de la relación jurídica patrimonial¹⁸²⁷”.

Las razones antes expuestas nos conminan entonces a pensar y sostener que el art. 1362 no aparece como una regla de interpretación en aquél extremo que habla de “común intención” (la cual, dicho de otro modo, replica el contenido normativo del art. 1361 y que, de cualquier manera, pareciera referir a la fórmula declaración=voluntad común¹⁸²⁸), ni en lo que importa la “buena fe”, puesto que ella ya es objeto del art. 168, debiéndosele considerar en esta hipótesis como fuente de integración del contrato, según ahondaremos luego.

En síntesis, ni la lectura conjunta del art. 168 y 1362, ni los arts. 1361, 169 o 170 nos permite concluir la existencia de reglas de interpretación subjetiva, a diferencia de los sistemas italiano o español en donde su propia doctrina ha encontrado que el binomio interpretación subjetiva/objetiva presenta respaldo legal. Nuestra normativa parece enfrascada más bien en una lectura objetiva de la interpretación, en los artículos estudiados y en aquellos que versan sobre la interpretación en contratos con cláusulas generales o celebrados por adhesión.

Concluido lo anterior, y descartado el binomio interpretación subjetiva/objetiva, lo que queda simplemente es un plexo corto (y mutilado) de normas que regulan la actividad interpretativa en una sola dirección, sin que se presente orden de prelación alguno. Quizá estas premisas fueron las que

(1827) Ídem, p. 48.

(1828) Así, el art. 1361 se limitaría a sancionar legislativamente que la declaración responde a la “común intención de las partes”, aunque a esta última expresión la remplazó por aquella otra “voluntad común” (que no evoca otra cosa que la fórmula contrato=consenso). Lo importante es advertir que si ella coincidía con lo declarado, entonces la interpretación (incluso despojada de una concepción subjetiva u objetiva), no podría tener por objeto aquello aclarar aquello que resultaba claro (salvo que se busque la discordancia entre voluntad y declaración, que juzgamos no próximo a la labor interpretativa *strictu sensu*).

llevaron a Arana Courrejolles a sostener la ruptura metodológica de la interpretación en el Código Civil de 1984, divorciado de los sistemas referenciales, tanto a nivel conceptual como normativo.

Es en este último aspecto en que las reglas de interpretación del código actual se distinguen no solo de los modelos italiano (*p.e.* contrástese el art. 1362 *Codice* -que refiere a la “común intención”- con nuestro art. 1362, resultando manifiesta la abierta diferencia entre uno y otro que, en conjunción con otros artículos del *Codice*, sí permite fundar el binomio subjetivo/objetivo en materia de interpretación) o español, sino también, y esto es importante para nuestros efectos, de aquél alemán, puesto que no encontramos en Perú un párrafo como el 133 en el que prime la voluntad real o verdadera (*der wirkliche Wille*)¹⁸²⁹, o el 157 relativo a los “usos del tráfico”.

La disociación entre el modelo “normativo” del BGB y el Código Civil de 1984 (en tema de interpretación), así como su imposibilidad por identificarse en aquél italiano, nos coloca en una encrucijada respecto de la interpretación integrativa. Si desde un modelo receptor como el italiano, la figura en cuestión perdía autonomía por reflejarse en la llamada interpretación objetiva (como revés de la interpretación subjetiva), ¿la ausencia de dicho binomio, y la prevalencia de la concepción objetiva en sede nacional, significa que la interpretación integradora encuentra un espacio en Perú?

Desde nuestra perspectiva, la *ergänzende Vertragsauslegung*, si bien fundada normalmente en el párrafo 157, se vincula inescindiblemente con el párrafo 133, puesto que si del primero obtiene la capacidad de “colmar” una disposición faltante, del segundo obtiene su independencia conceptual del primero (colocándose así en el medio de ambos). Nos explicamos.

Si la interpretación integradora consistiera en colmar lagunas contractuales, esta no hubiese sido necesaria como teoría en Alemania, puesto que quedaría identificada en la integración contractual. No obstante, existía un inconveniente: la insuficiencia de las fuentes supletorias (en ausencia de referentes normativos como el art. 1135 *Code* o 1374 *Codice*). Al no ser capaz la integración de resolver los problemas de la interpretación integradora, esta precisaba de justificar “jurídicamente” su marco y tipo de actuación (complementar las declaraciones de voluntad). Esta justificación no

⁽¹⁸²⁹⁾ LEONHARD, Franz. *óp. cit.*; p. 31.

podía recaer en la ley (no pensada para estos casos e insuficiente para todos los casos, igualmente) sino, y sin más remedio, en la propia voluntad real no declarada por las partes (en base a la buena fe del párrafo 157 BGB). En otras palabras, la interpretación integradora buscaría justificar su “inserción” (de buena fe) en el reglamento contractual (en defecto de ley) en aquello que la interpretación perseguía: la voluntad real, en algunos casos declarada, en otros no.

Pero esta voluntad real no resolvía un problema de interpretación *strictu sensu* sobre una declaración contractual, sino que debía ser capaz de dotar de elementos sustantivos a quien colmase mediante dicho procedimiento el reglamento *ex contractu*. Este último agente debía ser capaz de abstraer del programa predispuesto por las partes una voluntad que trascendía la simple declaración de un aspecto específico, al punto que ella misma sea capaz de ser extendida a todo supuesto en donde se evidenciaba una laguna. Dicho proceso culminaría cuando una vez abstraída la voluntad real (formalmente explicitada a través de diversas declaraciones pero no limitada a ella, siendo que la buena fe contribuiría a ello), esta pasaría a regir sobre la *fattispecie* contractual en su conjunto, colmando las disposiciones que no se observaban en el contrato, pero que conforme dicha voluntad (“suprema”) era capaz de “crearse” sin necesidad de declaración (de las partes) en ese sentido, sino de “interpretación integradora”.

Para tal propósito, la construcción en torno a la “interpretación” resultaba fundamental, puesto que si el asunto quedaba en la “integración” ella se limitaría a los efectos, lo cual devenía en un problema toda vez que aquello que se buscaba “colmar” era el contenido (la interpretación sí incidía sobre ello) del programa obligatorio. Pero advertido con lucidez por un sector de la doctrina nacional que en tema de integración esta aparece como un “fenómeno fluctuante sobre el contenido del negocio, y que luego, todo aquél, compuesto conjuntamente por determinaciones de los sujetos y del ordenamiento, produce una serie de efectos determinados, de forma inmediata dispuestos por el mismo ordenamiento¹⁸³⁰”, la aproximación de la “interpretación integradora” a la interpretación o la

⁽¹⁸³⁰⁾ PALACIOS MARTÍNEZ, Eric. “Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico”... *óp. cit.*; p. 209.

integración quedaría reducida únicamente al hecho de justificar una intromisión exógena en el reglamento contractual.

Descartado que nuestro sistema pueda absorber a la *ergänzende Vertragsauslegung* en el binomio interpretación subjetiva/objetiva, y vista la imposibilidad de plantear en sede nacional un expreso reconocimiento legal de ella como lo postula un autor español a propósito de su sistema¹⁸³¹, dado que los arts. 168, 169 y 170 tienen por objeto fijar el sentido connotativo de las declaraciones que conforman el contrato (especie de negocio jurídico) a partir de las reglas de interpretación, dicha figura, desde una óptica hermenéutica, no se deduce en la interpretación como lo planteara un sector de nuestra doctrina (Palacios Martínez), sino más bien (queda absorbida) en la integración, puesto que corresponde a aquella en nuestro sistema “completar, sustituir y corregir” (en los términos del propio Palacios Martínez) el contenido (y ya no solo los efectos) del contrato a partir de las fuentes de integración de los contratos que el ordenamiento peruano reconoce: la ley y la buena fe *ex art.* 1362. Queda fuera así los usos del tráfico o la equidad (presente en el art. 1257 del Código Civil de 1852), los cuales no encuentran respaldo legislativo, aun cuando el código actual recurra a esta última en materia de indemnización “equitativa” *ex art.* 1977.

Una solución distinta que busque ubicar a la interpretación integradora en la interpretación o como *tertium genus* encontrará una marcada oposición desde el dato legislativo y la función teórica dogmática de la primera, en un sistema como el peruano en donde no se persigue la común intención, de acuerdo a lo expuesto, ni concibe una “voluntad real” que deba ser descubierta y abstraída al punto de significar fuente (*per se*) de disposiciones contractuales (bajo el “manto” de la buena fe).

De hecho nuestro sistema tampoco presenta una norma capaz de motivar una mayor discusión sobre el punto, como sucede en Portugal con su art. 239, en donde se lee expresamente que:

“Na falta de disposição especial, a declaração negocial deve ser integrada de harmonia com a vontade que as partes teriam tido se houvessem previsto o ponto omissivo, ou de acordo com os ditames da boa fé, quando outra seja a solução por eles imposta”.

(1831) VATTIER FUENZALIDA, Carlos... *óp. cit.*; p. 515 y ss.

Que la norma exija que la “integración” (y no así la “interpretación”) deba ser realizada a partir de la reconstrucción de la voluntad ha significado para algunos autores un reclamo a la *ergänzende Vertragsauslegung*¹⁸³² (y su pretendida autonomía); no obstante que también pudo traer como consecuencia que sea la integración, como sostenemos nosotros¹⁸³³, la que tenga la potencialidad suficiente para colmar la ausencia de disposición expresa en el programa contractual.

Ahora bien, como puede verse, en el fondo de toda la construcción de la *ergänzende Vertragsauslegung* se haya una lógica de voluntad (abstraída y equitativa *ex bona fides*) como motor del reglamento *ex contractu*, siendo ella la primera alternativa al momento de “completar” lo no dicho por las partes. Al contrario, si la óptica parte por observar en el fenómeno integrativo un proceso dinámico (de heterointegración) capaz de coexistir con las declaraciones contractuales de modo tal que el programa resulte funcional para los intereses de los contratantes, se habrá podido desterrar la necesidad de la *completezza del accordo* en base a la voluntad (construida sobre el mecanismo de la interpretación aún en ausencia de declaración, que ciertamente ahora parece una *contradictio in terminis*).

Llegado a este punto entonces resulta irrelevante que el sistema haya optado o no por el binomio interpretación subjetiva/objetiva, debiéndose dirigir el asunto al tema de la integración.

Pero más importante aún, si esta última absorbe (en términos gráficos) la interpretación integradora, los «deberes de protección» no podrán fundarse en ella.

A estas alturas, ya es evidente el camino que siguen quienes pretenden fundar en tal figura los *Schutzpflichten*.

3.2.3. Bajo el entendido que los «deberes de protección» no eran reconocidos legalmente (como deberes concretos que supletoriamente se insertaban en el contenido contractual), su inserción

(¹⁸³²) La disputa sobre la recepción de la interpretación integradora en Portugal *ex art.* 239 mantiene dividida a la doctrina de aquél país: a favor, *v.* **CORDEIRO, António Menezes**. Da Boa Fé no Direito Civil... *óp. cit.*; p. 1063 y ss.; **VASCONCELOS, Pedro Pais de**. *óp. cit.*; p. 385 y ss.; en contra, **ALMEIDA, Carlos Ferreira de**. *óp. cit.*; p. 433 (nt. 196); **ASCENSÃO, José de Oliveira**. Teoria geral do direito civil. vol. II. Acções e factos jurídicos. 2da ed. Coimbra: Coimbra Editora, 2003, pp. 198-199; **DUARTE, Rui Pinto**. *óp. cit.*; p. 76; **MIZRAHI, Gustavo José**. *óp. cit.*; p. 30.

(¹⁸³³) En esa línea, derivando a la integración la *ergänzende Vertragsauslegung*, *v.* **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 70.

en el programa *ex contractu* mediante la integración contractual devenía en un estéril esfuerzo. Y retomando el sustrato final de las posturas que identificaban en el solo acuerdo la fuente de aquellos, era imperioso que la identificación de la *source* de este se vincule (a cualquier costo) a la voluntad de los sujetos partícipes del negocio contractual *ex bona fides*. Visto lo anterior, la forma que mejor se acomodaba a tal empresa era la interpretación, pero no una *lata* porque ello solo serviría para aclarar el sentido de lo declarado mediante la investigación de la voluntad real (lo cual normalmente se deduciría en un asunto sobre el deber de prestar), sino la *ergänzende Vertragsauslegung*, dado que ella permitiría extraer la voluntad de las partes (abstrayéndola con ribetes de equidad y justicia desde el ángulo de la buena fe) y construir en función a ella una regla de derecho capaz de completar el contenido del contrato.

En esa lógica, por supuesto que el presupuesto era una ficción también: la voluntad de ver inalterada la esfera jurídica, tanto en lo que respecta a los bienes personales y a los bienes patrimoniales, mediante la creación de un deber concreto de protección. Este interés que podemos denominar “predispuesto” (porque no existían elementos suficientes que permitieran llegar a tal conclusión, salvo que se asuma *per se* su existencia por una cuestión de política del intérprete) era aquello que resulta abstraído en la interpretación integradora y que acto seguido, bajo la forma de «deber de protección», era integrado en el programa contractual. Se aseguraba así entonces que el *Schutzpflicht* -ahora integrado- cautelara el interés de protección (predispuesto, extraído e integrado también) de cada una de las partes.

Si la interpretación integradora se fundaba, en el fondo, de un preconcepto; esto es, la necesidad de garantizar la esfera jurídica ajena *ex contractu* mediante la integración de un deber específico resultante de la voluntad (predispuesta) de las partes, resulta evidente que en realidad la “auténtica” fuente de dichos «deberes de protección» no resultaba del fenómeno de la *ergänzende Vertragsauslegung* sino que este servía para encubrir y posibilitar que dichos deberes sean incorporados en el contrato: la presunción de dicho interés y la creación de tal deber era expresión, sin duda, de lo que en su primera fase se sustentó en el mero acuerdo negocial y que luego derivará en la buena fe.

Una y otra aparecen en nuestro criterio como ficciones: tanto el interés y acuerdo presunto, y el propio medio empleado, la interpretación integradora¹⁸³⁴.

Ahora bien, incluso si todo el razonamiento presentado no fuera correcto y (i) nuestro sistema se adhiriera al binomio interpretación objetiva/subjetiva, y/o (ii) la interpretación integradora representara una “forma” de interpretación, y/o (iii) la interpretación integradora sí presentara autonomía e independencia de acuerdo a nuestras normas y sistema nacional, ubicándose en el medio de los polos de la interpretación e integración, lo cierto es que bajo ningún punto de vista la *ergänzende Vertragsauslegung* aparecería como fuente de «deberes de protección» por el simple hecho que:

(i) en su fórmula original, ella se sustentaría en la voluntad y acuerdo presunto de protección ya rechazado previamente. Pero además porque no es cualquier ausencia de estipulación de las partes la que provoca una laguna que habilita a la interpretación integradora (teóricamente), sino solamente “aquella que se presenta como condición *sine qua non* para la ejecución del programa contractual previsto por las partes (...). O sea, la laguna solo puede verificarse en función de la teleología del contrato conforme resulta del programa contractual¹⁸³⁵”.

Resulta evidente que ni el *Schutzpflicht* ni el *Schutzinteresse* inciden en aquél *strictu sensu*, toda vez que dicha estipulación (de protección) no es reclamada para conseguir la unidad interna del negocio, construido en sentido positivo; y,

(ii) desde la perspectiva aquí asumida, como integración, ella no sería la fuente de los «deberes de protección», sino la vía de comunicación a través de la cual se exteriorizaría dicho fenómeno, correspondiendo más bien tal calificativo a las fuentes de integración *ex contractu* previstos en el ordenamiento civil peruano; a saber, la ley y la buena fe. En otras palabras, “solo aquellas bases de valoración, como circunstancias de hecho que adquieren juridicidad por el proceso integrativo,

(1834) De ahí que en un autor como Siber conviva (no sin conflicto) la idea de un contrato de conservación y el recurso a una interpretación puramente objetiva *ex bona fides* en lo que respecta a la *c.i.c.* (v. nt. 1696 del presente trabajo). De igual manera, Mota Pinto, para quien los deberes laterales (*rectius*, de protección) son impuestos por la buena fe en vista del fin del contrato conforme los arts. 239 (sobre integración, referido anteriormente) y 762 (ejecución de buena fe) del Código Civil portugués de 1966 (PINTO, Carlos Alberto da Mota. Cessão da posição contratual... *óp. cit.*; p. 339).

(1835) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 78.

pueden asumirse como verdaderas fuentes de los «deberes de protección»¹⁸³⁶?. De ahí que “la interpretación complementadora no es el hecho jurídico, sino su canal de acceso a la juridicidad”¹⁸³⁷.

Es este último escenario el que nos exige estudiar los otros fundamentos dogmáticos que se han planteado en materia de «deberes de protección», avizorando que en su momento debamos tratar la posibilidad de que la ley y la buena fe aparezcan como auténticas fuentes de deberes de conducta.

3.3. En la lógica por ubicar los «deberes de protección» en el contenido de la relación de obligación compleja es posible tentar una explicación de aquellos extendiendo el concepto de prestación de forma tal que fuera esta última el fundamento de los *Schutzpflichten*.

Para tal propósito, conviene tener en cuenta un aspecto que se extrae del Cap. II y parte de este Cap. III: la voz “prestación” es usualmente subordinada a aquella otra usual en nuestro *medio*, “obligación”. En ese sentido, no es sorpresa el hecho que nuestra doctrina trate el asunto de la “prestación” desde la óptica de la “obligación”.

Si una constante ha existido en nuestra historia, en términos generales, fue sintetizar la prestación en la fórmula *obligación=dar, hacer o no hacer*, en donde lo que subyacía era el comportamiento positivo/negativo al que se “obligaba” el deudor en virtud de la constricción que suponía la relación de obligación, de modo que su empleo adquiriría relevancia por su capacidad sintética (en un solo término) de evocar las diversas formas y maneras de actuación del sujeto *in obligatione* (cuya regulación debía ser objeto del cuerpo normativo), antes que por su propia valía dogmática como concepto técnico jurídico. Para corroborar lo anterior, basta el reclamo a las obras aquí estudiadas de Vidaurre¹⁸³⁸, Fuentes y De La Lama¹⁸³⁹, M. A. Olaechea¹⁸⁴⁰, León Barandiarán¹⁸⁴¹, Badani¹⁸⁴², Ferrero

(1836) Ídem, p. 86.

(1837) Ibíd.

(1838) *v. VIDAURRE, Manuel Lorenzo. óp. cit.; p. 127.*

(1839) **FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA.** Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana... *óp. cit.; p. 274.*

(1840) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.; f. 2.*

(1841) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.; p. 7.*

(1842) **BADANI CHÁVEZ, Rosendo.** *óp. cit.; p. 21 y ss.*

Costa¹⁸⁴³, Cárdenas Quirós¹⁸⁴⁴, Osterling y Castillo Freyre¹⁸⁴⁵, Barchi Velaochaga¹⁸⁴⁶, ente otros, sin que ello se vea contradicho por el hecho que un importante autor (Espinoza Espinoza), en adhesión a una “feliz expresión”, conciba a esta como “el programa material o jurídico que el deudor está obligado a realizar y al cual el acreedor tiene derecho¹⁸⁴⁷”, cuando lo único que varía es lo alambicada de la frase antes que lo sustancial de ella.

Ahora bien, esto no significó que algunos autores (sin ir en contra de lo anterior) hayan abordado la materia distinguiendo la prestación (el comportamiento que ella representa) de la “utilidad” que la realización de aquél provoca en la esfera del sujeto activo de la relación de obligación¹⁸⁴⁸, como sucedió en el caso de Cornejo, quien siguiendo a Dernburg, enfatizaba que “la obligación no es sino un medio para un objeto; el medio consiste en la prestación debida por el deudor: el objeto es la ventaja que tal prestación ha de procurar al acreedor¹⁸⁴⁹”; Fernández Cruz, quien distingue la “conducta del deudor como modo de cumplimiento¹⁸⁵⁰” (entendemos se ubicaría aquí la prestación), “del esfuerzo que se le exige al deudor para superar obstáculos al cumplimiento¹⁸⁵¹” (deber accesorio encarnado en los “deberes de protección”); y Espinoza Espinoza, para quien en la prestación se distingue un momento subjetivo (refiere al comportamiento de

(1843) **FERRERO COSTA, Raúl.** Curso de derecho de las obligaciones. Lima: Cultural Cuzco, 1987, p. 34, señala que “el objeto de la obligación no es una cosa un bien. Es siempre una prestación o servicio, un hecho positivo o negativo que el deudor debe realizar en provecho del acreedor. Esta prestación puede consistir en dar, hacer o no hacer alguna cosa”.

(1844) Quien señala que “es preciso distinguir el objeto del contrato, que consiste en crear, regular, modificar o extinguir obligaciones; del contenido de la obligación que es la prestación y que puede consistir en un dar, un hacer o un no hacer, el servicio o la abstención, según los casos. En este orden de ideas, es incorrecto referirse a las obligaciones de dar, hacer y no hacer, pues estos son conceptos vinculados a la prestación y no a la obligación. La prestación es el comportamiento que se ha comprometido a ejecutar el deudor a favor del acreedor en razón del vínculo obligacional existente entre ellos y que puede traducirse en dar (por ejemplo, entregar un bien inmueble determinado), hacer (por ejemplo prestar un servicio de guardiana de autos) o no hacer (por ejemplo abstenerse de revelar un secreto) algo”. **CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos.** *La mora del deudor en las obligaciones con prestaciones de hacer.* En: *Themis*, núm. 12, 1988, p. 72 (nt. 1).

(1845) Quienes señalan que: “(...) la prestación es el contenido u objeto de la obligación, y está constituida por la conducta en cuya observancia estriba el deber del obligado”. *v.* **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** Tratado de las obligaciones I... *óp. cit.*; p. 145.

(1846) **BARCHI VELAUCHAGA, Luciano.** “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”... *óp. cit.*; p. 637.

(1847) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación.* En: *Themis*, núm. 60, 2011, p. 257.

(1848) **NUÑEZ SÁENZ, Ysmael.** *óp. cit.*; p. 50 y ss.

(1849) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 52.

(1850) **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las relaciones obligatorias”... *óp. cit.*; p. 153 y ss.

(1851) *Ibíd.*

cooperación requerido al deudor)¹⁸⁵² y un momento objetivo (“que afecta a la utilidad que la prestación está llamada a aportar al acreedor: utilidad de carácter típico y que normalmente se vincula al señalado comportamiento de cooperación¹⁸⁵³”). “En otras palabras, se distinguen dentro de la prestación, dos elementos: el subjetivo es la conducta de cooperación y el objetivo es la utilidad típica atribuida¹⁸⁵⁴”.

Pero el asunto no trascendió más allá, independientemente que la última distinción entre momento subjetivo y objetivo planteada por Espinoza Espinoza haya motivado (incluso con anterioridad) a Fernández Cruz a sustentar que la materialidad o inmaterialidad de la utilidad define no la medida del deber de prestación, sino la extensión del deber accesorio de protección (diligencia). En otros casos, como Cornejo, la “ventaja” que ella (la prestación) reportaba al *creditoris* no resultaba relevante al menos en tema de tutela resarcitoria¹⁸⁵⁵.

Estos esfuerzos, aunados a otros que aseguran identificar en la prestación un deber jurídico¹⁸⁵⁶, no controvierte, en su sustrato final, la noción de prestación como “conducta debida”, sin dejar de lado los considerandos arriba expuestos.

Cuestión distinta (al concepto *per se*) fue el hecho de determinar si en la noción misma de prestación (como conducta debida) se comprendían los deberes denominados accesorios y de protección.

3.3.1. Pocos autores enfrentaron esta cuestión; entre estos (i) García-Calderón, (ii) Cornejo; y (iii) Fernández Cruz.

(¹⁸⁵²) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación...* *óp. cit.*; p. 257.

(¹⁸⁵³) *Ibíd.*

(¹⁸⁵⁴) *Ibíd.*

(¹⁸⁵⁵) La disociación entre comportamiento y ventaja que la prestación “representa” y “procura” invita a cuestionarse sobre qué debe el deudor *strictu sensu*. Será a raíz de su estudio de la responsabilidad *ex contractu* que absolverá esta interrogante enfatizando que el deudor responde por el incumplimiento o cumplimiento imperfecto “de la prestación”. *v. CORNEJO, Ángel Gustavo.* Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 232.

(¹⁸⁵⁶) **NUÑEZ SÁENZ, Ysmael.** *óp. cit.*; p. 55.

(i) Habíamos señalado que García-Calderón pensaba que el contrato presentaba dos obligaciones, unas principales y otras accesorias o secundarias. Las primeras hacían referencia al deber de prestación y las segundas a los deberes accesorios. La fuente de estos últimos no resulta claro en su discurso, siendo que el único dato que podía clarificar ello era la expresión “los contratos producen”, supuesto en el que daría a entender que su origen radica en el acuerdo mismo.

No obstante, luego se lee que “son principales, los que nacen directamente del contrato; y accesorias las que dimanen de las obligaciones principales¹⁸⁵⁷”. En ese sentido, parecería que las accesorias “demanen” (expresión de García-Calderón) de las principales, de forma tal que serían una forma más de expresión de la prestación. Pero no podría ser el revés del deber de prestación los deberes accesorios puesto que si resultasen en una unidad, el cumplimiento de este último motivaría la extinción del deber de prestación, cuando sabemos (así lo reconoce este autor) que el primero subsiste incluso luego de cumplido el segundo.

La incertidumbre sobre la fuente de los deberes accesorios o secundarios (en la terminología de García-Calderón) no se terminó de dilucidar en su obra. Sin perjuicio de ello, queda descartado que su noción de prestación haya comprendido un deber de seguridad que garantice la integridad ajena desde que esta última no fue concebida por dicho autor.

(ii) En un silencio de más de cincuenta años, nuestra doctrina no profundizó en lo anterior, hasta que Cornejo retomó sobre el asunto.

Este autor, al igual que García-Calderón, postuló la existencia de deberes accesorios, pero fue incluso más allá hablando de deberes secundarios que cumplirían una función de protección. ¿Estos últimos deberes eran una extensión de la prestación, al punto que esta última deviene fuente de aquellos?

La respuesta no es sencilla.

⁽¹⁸⁵⁷⁾ GARCÍA-CALDERÓN, Francisco. “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 347.

Si como vimos en el Cap. II, Cornejo ubicaba en la buena fe la fuente de los deberes accesorios y el «deber de protección», no era menos cierto que (para él) el efecto de aquello (además de las citadas posiciones jurídicas) era que “el deber de prestación sea más amplio que el contenido fijado en el contrato o por la ley¹⁸⁵⁸”.

Sin embargo, esta última conclusión debe ser precisada porque el sentido literal podría llevar a intuir una contradicción. En efecto, esta solo resultaba adscribible para lo que concernía al deber accesorio, que en este caso aparecería (en su criterio) como una extensión del deber de prestación, mas no así en lo que respecta al *deber secundario especial*, el cual se vincularía con lo que Cornejo denomina “contenido del crédito¹⁸⁵⁹”, antes que en la propia prestación. Así pues, si bien en ambos casos la buena fe fundaría la exigencia del comportamiento, uno sería extensión de la prestación y el otro parte del contenido del crédito (que dada la concepción de obligación del autor era capaz de no limitarse a la prestación).

Visto en perspectiva, Cornejo yerra al señalar que los deberes accesorios se “contienen” en el deber de prestación. Que el deber de prestación y los deberes accesorios se vinculen respecto de la ejecución del contrato a partir de un criterio funcional no significa que uno y otro se confundan en una misma posición jurídica. La construcción de la obligación como «*sistema móvib*» permite superar ello.

En cualquier caso, soslayando lo anterior, hay algo que sí es claro en este autor: el deber de prestación forma parte del contenido del crédito, pero este último no se reducía a aquél, como lo demostraban (en su óptica) los *deberes secundarios especiales*. Con un añadido: en Cornejo fuente y efecto (en materia de *deber secundario especial*) no se confunden (como en el caso de los deberes accesorios); esto es, que el «deber de protección» tenga por efecto formar parte del contenido del crédito no significa que su fuente sea aquél ni mucho menos la prestación, *strictu sensu*. Esto último estaba

⁽¹⁸⁵⁸⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 63.

⁽¹⁸⁵⁹⁾ Ídem, p. 62.

reservado para la buena fe *ex art.* 1328 del Código Civil de 1936; norma que como vimos habilitaba la integración (y no así la interpretación integradora) del contrato.

(iii) Una rápida revisión de la postura de Fernández Cruz permitirá advertir que este autor no deducía su autónomo deber accesorio de diligencia del deber central de prestación; o lo que es lo mismo, su deber accesorio de diligencia, sea que funcione como conducta en aras de superar los obstáculos al cumplimiento o coadyuvando al cumplimiento del deber principal o como deber de seguridad *strictu sensu* (en la lógica germánica del *Schutzpflicht*), no resultaba una “consecuencia” del *Leistungspflicht des Schuldners*.

Visto desde otro ángulo, la ausencia de una noción *sui generis* de prestación de parte de Fernández Cruz significó que el “basamento” de su posición no se concentre en ella sino que persiga coexistir con esta, dentro de la lógica de la vinculación intersubjetiva de cooperación de naturaleza compleja.

Finalmente, debe destacarse el caso de otros autores que también plantearon la existencia de deberes de conducta ajenos al deber principal de prestación en sede nacional, pero que tampoco los fundaron en base a una pretendida recomposición (dogmática) de la noción de prestación (sintetizada en la fórmula antes comentada), como es el caso de Núñez Sáenz (aunque sin afirmar una fuente concreta¹⁸⁶⁰), Barchi Velaochaga¹⁸⁶¹, Morales Hervías¹⁸⁶² o Zamudio Espinal¹⁸⁶³.

Tomando en cuenta lo anterior, podemos llegar a la conclusión que nuestra doctrina, a lo largo de la historia y en diferentes momentos, no fundamentó la existencia de deberes de cuidado ajenos al deber primario a partir de la noción de “prestación”, la cual, en perspectiva también histórica, no

(¹⁸⁶⁰) **NUÑEZ SÁENZ, Ysmael.** *óp. cit.*; p. 57 y ss.

(¹⁸⁶¹) **BARCHI VELAOCHAGA, Luciano.** “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”... *óp. cit.*; p. 644 y ss.

(¹⁸⁶²) **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil...* *óp. cit.*; p. 54 y ss.

(¹⁸⁶³) **ZAMUDIO ESPINAL, Carlos.** *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea...* *óp. cit.*; p. 195 y ss.

ha adoptado -en nuestro *medio*- mayor connotación (en su sustrato final) que representar la “conducta debida” del deudor en favor del acreedor (bajo la fórmula *obligación = dar, hacer o no hacer*).

Corresponde ahora dilucidar si esta conclusión encuentra soporte a nivel dogmático, de modo tal que la misma pueda terminar de ser descartada como fuente de los «deberes de protección» en sede nacional.

3.3.2. Es fundamental tener en cuenta el contexto en donde surge una postura como la que venimos tratando.

Los alegatos en favor de que la prestación es capaz de contener conductas adicionales a la actividad comprometida por el deudor; o lo que es lo mismo, que venga a ser alargada para connotar no solo lo debido sino también los deberes accesorios (sobre todo en la etapa de discusión en torno a la *pVV*), no son nuevos en Alemania, ni surgieron luego de la obra de Stoll. Así sucedió por ejemplo con Himmelschein, quien como vimos (Cap. I) pretendió objetar la teoría de Staub englobando en la prestación los comportamientos a los que el deudor se encuentra adscrito.

Una vez “descubiertos” (*rectius*: dogmatizados) los «deberes de protección», el procedimiento no fue distinto, simplemente se trataba de incluir este deber (como parte de la gama de deberes de conducta identificados a nivel de doctrina) dentro de una noción amplia de prestación, como lo sostuvo *p.e.* Fikentscher, sobre todo, a fin de salvar la categoría de las *Leistungsstörungen*¹⁸⁶⁴, o, en otra sede, Natoli, a partir de concebir a los “deberes integrativos instrumentales no autónomos” y a los deberes de seguridad o de protección como típicas especificaciones de la prestación principal (estos últimos atribuibles únicamente al deudor, en el caso en que la prestación implica la propia persona o cosas que pertenece al acreedor)¹⁸⁶⁵.

⁽¹⁸⁶⁴⁾ **FIKENTSCHER, Wolfgang.** Schuldrecht. 7 auf. Berlin: De Gruyter, 1985, p. 28 y ss. (hay ediciones posteriores).

⁽¹⁸⁶⁵⁾ **NATOLI, Ugo.** L'attuazione del rapporto obbligatorio I... *óp. cit.*; p. 21. Para una panorámica de la posición del autor, *v.* ampliamente las pp. 1-44 del referido libro, así como ID. *L'attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza.* En: *Banca, borsa e tit. cred.*, I, 1961, p. 157 y ss. (ahora *ib.* en ID. *Diritti fondamentali e categorie generali.* Scritti di Ugo Natoli. Milano: Giuffrè, 1993, p. 669 y ss.)

En sede nacional, una muestra de esta tendencia se exhibe en Espinoza Espinoza, quien luego de sustentar que teóricamente las “obligaciones de seguridad” son emanaciones del deber genérico de no dañar a otros (según veremos luego), reconoce que (excepcionalmente, agreguemos):

“hay casos en los cuales la obligación de seguridad forma parte del mismo contrato, como en el contrato de transporte (si uno paga por trasladarse de un punto a otro, es obligación del transportista llevar al pasajero a su destino “vivo y entero”, aunque esto suene, en un país como el Perú, de “ciencia ficción”). El objeto del contrato de prestación de servicios profesionales del cirujano es el de emplear la *lex artis* para curar al paciente o darle mejores condiciones de vida. No se trata de una “obligación secundaria”, sino que forma parte del objeto principal de la obligación contractual, como se da también en el contrato de depósito¹⁸⁶⁶”.

En este escenario, la idea de “obligación de seguridad”, «deberes de protección» y cualquier denominación similar pierde sentido, sea porque o bien queda subsumido en el deber aquiliano o integra el “objeto principal de la obligación contractual”, ergo, la prestación.

Ahora bien, la vinculación entre el *Leistungspflicht* y el *Schutzpflicht* provocó sumo revuelo en Alemania, máxime cuando se trataba de compatibilizar ambos bajo la “capa” del contrato, de modo que sean subsumibles en el sistema de la *Leistungsstörungen* (propuesta de Stoll). Sin embargo, advertido que esta última giraba en torno a la “imposibilidad”, el encuadramiento de ambos suponía coordinar y definir el alcance del comportamiento del deudor, puesto que el interés del acreedor confinado a la prestación había adquirido dinamismo a partir de los nuevos descubrimientos jurídicos.

En el caso del deber de prestación, se observó que la disociación entre ejecución y satisfacción del interés ocasionaba problemas desde la perspectiva de la imposibilidad. En efecto, en ocasiones el cumplimiento no importaba satisfacción (del interés creditorio) debido a que la prestación se tornaba inidónea para tal propósito o porque aquella se satisfacía con independencia de la ejecución de la prestación. No obstante, dada la subjetividad del sistema de imposibilidad y el problema de la violación negativa, resulta evidente que ambas hipótesis no podrían encontrar correlato en la *Unmöglichkeit*.

(1866) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Nota sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante evolución? ... óp. cit.; p. 56.*

Frente a tal circunstancia, el punto se colocó sobre la prestación y su extensión, lo que finalmente motivó en advertir que el concepto de prestación presentaba cierta ambivalencia¹⁸⁶⁷. Así pues, “el primer aspecto apunta a un comportamiento que es debido; (...) el segundo hace resaltar el interés que la prestación realiza o, en otras palabras, aquello que es atribuido al acreedor¹⁸⁶⁸”. La descomposición de la noción de prestación en una doble faceta admitida por Wieacker, prestación como conducta (*Leistungshandlung*) y prestación como resultado (*Leistungserfolg*)¹⁸⁶⁹, suponía una solución al problema.

Sin ser esta la sede para juzgar la descomposición teórica de la prestación (dentro de los alcances pretendidos por la doctrina alemana), lo anterior sí sirve para contextualizar cómo se insertan los «deberes de protección» en una apuesta por comprenderlos en la prestación a partir de dicha distinción.

En efecto, si la *Leistungserfolg* atiende al interés del acreedor, la ampliación de este último significaría que aquella (no limitada a la sola conducta de prestación debida) comprenda todo aquello que asegure la satisfacción del acreedor (dentro de la amplia concepción que la dogmática alemana pretendió). En otras palabras, si se recoge la tesis de Stoll y el interés del acreedor se configura en sentido positivo y negativo (en orden de protección), la trascendencia de la prestación, construida típicamente sobre la conducta positiva, precisaría una reconfiguración, al punto que satisfaga dicho interés.

De esta manera, la “obligación” no se cumpliría solo con actuar la conducta de prestación sino que para considerar satisfecho el interés del acreedor también se precisaría conservar la esfera jurídica ajena inalterada, en lo que respecta a los bienes personales y patrimoniales que se verían involucrados en el contrato.

(¹⁸⁶⁷) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 86

(¹⁸⁶⁸) Ídem, p. 87.

(¹⁸⁶⁹) **WIEACKER, Franz.** “Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht”. En: FS. Nipperdey. Band I. München: C.H. Beck, 1965, p. 783 y ss.

Al juzgar críticamente esta alternativa, se advierte que a diferencia de otros intentos de contractualización, de aceptar que la fuente de los «deberes de protección» radica en la propia prestación (como una extensión de esta), la teoría de Stoll precisaría ser reformulada. En efecto, si el «deber de protección» se fundara en la prestación, uno y otro deberían formar una unidad inescindible; sin embargo, el problema radica en que de ser ello así, dichos deberes, a diferencia de lo propuesto por Stoll, solo gravarían la esfera jurídica del sujeto *in obligatione* (el deudor), mas no respecto de la posición del acreedor (como lo propone dicho autor), quien en sentido técnico no se encuentra compelido a cumplir una conducta en tal sentido.

Esta modificación importa, sin duda, una desnaturalización de la figura, máxime porque a nivel teleológico no existiría una razón jurídico-dogmática capaz de justificar el reconocimiento de un interés de protección en una sola de las partes y no en ambas, salvo que ella sea fruto no de un análisis deductivo, sino inductivo, lo que explica en gran medida la particularidad del esquema de la *Obligation de sécurité* en Francia y la propia experiencia peruana en su evolución histórica en tema de tutela de la seguridad en el contrato.

Ahora, incluso si es que el asunto no radicase en contrastar la alternativa de la extensión de la noción de prestación con la teoría de Stoll, sería fácil advertir que aquello que en realidad dota de sentido a una postura como la estudiada es la existencia del mismo presupuesto sobre el que fundan las otras teorías contractualistas: el preconcepto del interés de protección en la relación de obligación y la ficción que representa a nivel jurídico-dogmático.

En síntesis, y visto el asunto en perspectiva, lo que subyace en la idea de comprender en la prestación diversos fenómenos jurídicos que se caracterizan por imponer un deber de conducta (deberes accesorios y «deberes de protección») es una necesidad bastante elemental; esto es, dotar de un correlato legal a dichas figuras, las cuales, no contando con autonomía a nivel de normativo (un caso es el peruano, construido sobre la prestación), no presentan un régimen normativo definido en el que se individualicen sus efectos. La dificultad por incorporarlas al régimen de las *Leistungsstörungen* (sin apoyo normativo) motivó una alternativa más intuitiva: reducirlos en la noción de prestación mediante el alargamiento de estas.

No tardaría entonces en acontecer nuevos intentos que, de la mano con lo anterior, postularían la naturaleza contractual de los «deberes de protección». Esto significó el paso de la “prestación” a la “diligencia”, como veremos a continuación.

3.4. El valor histórico de la diligencia en el Derecho Continental, confirmada mediante sendos estudios en clave dogmática¹⁸⁷⁰, casi paso desapercibida en gran parte de nuestra experiencia jurídica, quedando confinada ella, por su valor antitético, a las antípodas de la culpa como criterio de responsabilidad *ex contractu* (v. Cap. II y III).

En tal contexto, no sorprende que luego de que un importante autor nacional haya propuesto una relectura de la diligencia como deber accesorio autónomo, la doctrina, en aquello que aducen significaría la justificación dogmática de los *Schutzpflichten* a partir de la *diligentia*, ha formulado una serie de críticas que exigen un tratamiento en esta sede, máxime cuando se trata de una de las más importantes posiciones dogmáticas sobre la materia en Perú.

Sin embargo, para captar el surgimiento de esta posición, la cual involucra diversos aspectos de particular controversia (entre estas, el sistema subjetivo de responsabilidad *ex contractu*), es preciso entender la experiencia (e influencia jurídica) y los criterios (jurídicos) de los cuales se valió nuestro autor al momento de formular su construcción. Veremos en lo sucesivo que el lugar que ocupa en lo anterior el derecho italiano, pero especialmente su doctrina, será decisiva y explicará la trascendencia o no de ella en la materia que nos importa: los «deberes de protección».

(¹⁸⁷⁰) La referencia es amplia, v., entre otras, las investigaciones de **FADDA, Carlo**. *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*. En: Atti della Reale accademia di scienze morali e politiche di Napoli, 1901, p. 143 y ss.; **KUNKEL, Wolfgang**. *Diligentia*. En: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 45, 1925, pp. 266-351; **BUCKLAND, William W.** “Diligens paterfamilias”. En: AA.VV. *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento*. vol II. Milano: Fratelli Treves, 1930, pp. 85-108; **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*... *óp. cit.*; p. 185 y ss.; **COTTINO, Gastone**. *óp. cit.*; p. 37 y ss.; **MAJELLO, UGO**. *óp. cit.*; p. 15 y ss.; **SEYRAT, Serge**. *Le bon père de famille: (étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit)*. Thèse. Paris: Université Panthéon-Assas (Paris) II, 1985, *passim*; **RAVAZZONI, Alberto**. Voce: Diligenza. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XI, 1989, p. 1 y ss. (de la separata) **VOCI, Pasquale**. “*Diligentia*”, “*custodia*”, “*culpa*”. *I dati fondamentali*. En: *Studia et Documenta Historiae et Iuris*, 1990, p. 29-143; **ANTONMATTEI, Paul-Henri**. *Contribution à l'étude de la force majeure*. Bibliothèque du droit privé. Paris: LGDJ, 1992, *passim*; **ZIMMERMANN, Reinhard**. *The law of obligations*... *óp. cit.*; *passim*.

La historia comienza en Italia durante la década de 1950 (época bastante productiva para la ciencia jurídica de dicho país, vale reconocerlo), en un escenario donde la dogmática alemana influía cada vez más sobre la doctrina italiana, resultando expresión de ello el acogimiento de la noción de relación de obligación como *Organismus*¹⁸⁷¹, promovido por importantes autores como Falzea¹⁸⁷², Mengoni¹⁸⁷³ o Betti¹⁸⁷⁴.

Como corolario de este proceso (mucho más trascendente y abarcante que el sucintamente detallado), los «deberes de protección» -dentro de su connotación germánica- arribaron finalmente a Italia, primero en un ensayo incluso anterior al *Codice*¹⁸⁷⁵, y luego mediante un desarrollo más orgánico a través de la figura del propio Betti¹⁸⁷⁶, Mengoni¹⁸⁷⁷ y Mancini¹⁸⁷⁸. Este fue el comienzo pues de lo que será una tendencia por discutir la recepción de los *Schutzpflichten* en sede dogmática y bajo los alcances del reciente *Codice* de 1942.

3.4.1. En esos años, y luego de los trabajos de los autores arriba señalados, un autor destinó una monografía al contrato de depósito¹⁸⁷⁹ y una de sus más notorias expresiones: la custodia. Teniendo en cuenta cómo la custodia llegó a representar una obligación dentro del depósito en la línea que va del Derecho Romano al *Code*, Majello se avocó a dilucidar la naturaleza de la denominada “obligación de custodia”, y fue como parte de tal investigación que dedicó largas líneas a los «deberes de protección», toda vez que precisaba confirmar una hipótesis: la custodia no es una obligación, sino un deber contractual de protección¹⁸⁸⁰.

(1871) Años antes, un autor como **RUBINO, Domenico**. La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari. Studi di diritto privato diretti da Giuseppe Messina. Milano: Giuffrè, 1939, p. 22 y ss. habló de “relación fundamental”, en línea con la expresión alemana *Grundlageverhältnis*.

(1872) **FALZEA, Angelo**. L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore. Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche Economiche Politiche e Sociali dell'Università di Messina. Milano: Giuffrè, 1947, p. 52 y ss.

(1873) *Supra* las obras citadas del autor, especialmente las referidas en el Cap. I.

(1874) **BETTI, Emilio**. Teoria generale delle obbligazioni I... *óp. cit.*; p. 99 y ss.

(1875) **BETTI, Emilio**. *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale (Fasi di elaborazione e mete da raggiungere)*. En: Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, vol. LXXIV, 1940-1941, p. 301 y ss.

(1876) **BETTI, Emilio**. Teoria generale delle obbligazioni I... *óp. cit.*; p. 96 y ss.

(1877) *Supra* las obras citadas del autor, especialmente las referidas en el Cap. I.

(1878) **MANCINI, Giuseppe Federico**. *óp. cit.*; *passim*.

(1879) **MAJELLO, UGO**. *óp. cit.*; *passim*.

(1880) Ídem, p. 61.

La validez de la propuesta del autor escapa el objetivo de este trabajo. Al contrario, nos importa sí una premisa; esto es, captar cómo Majello hizo del «deber de protección» un deber *ex contractu*.

Crítico respecto de la propuesta de identificar en la custodia un *obbligo integrativo strumentale o preparatorio* como corolario de la teoría de la buena fe¹⁸⁸¹, así como de aceptar a esta como fuente integrativa de deberes contractuales dada la particularidad del *Codice* (decantándose por el art. 1374 en vez del art. 1375) respecto del BGB (parágrafo 242)¹⁸⁸², lo cual a su criterio resultaría forzoso¹⁸⁸³, Majello se cuestionará cómo la custodia importa responsabilidad contractual si es que en ella no se observa una “obligación en sentido técnico” (prestación). Es así que ingresarán los «deberes de protección» en su discurso.

En la distinción del régimen de responsabilidad, este autor señaló que mientras la responsabilidad contractual se sustenta en la violación de una obligación en sentido técnico, la responsabilidad aquiliana se funda en la violación de un deber jurídico que tutela la esfera ajena¹⁸⁸⁴. En el primer caso, la responsabilidad contractual no está dirigida a tutelar la integridad patrimonial ajena, sino un derecho subjetivo: el derecho a la prestación¹⁸⁸⁵, en donde la finalidad de la obligación es procurar al titular del derecho correspondiente una particular utilidad (brindada por la prestación debida por el deudor)¹⁸⁸⁶. En el otro caso, los deberes *ex delicto* son denominados por Majello “deberes de protección” (*doveri di protezione*), adoptando la terminología de Stoll para calificar a los deberes extracontractuales que se comprenden en el genérico *neminem laedere*¹⁸⁸⁷, y cuyo aseguramiento persiguen. A diferencia de los deberes contractuales, al “deber de protección” le corresponde un interés simple que se transforma en un interés protegido, solo cuando la violación del deber sea causa de la lesión de un derecho a cuya tutela el deber se encontraba dirigido¹⁸⁸⁸. Si esa es la lógica, no

(¹⁸⁸¹) Ídem, pp. 46-47.

(¹⁸⁸²) Ídem, p. 47.

(¹⁸⁸³) Ídem, p. 48.

(¹⁸⁸⁴) Ídem, pp. 56-57.

(¹⁸⁸⁵) Ídem, p. 59.

(¹⁸⁸⁶) *Ibid.*

(¹⁸⁸⁷) Ídem, p. 58 (nt. 101).

(¹⁸⁸⁸) Ídem, p. 60.

sorprende que este autor concluya la contraposición entre los “deberes de protección” extracontractuales y los “deberes de prestación” contractuales.

Escéptico respecto de la posibilidad que la violación de un deber de prestación comporte responsabilidad aquiliana, la alternativa inversa (que la violación de un “deber de protección” genere una responsabilidad contractual) no estaba descartada para Majello¹⁸⁸⁹. Sin embargo, es trascendental notar que esta conclusión se fundaba en un razonamiento inductivo al descubrir que una serie de normas del *Codice* imponían a una de las partes verdaderos y propios “deberes de protección”, siendo que su violación traía consigo la responsabilidad contractual.

Así sucedía con los deberes de aviso (*Anzeigepflichten*) ex arts. 1686.2 (a cargo del transportista cuando se presentaba inconvenientes o retardo con el transporte), 1718.3 (a cargo del mandatario respecto a la tutela de los derechos del mandante), 1770.2 (depositario debe avisar circunstancias que exigen ejecutar prestaciones distintas a las convenidas), 1780 (perdida de la cosa por parte del depositario) o 1812 (comodante, en caso conozca, debe avisar de la existencia de vicios de la cosa al comodatario), y en otros casos incluso en donde no mediaba aviso como en el art. 2391, párrafo 1 y 2¹⁸⁹⁰.

Dichas hipótesis, presentes en algunos casos en nuestra experiencia jurídica (*v.* Cap. II y Cap. III), no eran “obligaciones accesorias o secundarias”¹⁸⁹¹, sino que al presentar las características sustanciales y estructurales de los “deberes de protección” extracontractuales (no confundibles con la prestación), pero sobre todo al ingresar en una relación de obligación (en virtud de la ley), adoptan naturaleza contractual¹⁸⁹². Es ahí donde los “deberes de protección” extracontractuales de Majello se aproximaban *-strictu sensu-* a los *Schutzpflichten* de Stoll.

Ahora bien, trasladando ello a la custodia, y rechazado por este autor el rol de la buena fe integrativa y la posibilidad de ampliar el concepto de prestación, Majello disiente de Mengoni en

(¹⁸⁸⁹) Ibíd.

(¹⁸⁹⁰) Ídem, pp. 61-64.

(¹⁸⁹¹) Ídem, p. 62.

(¹⁸⁹²) Ídem, pp. 62-63.

cuanto este último afirma que la relación de obligación resulta integrada por el principio de buena fe de forma tal que el deber primario de prestación se especifica como un cierto grado de diligencia; esto es, un *facere* instrumental encargado de preservar la posibilidad del cumplimiento¹⁸⁹³. Acá violar el deber de diligencia no significa pues violar un deber distinto al deber primario de prestación, sino el propio deber de prestación¹⁸⁹⁴.

Luego, Majello planteará que si la prestación deviene imposible por una causa extraña al deudor, este responderá “no en razón de no haber realizado la prestación, ni porque ha hecho imposible la prestación (lo que de todas maneras sucedería de no haberla realizado) sino porque no ha evitado el *fatto estraneo* que ha producido la imposibilidad¹⁸⁹⁵”.

Desligada entonces la obligación en sentido técnico (el deber de prestar) de aquél comportamiento que persigue evitar el *casus* que provoca la imposibilidad, Majello no tarda en reparar que esta última conducta (colocada entre el deber de prestación y el “deber de protección extracontractual”) se identifica con el “deber de protección” contractual. A efectos de fundamentar esta última dirá pues, bajo la influencia de Lehmann¹⁸⁹⁶ (quien consideraba a la diligencia como un deber secundario dirigido o a no impedir la finalidad de la relación de obligación o a preservar la posibilidad de la prestación), que la diligencia (en fase de *preadempimento*) representa también un “deber de protección” (contractual) “porque su función no es aquella de hacer conseguir al acreedor una prestación de diligencia, sino aquella de proteger el derecho a una prestación diversa de la misma diligencia; derecho para cuya tutela el deber de diligencia resulta impuesto por el ordenamiento jurídico, en integración del deber de prestación¹⁸⁹⁷”. La diligencia (*ex art. 1218 Codice*) adquirirá relevancia solo en el caso que el deber de prestación devenga imposible¹⁸⁹⁸.

Para propósito del trabajo de Majello, la fórmula *custodia = deber de diligencia* quedó así sentenciada, distinguiéndose finalmente la *diligenza-custodia* (*ex art. 1218*) de la diligencia *ex arts. 2043*,

(1893) Ídem, p. 71.

(1894) Ibíd.

(1895) Ídem, p. 72.

(1896) En: *Die unterlassungspflicht* (1906, p. 168).

(1897) Ibíd.

(1898) Ídem, p. 73.

2048, 2051 y 2052 en lo relativo a la dirección y extensión de la diligencia, mas no la intensidad, naturaleza, o grado¹⁸⁹⁹. No obstante, la diligencia en la fase de “pre-cumplimiento” (hipótesis general) se distinguiría de la propia custodia (hipótesis particular) por el diverso tipo de bien jurídico protegido: la (preservación de la) prestación en el primer caso y la (preservación de la) cosa en el segundo¹⁹⁰⁰. Esto supuso adoptar la siguiente noción de custodia: desde su momento normativo, esta aparece como deber jurídico de protección, el cual tiene por contenido la diligencia dirigida a impedir la causa extraña que puede dañar la cosa¹⁹⁰¹; desde la extensión de la responsabilidad en caso de violación en la custodia, esta aparece como criterio de responsabilidad para las causas extrañas evitables¹⁹⁰².

No obstante, ahí no quedará el recurso a la diligencia en el trabajo de Majello.

A propósito del contrato de transporte y la discusión en torno a incolumidad de la esfera de los pasajeros, este autor ofrece un balance de lo anterior: el deber de diligencia “en fase de pre-cumplimiento” (vale recalcarlo) se encuentra dirigido a la salvaguarda de la posibilidad de la prestación mientras que el deber de custodia se encuentra dirigido a la protección de la cosa¹⁹⁰³. El incumplimiento de ambos traería consigo responsabilidad contractual porque ambos deberes ingresan en una relación obligatoria¹⁹⁰⁴.

¿Esto significa que el transportista tiene un “deber de protección” respecto de los viajeros?

Según este autor, una respuesta afirmativa no responde a una exigencia de lógica abstracta, sino de un principio equitativo o derecho natural, de modo que si la ejecución de la prestación comporta una situación de peligro en la esfera “patrimonial” de la contraparte, es justo que el eventual daño sea resarcido en consideración de la relación jurídica que lo ha ocasionado¹⁹⁰⁵.

(¹⁸⁹⁹) Ídem, p. 85.

(¹⁹⁰⁰) Ídem, p. 86.

(¹⁹⁰¹) *Ibíd.*

(¹⁹⁰²) *Ibíd.*

(¹⁹⁰³) Ídem, p. 129.

(¹⁹⁰⁴) *Ibíd.*

(¹⁹⁰⁵) Ídem, p. 130.

Teniendo en cuenta la debilidad de un argumento que se reduzca a un principio equitativo o de justicia, Majello dirá que esta máxima es capaz de extraerse de una norma general del ordenamiento italiano en materia de cumplimiento. Según este autor, el art. 1681 (responsabilidad del transportista) no es otra cosa que una aplicación del principio general previsto en el art. 1176, según el cual el deudor en el cumplimiento de la obligación debe emplear la diligencia del buen padre de familia¹⁹⁰⁶. Así pues, dicha norma reconocería (ya no en la “fase de pre-cumplimiento”, sino en la etapa de cumplimiento) un “deber general de protección dirigido a tutelar la esfera patrimonial del acreedor con los actos negligentes y culposos que el deudor pueda cometer al ejecutar el contrato¹⁹⁰⁷” (sin que la prestación necesite sufrir un perjuicio). De esta manera, el art. 2043 y el 1176 reconocerían “deberes de protección”, solo que en el primer caso operan “fuera” del contrato, y en el segundo “en el contrato”¹⁹⁰⁸.

En otros términos, y aun sabiendo que su interpretación del referido artículo no era compartida por la doctrina italiana contemporánea a él¹⁹⁰⁹, Majello afirmará que “el art. 1176 cumple la función de cambiar (*commutare*) el daño aquiliano en daño contractual cada vez que el incumplimiento del deber de diligencia sucede a causa de la ejecución de una prestación debida¹⁹¹⁰”.

La posibilidad de escindir la diligencia de la prestación (fuera del art. 1218 *Codice*) se justificaría en la propia redacción del art. 1176, pues de no haber creído ello el legislador, en dicho artículo se leería que “para cumplir la obligación el deudor debe (...)”, y no “en el cumplimiento de la obligación (...)”¹⁹¹¹. De esta manera, el hecho que la norma disponga que dicha diligencia (art. 1176) deba ser empleada “en el cumplimiento de la obligación significa que la diligencia no va referida al modo de ser del cumplimiento, sino únicamente al modo de comportarse del deudor en la fase ejecutiva de la obligación¹⁹¹²”

⁽¹⁹⁰⁶⁾ Ibid.

⁽¹⁹⁰⁷⁾ Ídem, pp. 130-131.

⁽¹⁹⁰⁸⁾ Ídem, p. 131.

⁽¹⁹⁰⁹⁾ Ibid.

⁽¹⁹¹⁰⁾ Ibid.

⁽¹⁹¹¹⁾ Ídem, p. 132.

⁽¹⁹¹²⁾ Ídem, p. 135.

A raíz de esto, en una conclusión bastante controvertida, Majello dirá que el objeto de la prestación debida por el deudor no sería más el “dar” o el “hacer”, sino únicamente la diligencia¹⁹¹³ (o prestación de diligencia) para conseguir tal propósito (la diligencia no será la medida de la prestación debida¹⁹¹⁴). La diligencia (en el cumplimiento) del art. 1176 aparece así como un “deber de protección” puesto a tutela de la esfera patrimonial del acreedor, para el caso en que el deudor, en el cumplimiento de la obligación, haya ocasionado con el propio comportamiento daños a los bienes o a la persona del acreedor, independientemente del hecho que la prestación comprometida haya o no sido perjudicada¹⁹¹⁵.

Esta interpretación (responsabilidad contractual del transportista por lesión a bienes personales y patrimoniales) no se limitará para el caso del transporte, sino que, incluso en silencio de la ley, se extenderá *ex art.* 1176 como regla general¹⁹¹⁶.

Este fue el momento en que la diligencia adquirió valor de fuente de «deberes de protección» en Italia, y directa o indirectamente, influenciará en el desarrollo sucesivo de dicha doctrina (*p.e.* Bianca), y, entre nosotros, Fernández Cruz.

3.4.2. ¿La postura de este último autor es la misma que la de Majello?

Adelantando la existencia de una diferencia de razonamiento antes que de conclusión entre uno y otro autor, corresponde estudiar en sentido crítico el denominado “deber accesorio de diligencia” propuesto por Fernández Cruz.

a) Aun cuando resulta evidente, Majello estudió los «deberes de protección» a raíz de la custodia, mientras que Fernández Cruz a propósito de la responsabilidad por inexecución de obligaciones. En ese sentido, el primero se interesó en determinar (principalmente) qué naturaleza presentaba la obligación de custodiar, planteando como hipótesis al «deberes de protección», mientras

⁽¹⁹¹³⁾ Ídem, p. 132-133.

⁽¹⁹¹⁴⁾ Ídem, p. 141.

⁽¹⁹¹⁵⁾ Ídem, p. 138.

⁽¹⁹¹⁶⁾ Ídem, p. 144.

que el segundo estudió la diligencia en la relación de obligación, exponiendo su alcance en el sistema peruano, y es ahí en donde se comprendería el «deber de protección» alemán.

b) En Majello, el recurso a la buena fe terminó siendo descartado por su alcance (según el autor italiano) en el *Codice* en contraste con el BGB alemán, así como porque estudiado desde el ángulo de la custodia, hubiese sido complejo sostener que la “obligación de custodia” era una explicación de la buena fe. Fernández Cruz, si bien no estudia a profundidad la relación buena fe-«deberes de protección», sí recurre al primero cuando confiesa la necesidad de leer coordinadamente los arts. 1314 y 1362 del Código Civil de 1984. Pese a ello, lo cierto es que ni uno ni otro, a diferencia de Stoll, fundó el «deberes de protección» únicamente en la buena fe.

c) Tanto Majello como Fernández Cruz emplean la voz “deber de protección” disociando de ella su connotación alemana («deberes de protección»)¹⁹¹⁷. Sin embargo, al reconstruir su significado, terminan incluyendo dentro de su polisemia el significado atribuido por Stoll, con la diferencia que Majello extendió dicha voz incluso al deber genérico de no dañar a otros.

d) Majello atribuye a la voz “deber de protección” (contractual) dos connotaciones: (i) el deber de evitar obstáculos que impidan la posibilidad de cumplir el deber de prestación (diligencia en fase de pre-cumplimiento); y (ii) el deber de cautelar la esfera jurídica personal y patrimonial ajena (diligencia en la fase de cumplimiento). Fernández Cruz incorpora a ambas en su discurso; no obstante, a diferencia de Majello (sin ser expreso, aducimos que los deduce en la propia prestación), agrega a los *Nebentpflichten* alemanes, aun cuando en su explicación pareciera referirse a ellos de la misma forma en que presenta al “deber de protección” *ex art. 1218 Codice* (evitar obstáculos) de Majello.

(¹⁹¹⁷) Un ejercicio en tal sentido se puede apreciar también en **PALACIOS MARTINEZ, Eric**. *La responsabilidad contractual: una lectura reconstructiva en el Código Civil peruano... óp. cit.*; p. 205 (“es importante la valoración de la diligencia, entendida como un deber de protección, diverso del deber de prestación, pero no para efectos de verificar la liberación de la responsabilidad en que ha incurrido el deudor (...), sino para constatar la adecuación del comportamiento particular del deudor con la cooperación debida de acuerdo al programa prestacional configurado por las partes”).

e) La fuente de los «deberes de protección» contractuales (independientemente de su connotación), en la lógica de ambos autores, se encuentra en una norma general del ordenamiento italiano y peruano, básicamente aquella que reconoce el deber de diligencia del deudor en el cumplimiento. No obstante, aun cuando la fuente era la misma, lo cierto es que entre uno y otro autor había diferencia en cuanto a la norma legal que comparecía en el *Codice*, en un caso, y en el Código Civil de 1984, en el otro. Así, para Majello, la diligencia que fundaba los “deberes de protección” (como voz anfibológica) yacía en los arts. 1218 y 1176 del código italiano, apareciendo en el primero (dentro de una tendencia por objetivizar la responsabilidad) la diligencia como conducta en la etapa de precumplimiento (de ahí que dicho “deber de protección” persiga evitar que los obstáculos impidan la posibilidad de cumplir), y en el segundo, independiente de lo anterior, la diligencia asumiría (en la etapa de cumplimiento) ahora sí la faceta protectiva reclamada por Stoll. Por el contrario, Fernández Cruz extrajo de un solo dispositivo sus tres connotaciones de diligencia: el art. 1314 del código actual.

f) En línea con lo anterior, no sorprende entonces que, en cuanto al primer significado de Majello (evitar obstáculos *ex* art. 1218 *Codice*), el presupuesto de la postura de Fernández Cruz (a fin de incorporar aquél a su discurso) haya sido la objetivización de la responsabilidad *ex contractu* en el sistema peruano. Dicha similitud desaparece en lo que respecta al segundo significado (*Schutzpflichten* alemán), puesto que Fernández Cruz, al fundar dicho deber (también) en el art. 1314, soslaya la (compleja) argumentación expuesta por el autor italiano para extraer del art. 1176 *Codice* los «deberes de protección» de la persona y el patrimonio, indicando únicamente, y sin mayor explicación, que aquél brinda acogimiento a la teoría de Stoll en sede contractual.

g) A nuestro criterio, el efecto de no recurrir a un dispositivo similar al art. 1176 *Codice* como Majello¹⁹¹⁸, devino en la necesidad de Fernández Cruz, a diferencia de Majello, de recurrir a un concurso de fuentes, a efectos de sustentar un deber de cautela de la esfera jurídica ajena: el deber de diligencia (art. 1314 del código actual) *coordinado con la buena fe* *ex* art. 1362 fundarían el «deber de protección» alemán, encontrando de esta manera cabida normativa en sede nacional la teoría de Stoll

(¹⁹¹⁸) Una alternativa podría haber sido el art. 1316 de nuestro código actual.

(Majello, como vimos en el literal b), no daba a la buena fe un lugar preponderante en el sistema italiano).

h) Pero la diferencia más importante para nosotros yace en lo que respecta a la técnica de estudio. En efecto, Majello “descubrió” los «deberes de protección» (en su connotación alemana) a partir de un razonamiento inductivo de la regulación italiana (*Codice*) que contenía deberes de aviso (hipótesis de Stoll) y cuidado en diversos tipos contractuales, entre estos el contrato de transporte, en donde se evidenciaba que estos no se reducían a la prestación debida dentro de la concepción tradicional de obligación. Fue dicha constatación la que permitió a Majello construir su “deber de protección” anfibológico de dos significados (disemia); fue el paso de los casos típicos a la regla fundada en la diligencia de los arts. 1218 (“deber de protección” en fase de pre-cumplimiento) y 1176 (“deber de protección” en fase de cumplimiento) *Codice*; fue, finalmente, la posibilidad que los “deberes de protección”, naturalmente extracontractuales, devengan contractuales.

En Fernández Cruz no se aprecia lo anterior, sino lo contrario. Se concentra en la regla general y no ingresa a la especial, en donde el motor de la postura yace en una premisa jurídica alimentada por la influencia doctrinaria: la potencialidad de la diligencia para constituirse (como diría Lehmann, -y siguiendo a este- Majello, y -finalmente- Fernández Cruz), en un auténtico deber independiente de la prestación, capaz de adoptar una diversidad de significados, entre estos, aquél alemán de Stoll. La postura concentrada en el art. 1314 no se confrontó ni confirmó pues con la diversa regulación especial del Código Civil de 1984 en materia de contratos típicos. Esta circunstancia también resulta aleccionadora con relación al contrato de transporte, toda vez que es a raíz de aquél que la diligencia *ex art. 1176 Codice* cobraría el valor de seguridad personal y patrimonial en Majello, mientras que en nuestro autor ella fue fruto -ante todo- de la dogmática.

Definido lo anterior, pasemos ahora a abordar críticamente la validez de la diligencia como fuente de «deberes de protección».

3.4.3. En principio, es importante tomar en cuenta cuál diligencia es fuente del «deber de protección». Como puede verse, en el discurso de Majello y Fernández Cruz la diversidad de

significados de dicha voz supone limitar el marco de análisis a aquella connotación que efectivamente representa *strictu sensu* el «deber de protección» alemán como obligación de cautela personal y patrimonial de la esfera jurídica ajena. Esto supone entonces descartar un juicio de valor concreto sobre el «deber de protección» como conducta tendente a evitar que obstáculos imposibiliten el deber principal (diligencia en fase de pre-cumplimiento), no obstante apreciar que en la misma subyace una tendencia por objetivizar la responsabilidad contractual (sostenido por un sector de la doctrina italiana y planteado en Perú por Fernández Cruz).

Enfocado el asunto, cabe indicar que nuestra doctrina ha sido crítica de la tesis de Fernández Cruz.

Para Zamudio Espinal, son dos las razones que invitan a rechazar esta posición: (i) si para dicho autor la diligencia es el patrón de medida de los deberes accesorios de protección, aquello que mide no puede ser al mismo tiempo lo medido, de modo que este razonamiento evidenciaría una *contradictio in adiecto*¹⁹¹⁹; y (ii) la diligencia califica el comportamiento del deudor, independientemente de si está destinada a medir los deberes accesorios o deberes principales¹⁹²⁰.

Otro autor ha desestimado la postura de Fernández Cruz a partir de la propia concepción de diligencia. Así pues, Morales Hervias, siguiendo a un sector de la doctrina italiana, refuta que la diligencia sea fuente de obligaciones (en este caso de protección), debiendo ser identificada como criterio de responsabilidad o valoración de la actividad del deudor sin que forme parte del contenido de una obligación autónoma¹⁹²¹.

De igual manera, Moreno More ha observado dos cuestiones: (i) la diligencia no se vincula con la reciprocidad del «deber de protección», puesto que aquél solo fundaría dicho deber *latere debitoris* (situación compleja de deber)¹⁹²²; (ii) si el art. 1314 es el patrón de medida del “deber de protección”,

(¹⁹¹⁹) **ZAMUDIO ESPINAL, Carlos.** *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea...* *óp. cit.*; p. 202.

(¹⁹²⁰) *Ibíd.*

(¹⁹²¹) **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil...* *óp. cit.*; p. 61; antes *th. GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.* *óp. cit.*; f. 239.

(¹⁹²²) **MORENO MORE, César.** “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 426; antes *th. GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.* *óp. cit.*; f. 239.

este último precisaría una fuente diversa, ya que “el patrón de medida se aplica una vez que la obligación se haya completamente configurada y deducida en obligación¹⁹²³”. El error de la posición de Fernández Cruz sería el asignar dos funciones contradictorias al art. 1314¹⁹²⁴.

Agrega este último autor que, de cualquier manera, la diligencia en Perú no se disocia del juicio de responsabilidad, sino que representa el criterio de evaluación del comportamiento del deudor para determinar tanto el cumplimiento/incumplimiento de la obligación como la responsabilidad del deudor, como se extraería de los arts. 1314 o 1321 del código actual¹⁹²⁵.

Dicho esto, podríamos sintetizar las críticas a la tesis de la diligencia de Fernández Cruz en lo siguiente: (i) contradicción entre aquello que mide (diligencia) y la fuente de lo medido (“deber de protección”) a partir de la base del art. 1314 del Código Civil de 1984; (ii) el concepto erróneo de diligencia; y (iii) la reciprocidad de los «deberes de protección» impiden que su fuente yazca en la diligencia del “deudor”.

(i) Fernández Cruz sostiene que:

“el artículo 1314 del Código Civil enuncia entonces una regla general que corre paralela al artículo 1315, estableciendo a la diligencia como patrón de medida de la responsabilidad, pero con un contenido diverso al asignado por la teoría clásica tradicional: no se trata de un patrón que mide la conducta del deudor como modalidad de la prestación (deber de prestación), sino como uno que mide el deber accesorio de colaboración encarnado en los deberes de protección¹⁹²⁶”.

La crítica que alega una contradicción entre la diligencia como “patrón de medida” y fuente de “deber de protección” debe reparar en primer lugar sobre la connotación que en nuestro autor adopta la frase “deber accesorio de colaboración encarnado en los deberes de protección”.

Si recapitulamos, en *La obligación* el deber accesorio de diligencia o de protección representaba lo que Majello extrajo del art. 1218 *Codice*, básicamente, evitar que los eventos exógenos hagan

(¹⁹²³) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 427.

(¹⁹²⁴) *Ibíd.*

(¹⁹²⁵) *Ibíd.*

(¹⁹²⁶) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias...* *óp. cit.*; p. 156.

imposible cumplir el deber primario de prestación. Más tarde, en *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias*, el deber de diligencia incorpora (connotativamente) los *Nebenpflichten* y *Schutzpflichten* alemán (los tres significados antes mencionados), encontrando también correlato en Majello en lo que respecta a los “deberes de protección” *ex art. 1176 Codice*.

Lo cierto es que el análisis que este trabajo exige recae sobre la última connotación, no sobre la primera de ellas, porque aquella está pensada bajo un presupuesto y una discusión que excede nuestro propósito: la teoría de la responsabilidad contractual. Solo una postura que escinde de la responsabilidad *ex contractu* la *diligentia* como revés de la culpa puede plantear una reformulación de la diligencia bajo la premisa que el deudor responde hasta el límite del *casus*, de modo que aquella se deduce en un comportamiento (ajeno al de prestación) que consistiría en evitar que se frustre la posibilidad de cumplir. Que a tal “comportamiento” se le denomine “deber de protección” *lato sensu* porque “protege” la posibilidad de cumplir es una cuestión retórica antes que dogmática.

Definido lo anterior, ¿la referencia a la diligencia como patrón de medida del deber accesorio yace sobre el «deber de protección» *strictu sensu*?

A nuestro criterio no es así. La anterior aseveración -presente en *La obligación*- estaba destinada exclusivamente al deber de diligencia como “protección” de la posibilidad de la prestación o de la cosa *in custodiendo* en *Custodia e deposito*. Por eso se dice que dicha diligencia no mide la conducta del deudor en el deber de prestación sino la conducta para evitar el *casus* que imposibilite dicho deber. Este último comportamiento, y no aquél «deber de protección» *strictu sensu*, es lo que resulta medido, por lo que la crítica a la diligencia en este extremo no parece resultar propicia por creer que existe una contradicción entre lo que mide y lo medido (error de identificación en este punto).

(ii) La crítica respecto de la noción de diligencia parece fundarse en realidad en la posición de los autores peruanos frente al problema de la responsabilidad contractual. Pero es justamente acá en donde conviene precisar una cuestión fundamental. Al constatar la existencia de varios significados con relación al «deber de protección», el asunto solo yace en estudiar la diligencia que funda dicho

deber, no aquella que origina el deber accesorio de diligencia de evitar que obstáculos imposibiliten cumplir con el deber primario. Esta última es otra discusión, como veremos a continuación.

Lo anterior es relevante porque a diferencia de Majello, Fernández Cruz funda los *Schutzpflichten*, al igual que los deberes que protegen la prestación, en el art. 1314 del Código Civil de 1984. Una mirada aguda advertirá prontamente que esta circunstancia, que en otro escenario podría ser una cuestión de alternativa dogmática, resulta crucial a efectos de valorar el binomio diligencia-«deber de protección» *strictu sensu*, máxime porque Majello, a propósito de esta última diligencia, sindicó como base normativa al art. 1176 y no así al art. 1218 *Codice*.

¿Qué implica que Fernández Cruz extraiga los «deberes de protección» *strictu sensu* del art. 1314 del código actual?

Partamos del inicio.

Mientras el art. 1218 *Codice* indica que:

“il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta e' tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo e' stato determinato da impossibilita' della prestazione derivante da causa a lui non imputabile”;

el art. 1176 del mismo cuerpo normativo dispone que:

“nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata”.

Como adelantamos, en el discurso de Majello, el art. 1218 se coloca en una “fase previa al cumplimiento”, de modo que al no centrarse en este, el comportamiento exigido asume carácter autónomo, identificándose en un deber accesorio que estaría dirigido a impedir (*rectius*: proteger) que no acontezca lo dispuesto en dicho dispositivo; a saber, la imposibilidad “imputable” que determina la responsabilidad por el incumplimiento o el retardo. Visto así el asunto, dicho artículo no podía fundar los *Schutzpflichten*; esto es, aquellos que cautelaban la esfera personal y patrimonial de

intromisiones dañosas (en el cumplimiento de la “obligación”). La misma redacción no daba la posibilidad para una interpretación en tal sentido.

Descartado ello, Majello se vio obligado a fundar el “deber de protección” de la esfera personal y patrimonial a partir de otro dispositivo. Para ello, sin embargo, asumió dos premisas: (i) que el reconocimiento de una responsabilidad contractual en las hipótesis de daños personales y patrimoniales aparece como una exigencia equitativa, de modo que resultaba aceptable cuando no deseable lograr una interpretación normativa en tal sentido; (ii) que la solución se encontraba en una norma general del *Codice*.

Como vimos previamente, Majello ubicó esta última en el art. 1176 *Codice*, apareciendo así la diligencia a la que refiere el mismo como fundamento del «deber de protección» *strictu sensu* a partir de una cuestión fundamental: la propia redacción de este. Según el autor italiano, la diligencia del art. 1176 (en la fase de cumplimiento) no se ceñía única y exclusivamente en la prestación como comportamiento, puesto que si así hubiese sido, dicho dispositivo no hubiese sido formulado bajo la expresión *nell'adempiere l'obbligazione* (en el cumplimiento de la obligación), sino *para el cumplimiento de la obligación*. Esta amplitud de redacción es la que permitiría formular una interpretación comprensiva de tales deberes; caso contrario, dicho objetivo hubiese sido difícil de conseguir.

Quedaba así conformado el rol de la diligencia respecto de los “deberes de protección” en Majello, y en ese mismo momento, la debilidad de la postura fundada en realidad a partir de la regulación del contrato de transporte incapaz por decidir la naturaleza de los accidentes que ocurrían en ocasión de la ejecución del contrato, se hacía evidente, como lo demuestra el recurso a la exigencia equitativa, el preconcepto de una necesaria contractualización de dicha situación, y la particular interpretación del art. 1176 basada en el detalle lingüístico de su redacción, la cual no habilitaba (jurídicamente) a extender la diligencia a una faceta protectora, a menos que se hubiese dicho que esta ingresaba en la noción de obligación (pero ello también hubiese sido un prejuicio antes que un juicio sobre el dispositivo normativo).

En el fondo, la redacción del art. 1176 sirve de pretexto para que Majello funde a partir de este el *Schutzpflichten* de Stoll.

No sorprende así que la tesis de Majello haya sido objeto de arduas críticas en el *medio italiano*¹⁹²⁷.

Regresando a Fernández Cruz, y soslayando lo anterior, ¿podríamos decir que el art. 1176 es similar al art. 1314 de modo tal que permite fundar el «deber de protección» *strictu sensu* como lo hiciera Majello?

En el Código Civil de 1984, el art. 1314 responde a la siguiente redacción:

“Quien actúa con la diligencia ordinaria requerida, no es imputable por la inejecución de la obligación o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

La primera observación que conviene formular es que dicho dispositivo difiere del art. 1218 *Codice* que sustenta en el discurso de Majello los deberes accesorios que tienen por objeto proteger que obstáculos impidan cumplir con el deber primario. Parecería al contrario que mayor afinidad existe entre dicha norma y el art. 1316 del código actual, del cual si hubiese sido posible (mas no por ello compartible) extraer una conducta (como Majello) impuesta al deudor de evitar el fortuito y denominarla (figurativamente) “deber de protección”.

Mayor incredulidad presenta el empleo del art. 1314 para fundar los «deberes de protección» de la esfera personal y patrimonial ajena. La razón de ello estriba en dos cuestiones: a) la ausencia de argumentación en la tesis que promueve la diligencia como fuente de «deber de protección»; y b) la redacción del citado dispositivo.

(¹⁹²⁷) *v. p.e.* **BENATTI, Francesco**. *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»...* *óp. cit.*; p. 1350 y ss.; **RODOTÀ, Stefano**. *Le fonti di integrazione del contratto...* *óp. cit.*; p. 155 y ss.; **CASTRONOVO, Carlo**. *Obblighi di protezione e tutela del terzo...* *óp. cit.*; p. 147 y ss.; entre otros. En contra, **BIANCA, Cesare Massimo**. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1983, pp. 210-211, quien descartando que la fuente de los *Schutzpflichten* radique en la buena fe, señala que “en el cumplimiento de la obligación el deudor precisa adoptar un comportamiento que no lesione los bienes personales y patrimoniales del acreedor, pero aquí la responsabilidad debe ser evaluada no según el criterio de la *correttezza* (norma de conducta establecida en aras de lograr la utilidad esperada por fuerza de la solidaridad constitucional) sino según aquél de la diligencia (como deber que impone el adecuado esfuerzo volitivo y técnico para realizar el interés del acreedor y para no lesionar los derechos ajenos)”.

a) Con relación a este punto, es interesante notar que el desarrollo (lógico y coherente) de la postura de Fernández Cruz se centra sobre todo en superar la tesis de la responsabilidad contractual anclada en la culpa, de ahí el recurso a la diligencia como patrón de medida del deber accesorio de diligencia (que en un primer estadio aparece como deber de proteger el deber primario de la imposibilidad). Es en la parte final de *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias* que nuestro autor refiere al deber accesorio (aunque con las imprecisiones ya anotadas) y a los *Schutzpflichten* limitándose a indicar que en dicha hipótesis el deber de diligencia no conlleva al cumplimiento del deber primario sino la satisfacción del *Schutzinteresse*¹⁹²⁸.

Pero, salvo mejor entendimiento de la posición de nuestro autor, no observamos en su pensamiento una razón jurídica que sustente lo siguiente: a) la necesidad de recoger “la exigencia de tutela de la persona y de las cosas de cada uno de los sujetos de la relación obligatoria¹⁹²⁹”; b) por qué los sujetos del contrato “no tienen por qué sufrir daños a causa o con ocasión del desarrollo de la relación¹⁹³⁰”; y, sobre todo, c) cómo el art. 1314 recoge los «deberes de protección» *strictu sensu*.

Al contrario, tenemos la impresión que Fernández Cruz parte de una idea previa (diligencia=protección) y trata de ubicarlo en el sistema peruano sin que necesariamente nuestras normas conversen (denotativa y connotativamente) con ello. Más aún, nuestro autor no replica la línea de pensamiento de quien formuló la hipótesis en Italia (Majello) y tampoco contesta las objeciones que en dicha sede se formularon contra aquella.

La constatación de lo anterior debería ser suficiente para descartar la validez de la postura de nuestro autor.

Quizá previendo esta circunstancia, Fernández Cruz recurrió a la buena fe *ex art.* 1362, señalando que el art. 1314 debía ser concordado con aquél. No obstante, si ello fuese así, no resultaría claro si la fuente de los «deberes de protección» *strictu sensu* es la diligencia o la buena fe, puesto que

⁽¹⁹²⁸⁾ FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias... óp. cit.*; p. 159.

⁽¹⁹²⁹⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁹³⁰⁾ *Ibíd.*

la suma de ambos solo exhibe un concurso de fuentes *sui generis* (respecto del cual no entendemos ciertamente cómo funcionaría) en el Derecho Continental.

b) Por su parte, el segundo punto resulta bastante significativo. En efecto, aun cuando hubiésemos atestiguado una justificación de los «deberes de protección» (alemán) a partir del art. 1314, como en su momento pretendió formular Majello en Italia en base al art. 1176 *Codice*, la limitante hubiese sido la redacción del mismo, dado que a pesar de tentar una lectura como la de Majello a partir de la expresión “en el cumplimiento”, resulta claro que el art. 1314, por regla general¹⁹³¹, refiere a la diligencia en la conducta comprometida *ex voluntate* por el deudor, o lo que gran parte de la doctrina nacional concibe como patrón de medida del comportamiento debido

Esta situación no debe sorprender.

Sin tratar a profundidad este asunto, resulta una constante en nuestro *medio* que, desde 1852 hasta incluso antes de la promulgación del Código Civil de 1984, la responsabilidad contractual siga el modelo clásico de la culpa/diligencia (en la responsabilidad *ex aquilia* la situación fue contradicha, como vimos), al punto que el art. 1322 del Código Civil de 1936 definía la culpa como “la omisión de aquella diligencia (...)”¹⁹³². Y en un autor como Cornejo ello no impidió admitir en la relación de obligación una función de protección.

Posteriormente, en el código actual, la diligencia no adoptó un significado particular ni una función especial que invite a pensar que el legislador perseguía romper con los viejos paradigmas en torno a la responsabilidad por inexecución de obligaciones. Así lo demuestra la obra de Osterling (autor del Libro VI), profundamente influenciado por la doctrina francesa y los autores peruanos de la primera mitad del siglo XX, quien a propósito del referido art. 1314 sostiene que este “reproduce la misma doctrina que el artículo 1322 del Código Civil de 1936¹⁹³³”, de modo que:

⁽¹⁹³¹⁾ Luego veremos (Cap. IV) que una excepción yace en las obligaciones que provienen de la ley y que adoptan naturaleza contractual, respecto de los cuales el art. 1314 y la responsabilidad por inexecución de obligaciones en general será aplicable.

⁽¹⁹³²⁾ **OSTERLING PARODI, Felipe.** “Inejecución de obligaciones: dolo y culpa”. En: AA.VV. Libro Homenaje a Romulo E. Lanatta Ghilhem. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 357.

⁽¹⁹³³⁾ Ídem, p. 362.

“Basta, como regla general, actuar con la diligencia ordinaria requerida para no ser responsable por la inejecución de la obligación o por su incumplimiento irregular. (...) En la ausencia de culpa, el deudor simplemente está obligado a probar que prestó la diligencia que exigía la naturaleza de la obligación (...)”¹⁹³⁴.

Y en adelante, la mayor parte de nuestra doctrina no ha sido partidaria por releer los arts. 1314, 1315 y 1316 del código actual ni a variar significativamente la noción de diligencia, como se observa en Mario Castillo y Gino Rivas (para quienes la diligencia debe “entenderse como cuidado, solicitud, celo, esmero, desvelo en la ejecución de alguna cosa, en el desempeño de una función, en la relación con otra persona, etcétera. Se trata pues, de la actitud debida, del proceder responsable en la realización de tareas¹⁹³⁵”), Morales Hervías (para quien “la diligencia se presenta como un criterio de valoración sin que forme parte del contenido de una obligación autónoma¹⁹³⁶”; ergo, “la diligencia es un instrumento de control de la actividad del deudor¹⁹³⁷”), quizá bajo la sospecha que en nuestro *medio*, mas no así en Italia (experiencia jurídica particularmente influyente entre nuestros autores), la extensión de la responsabilidad del deudor (diligencia/imposibilidad) no se ha manifestado como un real problema jurídico.

Pero incluso si ello hubiese sido así, y aun cuando la tesis que promueve que el deudor responde hasta el límite de la imposibilidad hubiese encontrado acogida normativa en nuestro *medio*, como lo sugiere Fernández Cruz y un importante sector de la doctrina en Italia¹⁹³⁸ (para el *Codice*), esta solo hubiese servido de base para sustentar la existencia de los deberes accesorios que “protegen” que obstáculos imposibiliten el deber primario, pero no en base al art. 1314, sino de un dispositivo que cumpla la función del art. 1218 *Codice* en el *medio* peruano; ergo, que reconozca la existencia de una diligencia en la fase de pre-cumplimiento.

⁽¹⁹³⁴⁾ **OSTERLING PARODI, Felipe.** Las obligaciones... *óp. cit.*; p. 199.

⁽¹⁹³⁵⁾ **CASTILLO FREYRE, Mario y Gino RIVAS.** *La diligencia y la inejecución de las obligaciones.* En: *Ius et Veritas*, núm. 48, 2014, p. 131.

⁽¹⁹³⁶⁾ **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil...* *óp. cit.*; p. 61.

⁽¹⁹³⁷⁾ *Ibid.*

⁽¹⁹³⁸⁾ Representado fundamentalmente por **OSTI, Giuseppe.** “Revisione critica della teoria sulla impossibilitá della prestazione”. En: *ID. Scritti Giuridici. Seminario Giuridico della Università di Bologna.* Milano: Giuffrè, 1973, p. 3 y ss.; *ID. Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1954, p. 593 y ss.

Aun cuando a tal labor se hubiese destinado nuestro art. 1316, la existencia de una conducta disociada de la prestación y “añadida” en la “situación compleja de deuda” bajo la denominación “deber accesorio o de protección” no significa aceptar *per se* los *Schutzpflichten* alemán. En otras palabras, el hecho de defender la presencia de “deberes de protección” que evitan obstáculos no habilita *per se* al intérprete a incorporar en su discurso jurídico los «deberes de protección» que protegen la esfera ajena.

Una tesis que refute lo anterior debería considerar el caso alemán; un sistema construido sobre la noción de imposibilidad (antes de su reforma), en donde el hecho que la conducta requerida al deudor sea precisamente “evitar” la imposibilidad (sin llamarlo “deber de protección”), no significó reconocer en el deudor un *Schutzpflicht* -como el que propone Stoll- en base a la *diligentia*. Por el contrario, los autores alemanes que incluían dentro de los deberes del deudor a aquél de protección derivaron el mismo de una fuente diversa como lo fue el consenso ficticio, la interpretación integradora, la buena fe o la propia noción de prestación.

A esto último queríamos llegar, y es que si se observa bien el asunto, la tesis que funda en la diligencia los «deberes de protección» no es otra cosa que una variante de aquella que los justifica a partir de un ensanchamiento de la noción de prestación, de modo tal que el deudor estaría obligado también a adoptar una conducta desde una faceta protectora. Y es que solo con tal presupuesto, la diligencia -en su rol de medida de control (cumplimiento) de la conducta debida- se vincularía con una conducta de protección cuya fuente sería no la misma diligencia, sino algunas de las otras pretendidas fuentes.

Descartadas aquellas, la diligencia deviene inútil.

(iii) La tercera crítica es por demás cierta y como lo reconoce Moreno More¹⁹³⁹, ella fue opuesta a Majello por Benatti en 1960¹⁹⁴⁰.

(¹⁹³⁹) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 426 (nt. 74).

(¹⁹⁴⁰) BENATTI, Francesco. *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»...* *óp. cit.*; p. 1351; y en esa misma línea, MANCINI, Giuseppe Federico. *óp. cit.*; p. 89 (nt. 108).

Sin embargo, cabe una precisión. Que la ausencia de reciprocidad del «deber de protección» altera la tesis de Stoll, es cierto; sin embargo, ello no significa un problema a menos que lo que se busque sea importar dicha teoría en todos sus extremos. A nuestro criterio, el asunto en este punto radica en una controversia de fondo, no reductible quizá a una cuestión estrictamente normativa: la falta de un sustento jurídico (de principios hablaba Staub) que legitime al intérprete fundar una clase particular de comportamiento en beneficio de una sola de las partes contractuales y no en beneficio de la otra.

¿Cómo podría legitimarse ello? Los autores que fundan los «deberes de protección» en la diligencia no nos ofrecen pistas. La situación sin duda se agrava por el hecho que según vimos anteriormente, nuestra normativa civil y sectorial incorpora deberes de cautela de la esfera jurídica ajena no solo a cargo del deudor sino también del acreedor, por lo que una posición que funda el «deber de protección» en la diligencia no podría explicar ello.

Adicionalmente, se podrían formular otras críticas a la posición de Fernández Cruz, en particular, y a la tesis de la diligencia, en general:

(iv) Sin perjuicio de lo anterior, y en estricta vinculación con la crítica de la reciprocidad (los separamos puesto que lo que sigue no es materia de comentario por la doctrina que cuestiona a Fernández Cruz), este es un momento oportuno para vincular la tesis estudiada con los planos a los que referimos en el Cap. I.

Como se recuerda, habíamos visto que en la tesis de Stoll se muestran dos planos diversos que se bifurcan. En el primero, el «deber de protección» se ciñe a la ejecución de la prestación y por tanto se expresan en el comportamiento del deudor, y en el segundo, el «deber de protección» se inserta en la relación especial o de confianza que se instaura a raíz de la celebración del contrato. Si el primero se vincula con el comportamiento de prestación y el segundo no (se desliga dogmáticamente de la relación de prestación), ¿resulta suficiente la diligencia para fundar los *Schutzpflichten* alemán?

A estas alturas queda claro que no, puesto que si el “deber de protección” en cualquiera de sus acepciones se fundase en el art. 1314 (lo cual ya hemos negado) o la diligencia en la fase de

cumplimiento de la prestación (es importante recalcarlo), sería requisito *sine qua non* para que surja dicho deber que la actividad ejecutiva (conducta debida) se desenvuelva (ejecute), de modo tal que el deudor pueda adoptar (en el cumplimiento) las medidas de protección en favor del acreedor. Pero ¿qué sucedería en el segundo plano o en la relación de confianza o especial?

Como vimos, ahí los sujetos se disocian de su condición de deudor/acreedor y no se vinculan en una *Leistungsverhältnis*, de modo tal que no podría fundarse un «deber de protección» en cabeza de cada uno de ellos en base a la diligencia a la que refiere el art. 1314 del Código Civil de 1984 (desde que no hay necesidad de desplegar la conducta comprometida al no estar ante una relación de obligación *stricto sensu*).

Sin perjuicio de lo anterior, y a propósito de los planos antes referidos, es también oportuno ahora extender esta crítica a todas las tesis contractualistas que hasta ahora hemos analizado.

(v) Si el postulado fáctico de la relación de obligación en la óptica de Fernández Cruz es (según lo escrito en *La obligación*) “la necesidad de satisfacción de los hombres que, ante la carencia de ciertos bienes en su esfera patrimonial o personal, los lleva a adquirirlos de otros¹⁹⁴¹”, ¿cómo en *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias* se llega a ubicar en dicha relación una faceta protectora?

¿Se puede decir acaso que existe una necesidad de protección que motive la vinculación jurídica?

Pero más aún, ¿de existir dicha “necesidad de protección”, cuál sería su distinción frente aquella que el ordenamiento reconoce a los sujetos involucrados en la responsabilidad extracontractual? Conviene advertir que nuestro autor no afronta estas cuestiones fundamentales, quizá porque su objeto de estudio no radica propiamente en la teoría de Stoll sino en la responsabilidad por inexecución de obligaciones.

(1941) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. “La obligación”... *óp. cit.*; p. 26.

(vi) Finalmente, un aspecto clave que merece un comentario es el relativo a las consecuencias jurídicas en caso se identifique un «deber de protección» en la relación de obligación deducido de la diligencia *ex* art. 1314 del Código Civil de 1984.

Una circunstancia que los autores que abordan la materia suelen obviar es qué sucede si es que reconociendo dicho deber ocurre su infracción; cuestión que en Stoll ocupó un lugar preponderante porque (en tal caso) de lo que se trataría es de recomponer el sistema de la lesión del crédito.

Nosotros observamos que Fernández Cruz señala como único efecto de la violación del “deber de protección” “el dar también lugar, sin duda a una responsabilidad contractual¹⁹⁴²”. Sin embargo, a diferencia de Stoll (quien habla de la puesta en peligro y del perjuicio distinguiéndolo de las hipótesis de lesión del deber de prestación), no plantea cómo sucedería ello, puesto que a primera vista, y más allá de adoptar una tesis subjetiva u objetiva de la responsabilidad contractual, el sistema, y más precisamente, su sistema, construido sobre las utilidades y el deber accesorio de protección (*lato sensu* que Majello ubica en el art. 1218 *Codice*) no está pensado para cubrir el «deber de protección» *strictu sensu*.

A todo ello añadamos un detalle adicional: no se aclara si es que la lesión del «deber de protección» comporta algún efecto sobre la vigencia del contrato; esto es, si es que como lo sugiere Stoll, estamos ante una hipótesis de receso del mismo.

En otras palabras, no existe una relación entre el cómo de la violación del «deber de protección» y el binomio contrato/responsabilidad.

Por todo lo expuesto, reparamos que la tesis que ubica el «deber de protección» en la diligencia aparece insuficiente para justificar la teoría de Stoll (en toda su magnitud) en sede nacional.

3.5. El recurso a la buena fe como fuente de «deberes de protección» se debe a Stoll (*v.* Cap. I), qué duda cabe. De hecho, la repercusión de esta circunstancia motivó que la ecuación «*deber de*

(¹⁹⁴²) FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias... óp. cit.*; p. 159.

protección»=*buena fe* devenga un lugar común en la materia, incluso en nuestro *medio*, donde esta posición también ha encontrado lugar.

Así pues, mientras que de un lado un autor postuló que:

“(en defecto de la diligencia) es otra cláusula general la que le da fundamento a los deberes de protección, siendo esta cláusula general la buena fe, a la cual encontramos en el artículo 1362 del Código Civil. La buena fe cumple una función integradora del contenido del contrato; de ella se pueden derivar un sinnúmero de deberes a cargo de las partes, los que se van a manifestar en la relación obligatoria. Por consiguiente, el fundamento de los deberes de protección es legal, es impuesto por el ordenamiento jurídico¹⁹⁴³”.

del otro, se afirma tajantemente que el «deber de protección» es una manifestación del deber de buena fe *ex art.* 1362¹⁹⁴⁴.

Visto el asunto en perspectiva, en ambas posturas todo parece reducirse a la *buena fe como fuente integradora de deberes*, en este caso, de protección. Si ello es así, ¿qué llevó a ambos autores a sostener ello? Debemos confesar que la respuesta no nos la ofrece ni uno ni otro autor, quienes, al contrario, presentan una posición caracterizada por ser antes una suma de afirmaciones (sin mayor fundamentación jurídico-dogmática) que un intento de ciencia jurídica.

Ahora bien, es importante destacar que la deficiencia en la argumentación jurídica no significa descartar *per se* la hipótesis de la cual parten; esto es, que la buena fe es fuente de «deberes de

(¹⁹⁴³) **ZAMUDIO ESPINAL, Carlos.** *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea...* *óp. cit.*; p. 202. Es importante mencionar que en un segundo artículo, este autor señala que “lo expuesto permite apreciar que los deberes de protección, como deberes accesorios, sirven para entender el contenido de la relación obligatoria, pero no resulta necesaria su regulación, ello teniendo en cuenta que el Código Civil establece que se entiende cumplida la obligación cuando se ejecuta íntegramente, esto es, el ámbito cualitativo y cuantitativo del cumplimiento”, siendo la referencia normativa ofrecida por el autor recae en el art. 1220 del Código Civil. Dicho esto, pareciera que para Zamudio Espinal la fuente del «deber de protección» ya no se encuentra en la buena fe sino que ella existe por el propio hecho de la relación de obligación (acercándose a las posiciones que lo fundamentan en el acuerdo o en la prestación), máxime porque luego confiesa que este deber se contiene en la relación de obligación al ser un “elemento” suyo; “deber que no gira en torno del (deber) principal” (p. 231). Otra lectura es que Zamudio Espinal asume a la buena fe como fuente, de modo que no ve necesario referirse nuevamente a ella, bastando únicamente reconocer a tal deber como parte de la obligación. Sin embargo, en ninguno de los dos casos se explica la relación del mismo con el art. 1220, el cual, salvo se siga una lógica como la *pVV* de Staub, parece reservada para la prestación. Debido a esta incertidumbre, hemos optado por enunciar ambas argumentaciones del autor.

(¹⁹⁴⁴) **BELTRÁN PACHECO, Jorge.** *¡Se me olvidó! El deber de los bancos de informar a las centrales de riesgo el pago de las deudas.* En: *Ius et Ratio*, 2014, p. 71. Es importante mencionar que este autor refiere también a la diligencia, no obstante su discurso no parece concentrarse en ello.

protección». No obstante, una postura de tal naturaleza precisa conciliar un postulado dogmático con una realidad normativa dentro de un *medio* determinado como el peruano.

Veamos entonces si dicho esfuerzo es factible en sede nacional, primero mediante la contextualización de la experiencia peruana respecto del Derecho Continental (en materia de buena fe), y luego a partir del significado de la buena fe a la que refiere el art. 1362 del Código Civil de 1984.

3.5.1. Como se sabe, durante la época del Derecho Romano, la buena fe respondió a una creación de los juristas; ella permitió (en las manos del pretor¹⁹⁴⁵) abrigar con tutela jurídica a situaciones completamente nuevas derivadas de la expansión del Imperio Romano en la cuenca del Mediterráneo¹⁹⁴⁶. Y en ese contexto, los juicios de buena fe estuvieron en el origen de lo que hoy conocemos como contrato de compraventa, locación, mandato, entre otros¹⁹⁴⁷.

Una vez agotado su papel creador, la buena fe fue empleada para calificar nuevos institutos y, en particular, la situación de la persona que ignorando estar lesionando derechos ajenos, precisaba cierta protección jurídica¹⁹⁴⁸; este fue el inicio de la buena fe subjetiva, como en el caso del poseedor de buena fe a partir de su sola condición¹⁹⁴⁹.

Más tarde, en el periodo de Justiniano, la buena fe (otra vez disponible para las nuevas creaciones jurídicas) vino a “mezclarse” con otros principios, como el *bonum et aequum* y la *aequitas* (sobre todo con esta¹⁹⁵⁰), plagados de elementos retóricos griegos¹⁹⁵¹; no obstante, ello significó su dilución, dado que su generalidad volvía incapaz y estéril cualquier esfuerzo por hacer de ella una auténtica dogmática idónea para comportar soluciones concretas. De cualquier manera, seguía reservada para la buena fe los dominios posesorios y similares (buena fe subjetiva).

⁽¹⁹⁴⁵⁾ **FIORI, Roberto.** “Storicità del diritto e problemi di metodo. L'esempio della buona fede oggettiva”. En: AA.VV. Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo a cura di Luigi Garofalo. Napoli: Jovene, 2007, p. 27.

⁽¹⁹⁴⁶⁾ **CORDEIRO, António Menezes.** *A boa fé nos finais do século XX*. En: ROA, 1996, p. 894.

⁽¹⁹⁴⁷⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁹⁴⁸⁾ **TRABUCCHI, Alberto.** *Il nuovo diritto onorario*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1959, p. 497; **CORDEIRO, António Menezes.** *A boa fé nos finais do século XX... óp. cit.*; p. 894.

⁽¹⁹⁴⁹⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁹⁵⁰⁾ **CATTANEO, Giovanni.** *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1971, p. 622.

⁽¹⁹⁵¹⁾ **CORDEIRO, António Menezes.** *A boa fé nos finais do século XX... óp. cit.*; p. 894.

Luego, el Derecho Intermedio trajo para la buena fe dos refuerzos importantes: el primero (herencia del Derecho Canónico) fue dotarla de un contenido ético (buena fe quien no incurría en pecado)¹⁹⁵², y el segundo (Derecho Germánico) fue reintroducir en ella elementos objetivos, de modo que la buena fe estaría ligada a la protección de la apariencia y la tutela de la palabra dada¹⁹⁵³.

Los elementos arriba mencionados prepararían el terreno para las codificaciones Continentales (iusracionalistas). Así pues, quedaría preservada la idea de una buena fe subjetiva, de tenor ético-psicológico, propia de la persona que (sin culpa) ignorase perjudicar a otra, siendo su campo de actuación predilecto la posesión y la prescripción, aunque mudaría después también a otros institutos. A la par, se comenzaría a vincular la idea de buena fe con el contrato (*natura contractus*¹⁹⁵⁴), pero en lo que atañía reforzar su contenido vinculatorio¹⁹⁵⁵. En este punto, la promulgación del *Code* bajo la tradición iusracionalista significó incorporar en el cuerpo normativo la idea de buena fe que en ese momento se terminaba de modular¹⁹⁵⁶.

Sin embargo, la buena fe llega al *Code* dentro de un contexto particular en donde irradiaban los principios fundamentales del liberalismo y del individualismo jurídico que, bajo presión de la burguesía, derribaron las estructuras económicas y políticas del *ancien régime* (expresión de una época feudal y de carácter agrícola incapaz de sostener la renovación social motivada por la época industrial)¹⁹⁵⁷. De esta forma se construyó el derecho de propiedad, como derecho sagrado e inviolable *ex art. 544 Code*¹⁹⁵⁸, y la propia libertad de contratar, vista como capacidad ilimitada de los privados por asumir obligaciones, celebrar contratos, derogar normas de ley que por tanto asumían carácter dispositivo, siendo las hipótesis de restricción a la libertad negocial casos excepcionales y

⁽¹⁹⁵²⁾ **FIORI, Roberto.** *óp. cit.*; pp. 31-33.

⁽¹⁹⁵³⁾ **CORDEIRO, António Menezes.** *A boa fé nos finais do século XX...* *óp. cit.*; p. 895.

⁽¹⁹⁵⁴⁾ **FIORI, Roberto.** *óp. cit.*; p. 33.

⁽¹⁹⁵⁵⁾ **CORDEIRO, António Menezes.** *A boa fé nos finais do século XX...* *óp. cit.*; p. 895.

⁽¹⁹⁵⁶⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁹⁵⁷⁾ **PANZA, Giuseppe.** *óp. cit.*; p. 213.

⁽¹⁹⁵⁸⁾ **RODOTÀ, Stefano.** *Note critiche in tema di proprietà.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1960, p. 1252 y ss.

limitados sin posibilidad de interpretaciones elásticas¹⁹⁵⁹ (de contrato como ley más enérgica hablaba Olaechea en nuestro *medio*¹⁹⁶⁰).

Lo anterior (desde el ángulo expansivo de la libertad sobre todo) trajo efectos secundarios, sin duda, como el predominio del contratante más fuerte, la actividad incontrolada de la empresa, el privilegio de la clase empresarial en materia de trabajo en ausencia (en ese tiempo) de un contrapeso en la clase laboral no organizada mediante sindicatos¹⁹⁶¹. Dentro de dicho ambiente, en ese entonces normativo, homogéneo y reacio a reclamos sociales, el tercer párrafo del art. 1134 *Code* (norma que imponía ejecutar los contratos según buena fe), a diferencia de la buena fe subjetiva confinada a institutos especiales, representó un hecho insólito¹⁹⁶², que aunque pudo constituirse en un límite abstractamente idóneo a realizar la exigencia de cooperación entre los *partners*¹⁹⁶³, terminó (en el pensamiento jurídico oficial) reducida a ser una pleonástica confirmación (de escasa utilidad¹⁹⁶⁴) de la intangibilidad de los acuerdos y de deberes ya previstos en otras normas¹⁹⁶⁵; en buena cuenta, la buena fe *ex art. 1134* perseguía reforzar el “vínculo contractual” (su obligatoriedad) en un *medio* bastante consciente de ello¹⁹⁶⁶.

Según pudimos enfatizar, el Código Civil de 1852 no fue una reproducción del *Code*, siendo una muestra de ello la recepción de la buena fe. El Código Echenique no reguló en idéntico sentido el art. 1134 *Code*. En su lugar, nuestros legisladores dispusieron de los arts. 1256 (fuerza de ley del contrato), 1257 (integración conforme equidad y ley) y 1258 (consentimiento para “rescisión” del contrato), pero sin incluir en ninguno de ellos la referencia a la buena fe.

⁽¹⁹⁵⁹⁾ PANZA, Giuseppe. *óp. cit.*; p. 213.

⁽¹⁹⁶⁰⁾ OLAECHEA, Manuel Augusto. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 133.

⁽¹⁹⁶¹⁾ PANZA, Giuseppe. *óp. cit.*; p. 213.

⁽¹⁹⁶²⁾ CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé nos finais do século XX...* *óp. cit.*; p. 895; PANZA, Giuseppe. *óp. cit.*; p. 213.

⁽¹⁹⁶³⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁹⁶⁴⁾ CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé nos finais do século XX...* *óp. cit.*; p. 895.

⁽¹⁹⁶⁵⁾ PANZA, Giuseppe. *óp. cit.*; p. 213.

⁽¹⁹⁶⁶⁾ CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé nos finais do século XX...* *óp. cit.*; p. 895.

Esta circunstancia no impidió que la doctrina de la época, además de observar una buena fe creencia o persuasión¹⁹⁶⁷ (dada la abundante referencia normativa), haya vinculado también el contrato a la buena fe bajo la consideración que esta representaba “el modo sincero y justo con que uno procede¹⁹⁶⁸” en aquél, “sin tratar de engañar á la persona con quien los celebra¹⁹⁶⁹”. De hecho, un autor llegó a afirmar incluso que “nuestro Código suprime los *stricti juris* del derecho romano, y solo reconoce los *bonae fidei*¹⁹⁷⁰”. No obstante, la potencialidad creativa de la buena fe pasaría desapercibida en la doctrina peruana del siglo XIX e inicios del siglo XX, máxime cuando la ausencia de una referencia expresa a “ejecución de buena fe” en el Código Civil de 1852 se hacía manifiesta (en un *medio* donde el desincentivo de la dogmática por la mera exégesis¹⁹⁷¹ era palpable), y toda vez que la propia doctrina (en su escueto tratamiento de la materia) parecía reducirla a la idea de obligatoriedad del contrato.

La tendencia se confirma a propósito de la regulación del Código de Comercio de 1853, en el cual se omitió hacer referencia a la buena fe en la contratación mercantil y su ejecución.

Antes de la promulgación del Código de Comercio de 1902, la suerte de la buena fe comenzaría a virar de sentido en el Derecho Continental, fundamentalmente a partir de la publicación del BGB alemán, dentro de un *medio* como el germánico que había sido ya sede de una tibia objetivización de la buena fe.

En Alemania, producto de la ausencia de un código civil durante casi todo el siglo XIX, y sobre la base del *Corpus Iuris Civilis* (no necesariamente emparentado con la “actualidad”), surgieron problemas de índole mercantil que merecieron un especial cuidado de los tribunales de comercio¹⁹⁷². Privados de leyes actualizadas, los tribunales adoptaron como técnica fundar sus decisiones en

(1967) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Buena fe”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1860, p. 325; **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Legislación civil del Perú... *óp. cit.*; p. 221, quien a propósito del art. 172 del Código Civil de 1852, señalaba que: “la buena fe consiste en ignorar el impedimento y tener justa causa para ignorarlo”.

(1968) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Buena fe”... *óp. cit.*; p. 324.

(1969) Ídem, p. 325.

(1970) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 58.

(1971) *v.* Cap. II.

(1972) **CORDEIRO, António Menezes**. *A boa fé nos finais do século XX...* *óp. cit.*; p. 895.

términos de ponderación y razonabilidad comercial a partir de la “vieja *bona fides*”¹⁹⁷³. Se iría creando de esta manera una tradición, apoyada en precedentes, que acabaría por encontrar un puerto de arribo natural en el párrafo 242 del novísimo BGB¹⁹⁷⁴.

Sería finalmente el referido § 242 BGB el que motivaría el desenvolvimiento de una serie de institutos jurídicos de suma importancia para el Derecho Civil alemán; entre estos, la *c.i.c.*, los deberes accesorios (incluido los *Schutzpflichten* en la tesis de Stoll), el abuso del derecho, el *venire contra factum proprium*, la fórmula *tu quoque*, la *c.p.p.f.*, y la alteración de las circunstancias¹⁹⁷⁵. Desde un ángulo histórico, y vistos algunos de los institutos antes nombrados, un importante autor afirmó que el párrafo 242 BGB permitió extraer máximas del Derecho Romano¹⁹⁷⁶ e incorporarlas en el derecho actual (de aquella época).

En dicho contexto, la buena fe ingresó en nuestro *medio* con el art. 57 del Código de Comercio de 1902, bajo el siguiente tenor:

“Los contratos de comercio se ejecutarán y cumplirán de buena fe, según los términos en que fueron hechos y redactados, sin tergiversar con interpretaciones arbitrarias el sentido recto, propio y usual de las palabras dichas o escritas, ni restringir los efectos que naturalmente se deriven del modo con que los contratantes hubieren explicado su voluntad y contraído sus obligaciones”.

Sin embargo, como puede verse, el marco de actuación de esta quedaba limitado al confín de la autonomía de los privados, de ahí que la ejecución y cumplimiento en buena fe signifique seguir los “términos en que fueron hechos y redactados”. Pero si ello era así, no cabe duda que actuar en buena fe seguía connotando no otra cosa que la reafirmación de la “obligatoriedad del contrato”.

La buena fe del art. 1134 *Code* terminaría luego encontrando lugar en el art. 1328 del Código Civil de 1936 (el cual incluso ya aparecía en idéntico sentido en el *núm.* 308 del Segundo

⁽¹⁹⁷³⁾ Ibid.

⁽¹⁹⁷⁴⁾ Ibid; CATTANEO, Giovanni. *óp. cit.*; p. 624.

⁽¹⁹⁷⁵⁾ CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé nos finais do século XX... óp. cit.*; p. 896.

⁽¹⁹⁷⁶⁾ ZIMMERMANN, Reinhard. Derecho romano y cultura europea. Trad. de Catalina Salgado Ramírez. En: Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), *núm.* 18, 2010, p. 12.

Anteproyecto), conviviendo en dicho cuerpo normativo con sendas referencias a la buena fe subjetiva en materia de familia, derechos reales y obligaciones.

Si hasta este momento la buena fe “objetiva” había sido reducida en nuestro *medio* a simple expediente que reiteraba la idea de obligatoriedad de las disposiciones voluntarias del contrato, la situación comenzaría a tomar una nueva dirección con el art. 1328 del Código Civil de 1936¹⁹⁷⁷, no obstante que el autor del Libro V, siguiendo a Planiol, siguiera concibiendo a la buena fe dentro de su rol de determinar el alcance de la obligación (conforme a la común intención de los contratantes); todo ello como efecto del contrato derivado de su fuerza obligatoria¹⁹⁷⁸.

Analizada la postura de Cornejo respecto del art. 1328 desde el ángulo de la interpretación y su aparente equiparación con el parágrafo 157 BGB, conviene ahora advertir que para este autor dicho dispositivo presentaba un “idéntico contenido¹⁹⁷⁹” con el § 242 BGB, de modo tal que la buena fe incidía en “cómo ha de realizarse la prestación”, hasta el punto que no podía “prevaler la intención cuando resulta en pugna con la buena fe”¹⁹⁸⁰.

Si lo último *per se* significaba ya un cambio notorio en un *medio* que como el francés antepoñía los valores de la libertad y la autonomía como principios rectores del ordenamiento, lo cierto es que Cornejo no se quedaría ahí sino que sugeriría extender el recurso de la buena fe a diversos escenarios, de modo que en función a ella quedaría prohibido “que se cometa abuso con pretensiones jurídicas formal o aparentemente fundadas. La buena fe quiere proteger al deudor contra las exigencias impertinentes que choquen contra el derecho y la equidad (art. 2 Tit. Prel.), pero el art. 1328 favorece también al acreedor protegiéndolo contra la conducta del deudor que viole la buena fe (...)”¹⁹⁸¹. Esta buena fe no precisaba ser alegada, sino que de oficio debía ser juzgada; ella no quedaba reducida a la *exceptio dolis generalis* que para Cornejo se derivaba del art. 2 (Título preliminar)¹⁹⁸².

⁽¹⁹⁷⁷⁾ Para una panorámica de la buena fe en sede nacional y su relación con la excesiva onerosidad *v.* **BENAVIDES TORRES, Eduardo**. La excesiva onerosidad de la prestación. Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 273 y ss.

⁽¹⁹⁷⁸⁾ **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Derecho Civil. Obligaciones y contratos... *óp. cit.*; ff. 21-22.

⁽¹⁹⁷⁹⁾ **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 62.

⁽¹⁹⁸⁰⁾ Ídem, p. 63.

⁽¹⁹⁸¹⁾ *Ibíd.*

⁽¹⁹⁸²⁾ *Ibíd.*

Conocido es -por otra parte- que, según lo explicamos, en la concepción de aquél autor la buena fe era capaz de crear deberes, en un caso del tipo que “ampliaba” el deber de prestación, básicamente, deberes accesorios; en otro, deberes autónomos de protección o, en la terminología de Cornejo, *deberes secundarios especiales*¹⁹⁸³.

Pero la buena fe según Cornejo podía ser aún más explotada, toda vez que ella contaría con la capacidad de “atenuar” el deber de prestación (en materia de revisión del contrato por alteración de las circunstancias¹⁹⁸⁴) o conferir al deudor un derecho de que le permita ser liberado de cumplir (desistimiento o denuncia fundado en buena fe dada la ausencia de una norma general sobre el asunto para las relaciones obligatorias duraderas) o a que se transforme la relación obligatoria¹⁹⁸⁵.

Esta concepción más amplia de la buena fe se evidenciaría también en León Barandiarán, quien al equipararla con la equidad del art. 1257 del Código Echenique, señalaba que con arreglo a la buena fe se logra “apreciar al contrato no únicamente de acuerdo con un criterio rigorista textual, sino en concordancia al interés social y a una apreciación axiológica trascendental, el de la justicia intrínseca como finalidad esencial de toda operación jurídica¹⁹⁸⁶”.

Para dicho autor, la buena fe del art. 1328 “presupone como precisa lógica la justicia y la equidad¹⁹⁸⁷”, permitiendo, “de un lado, ensanchar los efectos del contrato más allá de sus términos literales, de otro lado restringirlos¹⁹⁸⁸”; respecto de estos últimos, la cuestión era más delicada para León Barandiarán, adhiriéndose finalmente a la tendencia que a nivel Continental y en nuestra doctrina admitía la modificación del contrato, dejando de lado una “apreciación individualista del Derecho¹⁹⁸⁹”. La voluntad quedaba de esta forma supeditada a los imperativos del interés social¹⁹⁹⁰, como en el caso de la revisión del contrato por alteración de las circunstancias que afecta la economía

(¹⁹⁸³) Ibid.

(¹⁹⁸⁴) Es la solución propuesta por Cornejo (buena fe) para fundar la revisión de los contratos en sede nacional, *v. CORNEJO, Ángel Gustavo*. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 68.

(¹⁹⁸⁵) **CORNEJO, Ángel Gustavo**. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 64.

(¹⁹⁸⁶) **LEÓN BARANDIARÁN, José**. Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; p. 34.

(¹⁹⁸⁷) Ibid.

(¹⁹⁸⁸) Ibid.

(¹⁹⁸⁹) Ídem, p. 35.

(¹⁹⁹⁰) Ibid.

del contrato, en donde el rechazo a modificar este último supondría que su ejecución resulte contraria a la buena fe¹⁹⁹¹.

La tendencia por desacralizar un “omnímodo” principio de la autonomía de la voluntad como elemento esencial del contrato, se consolidaría finalmente en otros autores como Romero Zavala, quien pregonó un alegato en favor de la justicia social (revés del interés social) como motor de búsqueda de lo justo y equitativo en el vínculo contractual (libertad e igualdad como parámetros esperables dentro de la idea de contrato) y del dirigismo contractual¹⁹⁹² en sede nacional¹⁹⁹³, aunque ello no suponga afectar la “fuerza obligatoria del contrato”; y así otros autores¹⁹⁹⁴, quienes a raíz de la teoría de la imprevisión encontraron terreno fértil para dotar a la buena fe de una función hasta ese entonces desconocida en nuestro *medio*.

Dicho esto, no faltó quien, respecto de la teoría de la imprevisión, negara a la buena fe del art. 1328 el rol de fundamento para la revisión del contrato por parte de los jueces en sede nacional, máxime porque atendiendo la fuente de dicho dispositivo (art. 1134 *Code*), su función no era permitir la modificación del contrato o la liberación del *debitoris*, sino exigir de este último el cumplimiento leal y honrado de aquello comprometido al momento de celebrar el contrato¹⁹⁹⁵.

Así pues, la influencia francesa en Osterling quedaría una vez más comprobada, sobre todo con aquella doctrina que promulgaba el respecto por la autonomía y el valor de la fuerza obligatoria del contrato, dentro de un *medio* en donde la buena fe fungía de expediente retórico para confirmar (o reforzar) estos postulados. En ella, la vinculación de la buena fe con el cumplimiento de la prestación *strictu sensu*, pero no solo con esta, sino también respecto de todos los “derechos y obligaciones” que emanaban del acuerdo contractual o que se terminaban integrando *ex lege*, suponía

(¹⁹⁹¹) *Ibíd.*

(¹⁹⁹²) La idea surge en Francia con **JOSSERAND, Louis**. *Le contrat dirigé...* *óp. cit.*; p. 89 y ss.; ID. *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: Le contrat forcé et le contrat légal*. En: D.H., núm. 2, 1940, p. 5 y ss.

(¹⁹⁹³) **ROMERO ZAVALA, Luis**. *óp. cit.*; p. 22-24.

(¹⁹⁹⁴) *v.* **ALTAMIRANO GUEVARA, Juan Gualberto**. La cláusula rebus sic stantibus o la teoría de la imprevisión en el derecho privado. Tesis (Dr.) UNMSM. Lima: La Región, 1963, p. 57 y ss.; **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel**. Estudios del contrato privado. Tomo II. Lima: Cultural Cuzco, 1983, p. 91 y ss.

(¹⁹⁹⁵) **OSTERLING PARODI, Felipe**. “La revisión de los contratos por el poder judicial”. En: AA.VV. Nuevas orientaciones del Derecho. Lima: Colegio de Abogados de Lima, 1966, p. 132.

circunscribir el marco de actuación de la buena fe al contenido de la relación de obligación, y descartar (en ella) una función creativa de deberes, tal y como lo sostuviera Cornejo.

No sorprende así que un autor, al concentrarse sobre la expresión “ejecución del contrato”, haya sostenido que esta “importa el cumplimiento de las prestaciones que dicho contrato contiene¹⁹⁹⁶”, de modo que la referencia a buena fe *ex art. 1328* debía ceñirse a la actuación de la prestación debida (voluntariamente acordada)¹⁹⁹⁷.

Visto lo anterior, se puede decir que la buena fe durante la vigencia del Código Civil de 1936 trajo una división en la doctrina, básicamente en los autores que o bien: (i) continuaban viendo en esta una evocación más de la fuerza obligatoria del contrato conformado libre y voluntariamente (ceñido sobre la prestación como objeto de la obligación); o bien (ii) maximizaban el rol de la buena fe del art. 1328, permitiendo fundar a partir de ella instituciones no reconocidas *ex lege* como la posibilidad de revisar el contrato, los deberes accesorios (*Nebenpflichten*) y (solo en el caso de Cornejo) los *Schutzpflichten*, o el ejercicio inadmisibles de las posiciones jurídicas¹⁹⁹⁸, ya sea dotando a la buena fe de una capacidad creativa de deberes no derivados de la voluntad ni la ley (ensanchando sus efectos más allá de los términos literales), o estableciendo en función a ella una restricción del propio acuerdo de las partes (*p.e.* alteración de las circunstancias).

Con relación al último grupo de autores (ii), una cosa es cierta: en la base del recurso a la buena fe se presentaba (siempre y en última instancia) un reclamo a un criterio de justicia social, equidad, y demás parámetros valorativos de corte ético que trazaban a esta -según Cornejo¹⁹⁹⁹- como un expediente inestable y susceptible de arbitrariedad. Por lo demás, la ausencia de rigor jurídico y dogmático en torno a la buena fe (durante la vigencia del Código Civil de 1936) evidenciaba que, en nuestro *medio*, esta, antes que aparecer como una categoría jurídica capaz de dotar de fundamento jurídico a una institución jurídica específica (como podía ser el *Schutzpflicht* alemán), asomaba como

⁽¹⁹⁹⁶⁾ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos... *óp. cit.*; p. 51

⁽¹⁹⁹⁷⁾ Ídem, p. 52.

⁽¹⁹⁹⁸⁾ CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 63.

⁽¹⁹⁹⁹⁾ *Ibíd.*

un recurso de orden político-jurídico que se modulaba conforme la particular concepción de cada uno de nuestros autores. Esto explica los vaivenes en torno a ella y su uso y abuso.

¿Esta situación mudó con el Código Civil de 1984?

3.5.1.1. Analicemos el asunto desde la óptica de la doctrina que ha tratado el tema.

a) Comentando el código actual, De la Puente y Lavalle sustenta la existencia de una buena fe subjetiva y otra objetiva, ubicando el dato característico de la primera en la creencia del sujeto que su actuación es conforme a Derecho²⁰⁰⁰, y de la segunda en la imposición de un deber de conducta determinado al sujeto²⁰⁰¹; ambos con un contenido “eminentemente ético²⁰⁰²”. Esta situación lleva a nuestro autor a cuestionarse si ambos representan dos aspectos de un mismo principio: la respuesta es negativa²⁰⁰³, y la pregunta entonces es ¿por qué comparten una misma denominación?

Guiado por su intuición, De la Puente y Lavalle parte por considerar que la buena fe es un elemento de la vida humana que se ha incorporado al Derecho previas precisiones técnicas²⁰⁰⁴. Dicho elemento, para este autor, es la moral, la cual recogida por el Derecho se depuró en principios jurídicos; entre estos, la buena fe²⁰⁰⁵. Así pues, “cuando el legislador se vio en la necesidad de regular las situaciones jurídicas percibió que existía un imperativo que requería plasmar normativamente dos órdenes de ideas. La primera es que quien cree razonablemente actuar conforme al Derecho debe recibir protección de este; la segunda es que la conducta de los individuos debe ajustarse a determinadas reglas en el cumplimiento de sus deberes²⁰⁰⁶”.

La existencia de otras figuras como el abuso del derecho, el enriquecimiento indebido, las buenas costumbres, impide aceptar según dicho autor que “la incorporación de la moral al Derecho debe llamarse necesariamente buena fe²⁰⁰⁷”. Ello responde a una decisión del legislador, en donde la

⁽²⁰⁰⁰⁾ **DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.** El contrato en general. Primera Parte/II... *óp. cit.*; p. 30.

⁽²⁰⁰¹⁾ Ídem, pp. 33-34.

⁽²⁰⁰²⁾ Ídem, pp. 30-34.

⁽²⁰⁰³⁾ Ídem, p. 34.

⁽²⁰⁰⁴⁾ Ídem, p. 35.

⁽²⁰⁰⁵⁾ *Ibíd.*

⁽²⁰⁰⁶⁾ Ídem, pp. 35-36.

⁽²⁰⁰⁷⁾ Ídem, p. 37.

construcción de la buena fe subjetiva (como creencia) concede al sujeto un derecho, en oposición a la buena fe objetiva (como conducta) en donde el sujeto asume al contrario un deber²⁰⁰⁸. En uno y otro caso, De la Puente y Lavalle afirma que estamos ante un principio jurídico.

Ahora bien, si en materia de buena fe subjetiva existe una zona intermedia que se coloca entre la creencia de la existencia del derecho y el conocimiento de la falta del derecho (no ganando ni perdiendo derechos), lo contrario ocurre con la buena fe objetiva, pues ahí según este autor no hay zonas grises: “si se actúa con la diligencia ordinaria requerida se actúa de buena fe, aun cuando se ineficace la obligación. Si no se actúa con dicha diligencia, se incurre en dolo o culpa (...), y por tanto, se procede de mala fe²⁰⁰⁹”.

La asimilación de la buena fe objetiva al *standard jurídico* de la diligencia ordinaria se vería confirmada en el discurso de De la Puente y Lavalle en lo que respecta al resarcimiento del daño, en donde la ausencia de ella (el actuar culposos y dolosos representaría mala fe) determinaría que el sujeto quede obligado a la indemnización de daños y perjuicios *ex art.* 1321.

En este punto, la fórmula *buena fe objetiva = diligencia* representa una auténtica novedad en nuestro *medio*, que denota sin duda los problemas técnico-jurídicos detrás de la concepción de la primera.

b) Para Fernández Cruz, la buena fe representa un principio jurídico simple de alcance general²⁰¹⁰ (o *standard* conforme al Derecho Anglosajón), en cuanto vale como un modelo o patrón que al ser recogido por el Derecho suministra criterios de valorización y/o cambios de situaciones preexistentes²⁰¹¹.

En la idea que la buena fe connota, de un lado, a la moralidad como elemento intrínseco, y de otro, a la ignorancia o creencia errónea (de determinada situación jurídica o de hecho), este autor -en

(²⁰⁰⁸) Ídem, pp. 37-38.

(²⁰⁰⁹) Ídem, pp. 41-42.

(²⁰¹⁰) Y no así un “Principio General del Derecho”, v. **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón**. *La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles*. En: *Der. PUCP*, núm. 41, 1987, p. 171.

(²⁰¹¹) Ídem, pp. 167-171.

línea con la doctrina mayoritaria-, advierte que la buena fe es concebida desde un aspecto objetivo y subjetivo, en el primer caso como comportamiento de fidelidad (escindida de la voluntad) y en el segundo, como creencia o consciencia de un derecho²⁰¹². Sin embargo, confiesa que si tendría que calificar a ambas manifestaciones de la buena fe optaría, desde el ángulo de la mayor o menor dificultad de probanza, denominar al primero por subjetivo (imposibilidad de probanza) y al segundo por objetivo (mayor probabilidad de objetivizarla)²⁰¹³.

De cualquier forma, queda confirmada en su concepción la doble acepción de buena fe: moralidad y creencia²⁰¹⁴; o siguiendo a Alsina, “buena fe probidad” (entendida como el comportamiento fiel y leal, con basamento en la honestidad al obrar) y “buena fe creencia”²⁰¹⁵ (en el propio derecho y en el ajeno²⁰¹⁶).

Fernández Cruz reconoce por lo demás el rol de la buena fe (probidad) como “basamento de construcción” de figuras como la teoría de la imprevisión o el abuso del derecho²⁰¹⁷.

c) En un interesante análisis, León Hilario, consciente de la tendencia nacional por acoger la distinción entre buena fe subjetiva y buena fe objetiva (o buena fe creencia²⁰¹⁸ y buena fe probidad²⁰¹⁹), se propuso juzgar críticamente dicha circunstancia.

A su criterio, dicha distinción (cuyos antecedentes incluso pueden rastrearse en el Derecho alemán²⁰²⁰) llegó a nuestro *medio* por influencia de la doctrina italiana (directa o indirectamente), pero

(2012) Ídem, pp. 173-174.

(2013) Ídem, p. 174.

(2014) *Ibid.*

(2015) Ídem, p. 175.

(2016) Ídem, p. 180.

(2017) Ídem, p. 179.

(2018) “En la mayoría de las hipótesis previstas en nuestro Código Civil, la buena fe se identifica con la creencia que tiene una persona en la legitimidad de su conducta, o bien en el desconocimiento sobre el hecho de que su comportamiento puede generar perjuicios, o que los genera, concretamente, para un tercero”, *v. LEÓN HILARIO, Leysser. 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*. En: *Themis*, núm., 49, 2004, p. 144.

(2019) “Es como si la buena fe impusiera a los tratantes, en la negociación del contrato, al oferente y al destinatario de la oferta, en la formación del contrato, y a las partes, en la ejecución del contrato, la observancia de distintas conductas. En todas las fases de la contratación, entonces, la buena fe podrá encarnarse en las más plurales manifestaciones: claridad, lealtad, información, puntualidad, rectitud, etc. En el lenguaje de los juristas italianos, este último conjunto de fenómenos –que son, apréciase bien, comportamientos concretos, y vinculados, exclusivamente, con el derecho de obligaciones y contratos– es englobado en el concepto de buena fe en sentido objetivo” (Ídem, p. 145).

(2020) Ídem, p. 149.

sin la salvedad que los civilistas italianos la formulan teniendo como punto de partida su normativa (*Codice*) y condicionados por la estructura de su regulación²⁰²¹, de modo tal que en dicho *medio* se

“(…) ha podido hablar de la nítida distinción entre la buena fe en sentido objetivo y una buena fe subjetiva que emerge de las fórmulas utilizadas por el legislador [italiano] de 1942, cuidadoso en distinguir entre un comportamiento según buena fe y el comportamiento de buena fe, o de quien tiene buena fe, que acentúa, respecto de un mismo hecho, el comportamiento, el aspecto (objetivo) del modo de ser, o el cómo del comportamiento, y el aspecto (subjetivo) del ser del autor de la conducta²⁰²²”.

Frente a ello, nuestro sistema no presentaría un grado suficiente de afinidad entre sus regulaciones que permitan construir una notoria distinción como la planteada en sede italiana (sin exigir “de los intérpretes forzamientos inapropiados para la aplicación óptima de los razonamientos que han prosperado en otros países²⁰²³”), al punto que -según León Hilario- la buena fe del art. 1362 del Código Civil de 1984 (“reglas” inconexas del “principio” al que refiere el art. 168²⁰²⁴) no se presenta como un criterio dotado de unicidad²⁰²⁵, a diferencia del modelo italiano en donde “el orden normativo dispuesto por el codificador italiano si permite un análisis unitario de la buena fe objetiva²⁰²⁶” (a diferencia de la subjetiva).

Dicho de otro modo, el art. 1362 (sindicado por De la Puente y Lavalle como evidencia de la buena fe objetiva en nuestro *medio*), al no encontrar un correlato en los arts. 1337 (buena fe en tratativas) y 1375 *Codice* (ejecución según buena fe), 1134 y 1156 *Code*, en lo que respecta a la segunda parte del dispositivo peruano (“común intención”) -sobre todo por la historia detrás de dicha expresión según precisamos anteriormente-, ni en los parágrafos 157 y 242 BGB, aparecería en nuestro ordenamiento como el resultado de una mescolanza legislativa que, disociada de su real contexto normativo (*p.e.* el caso italiano), no constituye *per se* una “tendencia” objetivizante en materia

⁽²⁰²¹⁾ Ídem, p. 148.

⁽²⁰²²⁾ Ibid.

⁽²⁰²³⁾ Ídem, p. 150.

⁽²⁰²⁴⁾ Ídem, p. 143.

⁽²⁰²⁵⁾ Ídem, p. 145.

⁽²⁰²⁶⁾ Ibid.

de buena fe (en Italia la buena fe objetiva no está representada por una sola norma sino por un grupo de ellas que permiten inferir una tendencia que se opone legítimamente a aquella subjetiva)²⁰²⁷.

Quizá fue “la desordenada e irregular sistemática” del código actual la que ha llevado a un autor a sustentar que la buena fe del art. 1362 (sobre todo en lo que importa la *c.i.c.*) no es objetiva (como se sostiene tradicionalmente) sino subjetiva, respecto de lo cual León Hilario disiente, aun cuando admite que nuestro sistema es capaz de dar cabida “a todo juicio sobre la buena fe²⁰²⁸”.

Dado que el estudio de nuestro autor se centra en la *c.i.c.*, este afirma, no sin razón, que incluso si se aceptase una buena fe objetiva y creativa de deberes de comportamiento *ex art.* 1362, ella representaría un eslabón más en la “cadena lógica que conduce a la solución del problema de los daños surgidos en la fase precontractual²⁰²⁹”, puesto que en el discurso que así la incorpora, esta ocupa un lugar tan importante como la pretendida relación obligatoria sin deberes primarios de prestación, la relación de confianza, el contacto social, y demás figuras propias del lenguaje jurídico alemán²⁰³⁰.

En fin, en el discurso de León Hilario, la buena fe *ex art.* 1362 terminará por no fundar la responsabilidad *in contrahendo*, pero en lo que a nosotros importa, ella no contará (en su juicio) con la potencialidad (función) para crear deberes particulares de comportamiento que se vinculen con la obligación *ex contractu* antes que con los deberes genéricos derivados del *alterum non laedere*.

d) Espinoza Espinoza, deslindándose de aquella doctrina que descarta una definición de buena fe por ser la misma formulada a partir de términos retóricos (sean sinónimos o perífrasis), parte por señalar que ella (más allá de los intentos por reconducirla a principio o cláusula general) representa, ante todo, un *standard* -como Fernández Cruz- con el cual se evalúa el comportamiento de los sujetos o con los cuales se establecen reglas de interpretación²⁰³¹.

(2027) Ídem, pp. 145-146.

(2028) Ídem, p. 150; sigue esta postura GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee. *óp. cit.*; f. 240 y 241.

(2029) LEÓN HILARIO, Leysser. *La buena fe en la negociación de los contratos...* *óp. cit.*; p. 150.

(2030) *Ibíd.*

(2031) ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *El principio de la buena fe*. En: *Advocatus*, núm. 24, 2011, p. 247.

La buena fe “subyace en el universo de las relaciones jurídicas de los sujetos de derecho: basta dar una somera lectura al Código Civil para encontrarlo en el Libro de Acto Jurídico, en Familia, Sucesiones, Derechos Reales, Obligaciones, Contratos e incluso en el Libro de Registros Públicos²⁰³²”. Así pues, el principio de buena fe presenta en nuestro sistema cuatro acepciones²⁰³³: (i) como el estado de ignorancia de un interés ajeno tutelado por el derecho; (ii) como creencia en la apariencia de una relación o situación que legitima a la contraparte a disponer de un derecho determinado; (iii) como lealtad en la negociación de un contrato y como corrección en el comportamiento en el contrato celebrado; y (iv) como criterio hermenéutico.

Dicho esto, la buena fe según Espinoza Espinoza se presenta conforme los siguientes modelos: (i) buena fe esterilizada; (ii) buena fe auxiliar del programa contractual; (iii) buena fe solidaria; y (iv) buena fe imperativa²⁰³⁴. No obstante, ello no quita que desde la óptica del binomio buena fe subjetiva/buena fe objetiva (sin apartarlas de su significado tradicional), este autor exponga la posibilidad de su recepción en el Código Civil de 1984 -la primera en los arts. 1268 (pago indebido recibido en buena fe), 903 (adquirente de buena fe), 906 (posesión ilegítima de buena fe), entre otros, y la segunda, en los arts. 1135 (acreedor de bien inmueble de buena fe que inscribe su derecho), 1136 (acreedor de bien mueble de buena fe que inscribe su derecho), 1670 (buena fe registral), etc.²⁰³⁵.

La potencialidad de esta distinción, sin embargo, se ve contrapuesta al momento de determinar la buena fe de los sujetos, al punto que Espinoza Espinoza diga que “si bien (por motivos didácticos) es válido clasificar la buena fe en esa dicotomía subjetiva-objetiva, los criterios para determinarla siempre serán objetivos²⁰³⁶”.

Esta buena fe se diferenciará en el discurso de nuestro autor con relación a la equidad y a la diligencia -en este último caso, en contra de lo expresado por De la Puente y Lavallo-. Sobre lo primero el asunto radicaría en los planos en los que operan ambos²⁰³⁷, en lo segundo, (si bien ambas

(2032) Ídem, p. 248.

(2033) Ídem, p. 249.

(2034) Ídem, p. 250.

(2035) Ídem, p. 251.

(2036) *Ibíd.*

(2037) Ídem, p. 255.

aparecen como “*standars de comportamiento*”²⁰³⁸), los criterios distintivos serían -una vez analizados los expuestos por el autor- los siguientes: (i) la buena fe, a diferencia de la diligencia, no se reduce al comportamiento de las partes²⁰³⁹, lo que no quita que ambas sirvan (también) para evaluar su comportamiento²⁰⁴⁰; y (ii) mientras la buena fe apunta al equilibrio de los intereses de las partes que integran la relación, la diligencia se circunscribe a la prestación ya determinada por las partes²⁰⁴¹.

3.5.1.2. El repaso de las posiciones de los autores antes citados nos permite extraer algunas líneas conclusivas sobre la buena fe en nuestro *medio*:

a) En su desarrollo histórico, el recurso a la buena fe, tanto desde un ángulo normativo como discursivo, se encontró presente en nuestra doctrina que comentó el Código Echenique, el código de 1936, perdurando hasta la actualidad, al punto que se evidencia una tendencia (actual) generalizada por maximizar la incorporación de la buena fe dentro del lenguaje forense de los operadores jurídicos del sistema peruano.

b) El discurso sobre la buena fe varió durante los periodos antes mencionados. Entre el Código Civil de 1852 y el Código Civil de 1936, la buena fe no fue reconocida legalmente en el campo de las obligaciones y los contratos (legislación civil), sobre todo porque nuestro sistema (Código Echenique) no incorporó un dispositivo similar al art. 1134 *Code*. Sin embargo, y en contra de lo que podría creerse, dicha circunstancia no melló el hecho que un sector de la incipiente doctrina peruana juzgara el contrato a partir del recurso a la buena fe, o que esta última encontrara acogida en el Código de Comercio de 1902, aunque -en ambos casos- siempre quedando confinada a la idea de (reafirmar o garantizar la) obligatoriedad del contrato.

c) La incapacidad o limitación de la buena fe mudaría progresivamente, a la par que se irían instalando en nuestro *medio* problemas novedosos (y propios del Derecho Continental) como la alteración de la circunstancias²⁰⁴². En el periodo que va de 1936 hasta 1984, la buena fe “contractual”

(²⁰³⁸) Ídem, p. 259.

(²⁰³⁹) Ídem, p. 260.

(²⁰⁴⁰) Ibíd.

(²⁰⁴¹) Ibíd.

(²⁰⁴²) v. GARCÍA GASTAÑETA, Carlos. *óp. cit.*; *passim*.

encontró definitiva acogida en la legislación en el art. 1328 del código abrogado, dentro de un contexto en donde la desacralización del contrato como exponente pleno de la libertad y autonomía absoluta (herencia de los postulados franceses clásicos) se iría consolidando a partir del surgimiento de un movimiento por “socializar” la idea misma de contrato.

d) Así, en el periodo señalado, la buena fe comenzaría a adoptar nuevas facetas, básicamente porque ella no se quedaría confinada a juzgar el comportamiento de las partes, sino que, en un intento por equipararla conceptualmente al § 242 BGB, la doctrina fundaría a partir de ella diversas categorías propias de la experiencia alemana, como la *c.i.c.* o la revisión del contrato. Es en este contexto en el que la doctrina de la época comenzó a dotar de funcionalidad a la buena fe, algunas veces a partir de descubrir en ella una *aptitud creativa* de deberes particulares de comportamiento; una *aptitud correctiva* de disposiciones contractuales basadas en el acuerdo voluntario y desprovistas de consistencia a partir de la existencia de datos exógenos que afectaban la base material sobre la cual se construyó la relación contractual; una *aptitud protectora* frente a la incapacidad del ordenamiento por ofrecer tutela a los contratantes en determinadas hipótesis; una *aptitud crítica* del comportamiento de las partes respecto del interés de la otra; y una *aptitud fundante* de categorías jurídicas *sui generis* en el *medio y foro* nacional.

e) En la base de la buena fe (= equidad, según algunos autores referidos), el postulado ideológico que se recibió de la experiencia alemana fue la “justicia” dentro de un esquema sociopolítico y económico de tinte “social” y “contributivo”, o simplemente “ético²⁰⁴³”. La fórmula buena fe=justicia social/contributiva=moral quedaba sacramentada²⁰⁴⁴, de modo tal que la extensión y medida de las *aptitudes* reconocidas a la buena fe se definieron a partir de la perspectiva de cada autor en torno a los aspectos extrajurídicos anotados. El fenómeno en su conjunto podría ser apreciado como una de las “nuevas tendencias en el Derecho Contractual” (moderno).

(²⁰⁴³) **TRABUCCHI, Alberto.** *óp. cit.*; p. 498.

(²⁰⁴⁴) Alegando por la ecuación buena fe=“solidaridad contractual” (cuyos “canones” serían la lealtad en el comportamiento y el deber de salvaguardar la esfera ajena; en donde este último traduciría el deber de cada parte de salvaguardar la utilidad de la otra en los límites en que ello no importe un apreciable sacrificio a su cargo), *v.* **BIANCA, Cesare Massimo.** *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale... óp. cit.*; pp. 209-210.

f) Con la entrada en vigencia del Código Civil de 1984, dos circunstancias particulares se presentaron: a) algunas categorías jurídicas fundadas *ex bona fides* (por la doctrina) en el periodo anterior adquirieron *status* legal a partir de su incorporación en nuestra legislación civil (*p.e.* excesiva onerosidad de la prestación); y, b) el paso de una influencia francesa (principalmente) y alemana (residualmente) a aquella italiana (iniciado a mediados de siglo XX) supuso que nuestros autores comiencen a estudiar la buena fe desde la experiencia de este último país (en gran parte motivados por la inclusión del art. 1362 en el código actual), lo que explica el ingreso al Perú del binomio buena fe subjetiva/objetiva y su aceptación (general salvo excepciones).

g) La distinción buena fe subjetiva/objetiva (a partir de la connotación italiana²⁰⁴⁵), susceptible de ingresar en el *medio* nacional a partir de las normas que contenidas en nuestra regulación civil disciplinan una buena fe creencia y una buena fe lealtad, carece de valor jurídico-dogmático, ubicándose en el ámbito de lo retórico o figurativo. En efecto, la discusión en torno a su adhesión en el *medio* peruano no coadyuva a desentrañar el rol de la buena fe en el sistema de contratación peruano y -más precisamente- de la función del art. 1362 en el Código Civil de 1984. Lo propio resulta extensible para la controversia en torno a si ella resulta un “principio” una “cláusula general” o simples “reglas” o “standards”.

h) La evolución de la buena fe en el Perú, la cual de ser una noción pleonástica subsumida en la idea de obligatoriedad del acuerdo pasó a cobrar gran relevancia en el discurso jurídico, no supuso sin embargo, y es fundamental tenerlo claro, un cambio en torno a su postulado ideológico. Eso explica porque un grupo de importantes autores ubican a la moral o moralidad como “elemento intrínseco” de ella. Como es lógico, en un sistema como el *Common Law*, en donde las estructuras conceptuales difieren del Derecho Continental, la irrelevancia de aquél elemento intrínseco o

(2045) *v., p.e., NATOLI, Ugo. Note preliminari ad una teoria dell'abuso del diritto nell'ordinamento giuridico italiano. En: Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1958, pp. 27-28; **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo.** L'esecuzione del contratto... *óp. cit.*; p. 365; **BUSNELLI, Francesco Donato.** Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «ingiusto»... *óp. cit.*; p. 431; **BRUSCUGLIA, Luciano.** Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede. Milano: Giuffrè, 1975, p. 1 (nt. 1), **BIANCA, Cesare Massimo.** La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale... *óp. cit.*; p. 205 y ss.; entre otros.

postulado ideológico determina la suerte de la buena fe en sentido diametralmente opuesto (al de los países del *Civil Law*).

i) Nada demuestra sin embargo que en nuestro *medio* la vitalidad de la buena fe se encuentre controvertida, sobre todo porque pareciera que la idea de buena fe/mala fe irradia (expresa e implícitamente) el Código Civil de 1984, como lo demuestra la regulación en materia de pendencia de la condición *ex art. 176* o la excepción de incumplimiento *ex art. 1426* (en donde si bien la norma peruana no refiere a ella expresamente como sucede con el art. 1460 *Codice*, habría que preguntarse pues si el sistema tolera el ejercicio “desmedido” o en mala fe de su oposición.

j) Si la buena fe, en cualquiera de las aptitudes reconocidas durante la vigencia del Código Civil de 1936 (y extensibles al código actual, si así fuese pretendido), fue capaz de transformar, ordenar y desentrañar el texto del legislador, al punto que lo pétreo de aquél se vuelva tolerante al cambio, no cabe duda entonces que ella funciona como válvula de escape para los operadores jurídicos, al punto que la potencial deficiencia normativa de un determinado sistema (sea por técnica o por anacronismo) es susceptible de quedar disimulada bajo su amparo.

3.5.2. Como se sabe, fue a fines de la década de 1930 en que por primera vez un autor (muy importante), en la idea de asignar a la buena fe una aptitud *creativa y fundante*, postuló la existencia de *deberes secundarios especiales* (en la misma idea de los «deberes de protección») a partir de la buena fe del art. 1328 del código abrogado. No obstante, lo cierto es que la categoría “fundada” *ex bona fides* por nuestro autor (Cornejo) no tuvo mayor repercusión, ora por la influencia francesa dominante que (en la doctrina peruana) dirigió la atención a la *Obligation de sécurité*, ora por la ausencia de reconocimiento a nivel jurisprudencial.

Lo cierto es que la línea de Cornejo²⁰⁴⁶ sería retomada luego por Zamudio Espinal y Beltrán Pacheco; sin embargo, en estos autores se exhibe un dato común ya anticipado: la ausencia de una

(²⁰⁴⁶) Es importante mencionar que otros autores también recurrieron a la buena fe a propósito de la cautela de la esfera jurídica ajena; entre estos, Fernández Cruz, según referimos previamente, y Morales Hervias, como veremos luego. No obstante, en ambos autores, el centro de atención no yace en la buena fe, sino en la diligencia, en un caso, y en los principios constitucionales, en el otro.

justificación jurídica dogmática para fundar el «deber de protección» en la buena fe. ¿Qué supone ello?

Existe a nuestro parecer una extraña premisa en cierto sector de nuestra doctrina y esta radica en creer que la buena fe es un argumento *per se* autosuficiente. Entendemos que dicha circunstancia podría pretender ser explicada a partir de la propia abstracción de la buena fe, la cual la ha llevado - sin duda- a ser objeto -como señalamos- de uso y abuso en el discurso jurídico. Pero bien visto el asunto, la “abstracción”, “vaguedad” o “imprecisión” en torno a ella no es causa sino consecuencia del propio postulado ideológico sobre el cual se ha fundado en su evolución histórica moderna; esto es, la justicia cuando no la moral²⁰⁴⁷, que antes que categorías jurídicas *strictu sensu*, parecen más cercanas a conformar fundamentos *a priori*, lo que ha invitado a un autor sostener que un reclamo a la buena fe a partir de la idea de “ética” deviene “insuficiente²⁰⁴⁸”.

Por supuesto que lo dicho no supone desconocer la pretensión del legislador en hacer “jurídico” eso que no parece serlo. Sin embargo, ¿qué de jurídico hay en la buena fe? La respuesta se encuentra en un dato insoslayable: el Derecho, al incorporar un concepto cuya raíz se haya más próxima a la filosofía que a la creación jurídica, no hace otra cosa que delimitar sus contornos; esto es, ofrecer los límites en torno a los cuales puede ocurrir un reclamo a ella (cuyo contenido queda destinado al intérprete).

El art. 1362 dispone que “los contratos deben negociarse, celebrarse y ejecutarse según las reglas de la buena fe y común intención de las partes”. En ese entendido, la buena fe (no es relevante si son reglas o no) actúa sobre el contrato o lo que este representa en nuestro sistema jurídico, en diversas etapas. No siendo esta la sede para afrontar el asunto de la *c.i.c.*, la cuestión clave yace en la ejecución del contrato.

¿Qué significa “ejecutar el contrato” *ex* art. 1362 del Código Civil de 1984?

(²⁰⁴⁷) La idea de buena fe incluso refiere en el discurso de algunos autores a “solidaridad social” u “honestidad”, *v.* **BIANCA, Cesare Massimo**. *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale... óp. cit.*; p. 208.

(²⁰⁴⁸) **CATTANEO, Giovanni**. *óp. cit.*; p. 617.

En la etapa codificadora peruana, dicha expresión apareció por primera vez en el art. 1287 del Código Echenique, reconociéndose también su opuesto “inejecución”. En ambos casos, la “ejecución” actuaba como sinónimo de “cumplimiento” del contrato; ergo, la obligación (en su acepción de prestación). Así se deduce *p.e.* en la doctrina de la época representada en Ortiz de Zevallos²⁰⁴⁹ y García-Calderón²⁰⁵⁰.

La expresión apareció luego también en diversos dispositivos del Código Civil de 1936 (arts. 27, 1135 -acto-, 1666, entre otros), pero sobre todo en su art. 1328, siendo este consecuencia de la influencia del art. 1134 *Code*, en el cual se sentenciaba que *les conventions “doivent être exécutées de bonne foi”*. Lo cierto es que, entre uno y otro cuerpo normativo no hubo mayor distinción en cuanto a la fórmula *ejecución del contrato = cumplimiento de la obligación (prestación)*; al contrario, esta (al igual que la *inexecution*) se acentó en el ideario de la doctrina peruana representada por León Barandiarán²⁰⁵¹ y Castañeda, siendo este último muy expresivo al afirmar que “la ejecución del contrato importa el cumplimiento de las prestaciones que dicho contrato contiene²⁰⁵²”.

Lo anterior no sorprende si es que se toma en cuenta que, según explicamos, el escenario jurídico peruano se encontraba dominado por la idea de obligación como *iuris vinculum* reducida al ámbito de la prestación debida. Advertida la superación de dicha tendencia en nuestra doctrina más reciente y la potencialidad de nuestro código actual por comprender una noción amplia de relación de obligación como «*sistema móvil*», cabría preguntarse si ejecutar el contrato sigue significando “cumplir la obligación (prestación)”.

Para nosotros, la respuesta es negativa, y ahora resulta claro puesto que el contenido de la relación de obligación (de fuente contractual) no se agota en el deber de prestación, sino que en ella coexisten las diversas posiciones jurídicas antes estudiadas. En buena cuenta, desde nuestra

(2049) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 57.

(2050) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Contrato”... *óp. cit.*; p. 610.

(2051) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano III... *óp. cit.*; pp. 33-34.

(2052) **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.** Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos... *óp. cit.*; p. 51.

perspectiva, la expresión “ejecución del contrato” evoca el plexo de situaciones que conforman el seno del mismo y su particular desarrollo al momento de actuar la relación obligatoria.

En esa lógica, no existe otra alternativa que concluir que la buena fe que rige la ejecución del contrato (divorciado de sus antecedentes legislativos y doctrinarios) no se limita al *cómo* de la “obligación” (prestación), toda vez que el *qué* de ella ya no aparece únicamente como un comportamiento de carácter prestacional. Esto explica además porqué en la actuación de las diversas posiciones jurídicas no reductibles a la categoría del deber (de prestar), las diversas legislaciones impongan (actualmente) como límite de estas a la propia buena fe, como sucede *p.e.* en el caso del receso.

En tal sentido, y en la necesidad por dotar de funcionalidad al contrato (y por consiguiente, viabilizar su ejecución de conformidad con los intereses en juego), la buena fe, según planteamos previamente, precisa adoptar una aptitud creativa de deberes de comportamiento -en ausencia de pacto o norma legal expresa-, bajo riesgo de que en caso no se promueva dicho tentativo, el plano formal de la relación (usualmente limitado a las prestaciones *strictu sensu*) termine por hacer “inejecutable” aquello que voluntariamente las partes se han comprometido realizar. Este es sin duda alguna el caso de los deberes accesorios, cuya fuente radica entonces en la buena fe *ex art.* 1362 del Código Civil de 1984, quedando integrado de este modo al contenido del contrato.

Sin embargo, bajo la premisa que la creación de un deber de comportamiento se deduce de la necesidad de materializar o posibilitar la consecución del interés (positivo) perseguido por las partes, ¿es dable sostener que un aspecto de ejecutar el contrato de buena fe (además de las diversas posiciones anotadas, sobre todo el deber principal y los accesorios) es cautelar y proteger la esfera jurídica ajena ante daños personales y patrimoniales?

Para absolver esta interrogante es fundamental tener en cuenta que la línea de argumento que hemos trazado hasta este momento nos ha permitido sostener que el interés de protección, como presupuesto funcional para la imposición de un «deber de protección», no se emparenta con aquél que presentan los contratantes al momento de celebrar el contrato, el cual por el contrario presenta

una dirección contraria o positiva clásicamente deducible en el beneficio que el comportamiento del deudor reporta al acreedor. Si ello es así, ¿cómo se puede sostener que la buena fe funda tal deber?

Nosotros podemos ensayar una hipótesis. Descartado que la sola expresión *ejecución del contrato ex bona fides* comporte *per se* una posición adicional y distinta a aquellas que el intérprete asigne a la propia relación contractual dentro de un sistema determinado, los autores que como Stoll sostienen dicha afirmación parten por colocar a la buena fe en *aptitud creativa* de deberes de comportamiento. El problema es que dicha técnica encuentra legitimidad cuando el resultado de tal ejercicio se vincula directamente con la construcción de contrato (o de relación de obligación) que el ordenamiento peruano presenta, y que en este caso sigue el sentido positivo tradicional. Cuando existe un divorcio entre la opción del intérprete y la alternativa que ofrece el ordenamiento (como sendero sobre el cual el jurista transita en su divagación dogmática), la explicación (de tal circunstancia) se encuentra (y funda) en el presupuesto ideológico sobre el que cada autor cimenta la buena fe.

Y es que el asunto no yace en las *aptitudes* que presenta la buena fe; estas pueden ser maleables a todo tipo de postura dogmática, de modo que para un autor podrán crear deberes, para otros incidir sobre el programa contractual, o fundar nuevas categorías, etcétera. Pero no solo ello, sino que la dirección y sentido de lo creado, modificado o fundado por la buena fe *ex art. 1632* podría resultar tan variopinta como pudiera imaginarse. Para saber a qué se debe ello, y el uso y abuso que en torno a ella se presenta, es fundamental entender que detrás de esta se encuentra la moralidad como presupuesto teleológico, dentro de un ideal de realización de justicia y convivencia social.

Sabido es que el hecho que la buena fe presente tal presupuesto (con contenido ético) responde a la idea de que la interpretación creativa del Derecho²⁰⁵³ podía paliar los defectos y limitaciones inherentes a la propia actividad legislativa, de modo que el anacronismo temporal del cuerpo normativo civil no suponga un obstáculo mayúsculo a medida que la sociedad iba cambiando. Es por ello que en gran parte del siglo XX, uno de los principales rasgos de aquél fue fundar diversos institutos jurídicos que hoy en el Derecho Continental, incluido Perú, encuentran acogimiento *ex lege*.

(2053) Sobre el punto *v. CORDEIRO, António Menezes. A boa fé nos finais do século XX... óp. cit.; p. 905.*

La potencialidad de esta, sea concebida como cláusula, principio o *standard*, era extrema: que la buena fe sea vinculada a la ambigüedad, imprecisión o indeterminación se justifica desde que ella no deviene en una noción unívoca o de un solo sentido, sino un “concepto sintético que indicaba todos aquellos deberes que la *interpretatio* de los *prudentes* reconduce a la relación típica²⁰⁵⁴” y que se desenvuelven en una sociedad que cambia²⁰⁵⁵. Así pues, si apreciamos los institutos que en ella se fundan, apreciaremos que guardan poca relación más allá del hecho que simbolizan lo correcto (justo, equitativo, moral) para un determinado autor o autores, en menor o mayor medida, como representación de la colectividad.

Las consideraciones precedentes nos permiten ahora advertir que detrás de la tesis que fundamenta los «deberes de protección» en base a la buena fe *ex art.* 1362 no se encuentra un razonamiento jurídico-dogmático, sino un presupuesto ideológico particular; uno que en la lógica de Stoll “exige” atribuir al fenómeno de vinculación intersubjetiva de carácter obligatorio una faceta protectora. En otras palabras, que en tal punto de vista el contrato suponga protección de la esfera jurídica personal y patrimonial no es sino evocación de la arbitrariedad (lógica y natural) de toda posición ideológica fundamental, sobre la cual, ciertamente, no se presenta unanimidad.

Ante tal propuesta, no existe ordenamiento que pueda resistir. Sucedió con la revisión de los contratos por alteración de circunstancias, en donde el denominado “principio” de obligatoriedad de los contratos no supuso obstáculo a la buena fe; con la categoría del *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter* y el clásico principio de relatividad del contrato; con la relación contractual de hecho y el dogma del consenso; o con la *c.i.c* o la *c.p.p.f.* a propósito del contrato y sus límites. En todos ellos hay dos datos comunes: (i) que formaron parte de la experiencia alemana; y (ii) que la buena fe permitió fundamentarlas. La relación *Derecho alemán-Buena fe* queda así evidenciada, siendo la tesis de Stoll una expresión más de aquella.

Que haya ocurrido en Alemania o que la doctrina francesa poco a poco haya venido atribuyendo valor a la *bonne foi*, no supone validar la técnica, pero tampoco descartarla. Nosotros *p.e.*

⁽²⁰⁵⁴⁾ FIORI, Roberto. *óp. cit.*; p. 46.

⁽²⁰⁵⁵⁾ *Ibíd.*

la recibimos, para fines de este trabajo, en lo que concierne a los deberes accesorios, pero ello se explica (en nuestro discurso) bajo la premisa que la buena fe debe, en materia de contratos y obligaciones, coadyuvar a realizar los postulados del ordenamiento peruano, lo que supone reconducir su ámbito y fijar sus límites dentro de la propia idea de contrato (y relación de obligación) que nuestro código actual permite construir (y que se configura en sentido positivo).

Teniendo en cuenta lo anterior, corresponde rechazar la postura que atribuye a la buena fe *ex art. 1362* una *aptitud creativa* de «deberes de protección», puesto que ello (en desmedro de los autores peruanos que así lo afirman, aunque sin mayor justificación) no se concilia ni con nuestra concepción de obligación y contrato, ni con el dato legislativo.

Demás está indicar que, la crítica y rechazo antes formulado no recae en la validez “moral”, “ética”, “solidaria” de una idea de contrato con *faceta protectiva*, ella, pese a ser altamente sugestiva (lo que explica su gran adhesión en el Derecho Continental), no es en estricto un asunto jurídico – dogmático (por tanto su “indefinición jurídica²⁰⁵⁶”), sino político; de ahí que las construcciones de lógica pura no tengan valor (absoluto) dentro de un sistema que depende de “concepciones moralísticas” (*correttezza*, buena fe) y sociales (equidad), las cuales no postulan valoraciones abstractas y concretas, sino singulares y particulares²⁰⁵⁷.

3.6. Particularmente creemos que el recurso a las normas constitucionales como fuente de «deberes de protección» presenta rasgos comunes con la tesis anterior.

En 2013, Morales Hervias presentó un trabajo que visto en perspectiva se constituye como un intento *sui generis* (en sede nacional) por incorporar la protección de la persona y el patrimonio en sede contractual.

Luego de advertir que nuestro código actual recoge en la regulación del contrato de arrendamiento diversas hipótesis en donde se impone un deber de cautela de la integridad personal y

⁽²⁰⁵⁶⁾ CATTANEO, Giovanni. *óp. cit.*; p. 619.

⁽²⁰⁵⁷⁾ TRABUCCHI, Alberto. *óp. cit.*; p. 502.

patrimonial ajena²⁰⁵⁸, nuestro autor afirma que “esta concepción de la obligación como relación jurídica compleja se extiende a la categoría de la obligación sin prestación”.

Siguiendo a Castronovo, distingue Morales Hervias la relación marco de lo que representa la relación de prestación; la primera nacería directamente de la ley (como reflejo de la cualificación del contacto social según el criterio de la buena fe²⁰⁵⁹), la segunda “nace necesariamente en el marco instaurado de esta manera, pero no automáticamente, sino por la elección específica que se traduce en un contenido siempre diferente, porque es función de una precisa voluntad de las partes o de un fin determinado²⁰⁶⁰”. Así pues, “mientras que la relación marco es la relevancia jurídica de la relación instaurada en el plano fáctico, el deber de prestación es el efecto específico querido (por las partes o por la ley), que se inserta en dicha relación²⁰⁶¹”.

En la medida que en la relación marco “el criterio de la buena fe” ocupa un lugar preponderante por permitir la cualificación del *sozialen Kontakt*, nuestro autor se aboca a estudiar la buena fe, enfatizando que en nuestro *medio* aquél se instituye en un contexto normativo diferente al italiano de los arts. 1175 y 1375 *Codice*. De cualquier manera, bajo la idea que en la relación de obligación los sujetos deben comportarse con arreglo a la lealtad, Morales Hervias (en línea con Rodotà) sostendrá que “el «contenido de la lealtad debe ser determinado con un reenvío a un orden de consideración legislativamente determinado, y concretamente individualizado en las normas constitucionales» y por ello su función es ser «límite de la autonomía privada»²⁰⁶²”.

De ahí que:

“el parámetro para definir el contenido de la lealtad considera «en primer lugar, los principios constitucionales en la materia de los derechos y de los deberes de los sujetos privados; en segundo lugar, de los lineamientos generales que el principio de la solidaridad ha asumido en el sistema civilístico (también, debe recordarse, por efecto de los nominados principios constitucionales)». De ahí que el criterio de lealtad se especifica

(2058) **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil... óp. cit.*; p. 61.

(2059) Ídem, p. 63.

(2060) Ibíd.

(2061) Ibíd.

(2062) Ídem, p. 64.

en dos direcciones: «como criterio idóneo para permitir la formación de una norma contractual que haga posible la realización completa de la operación económica perseguida por las partes», y «como criterio que, compatiblemente con el tipo de reglamento de intereses perseguido por las partes, permite la formación de una norma contractual adecuada a las finalidades del orden social perseguidas por el ordenamiento»²⁰⁶³.

En ese sentido, y en concordancia con un sector de la doctrina italiana, concluye que “la ley es la fuente inmediata y mediata de los deberes de protección a través de la cláusula general de la buena fe²⁰⁶⁴”. Al representar en su concepción la buena fe *ex art. 1362* (deber legal²⁰⁶⁵) una cláusula general, Morales Hervias propondrá su reconstrucción a partir de las normas constitucionales²⁰⁶⁶, lo que no supone negar que:

“el deber de buena fe está indudablemente coligado a las obligaciones principales y secundarias de un contrato, pero ello no comporta que este deber no mantenga su autonomía. Nos explicamos mejor. En el caso hipotético de que el deudor incumpla una obligación principal, el acreedor puede optar por ejercer el derecho de resolución, y en su caso, ejercer el derecho de resarcimiento (artículo 1428 del Código Civil) si dicho incumplimiento le ocasionó daños. Pero si el incumplimiento se refiere al deber de buena fe, el acreedor podría ejercer ambos derechos aunque la obligación principal no haya sido incumplida. Incluso si el deudor incumple una obligación principal, el acreedor podría optar por una terminación unilateral o desistimiento utilizando la denominada «resolución» por intimación o por autoridad del acreedor regulada en el artículo 1429 del Código Civil, sin perjuicio de que posteriormente ejerza su derecho de resarcimiento si además el deudor incumplió algún deber emanado de las reglas o deberes de buena fe. De ahí que se puede sostener que es perfectamente posible formular pretensiones de resolución y de resarcimiento que se sustenten en violaciones diferentes, y que no cabe contradicción entre pedir resolución por incumplimiento de una obligación principal y pedir el resarcimiento por incumplimiento de un deber de buena fe²⁰⁶⁷”.

Morales Hervias, apoyará finalmente su posición en la casuística jurisprudencial (*p.e.* comercial o administrativa, con énfasis en la relación de consumo) y la *praxis* comercial²⁰⁶⁸.

Ahora bien, planteada así la posición de este autor, resalta lo siguiente:

⁽²⁰⁶³⁾ Ibíd.

⁽²⁰⁶⁴⁾ Ibíd.

⁽²⁰⁶⁵⁾ Ídem, p. 66.

⁽²⁰⁶⁶⁾ Ídem, p. 65.

⁽²⁰⁶⁷⁾ Ídem, p. 68.

⁽²⁰⁶⁸⁾ Ídem, p. 69-73.

(i) Que desde un plano formal, la fuente de los «deberes de protección» yace en realidad en la buena fe lealtad *ex art.* 1362 del Código Civil.

(ii) Que el presupuesto ideológico sobre el que se asienta el discurso sobre la buena fe y que le dota de contenido yace (no en la moral o la ética sino) en las normas constitucionales que, en buena cuenta, concretizan “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad, los cuales «constituyen el fin supremo de la sociedad y del Estado²⁰⁶⁹⁾”.

(iii) Que “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 constitucional²⁰⁷⁰⁾ (art. 1 de la Constitución).

Descartada una faceta de protección *per se* adscrita a la relación de obligación de fuente contractual, la buena fe solo comportará seguridad en la medida que esta (en *aptitud creativa*) no se subordine *strictu sensu* a la ejecución del contrato (instrumento para calificar el *cómo* de aquél), apareciendo -por el contrario- como un auténtico deber legal capaz de satisfacerse por sí misma. Pero dado que el último escenario supone razonar desde el ángulo de los presupuestos ideológicos de los autores (entre estos, Stoll), la imposibilidad de una crítica (afirmativa o negativa) de orden jurídico-dogmático se instalará.

Así pues, si bien el recurso a los principios constitucionales supone variar el presupuesto ideológico de la buena fe, nada impide extender a la posición de Morales Hervias las críticas antes planteadas a la moral o la ética como sustrato ideal de la buena fe *ex art.* 1362, de ahí que en Italia un sector de la doctrina, en contra de la opinión de Rodotà, juzgue por ello (también) su “insuficiencia” y “vaguedad²⁰⁷¹⁾. En uno y otro caso, la buena fe opera desde un ángulo formal, promoviendo el ingreso al terreno jurídico de las obligaciones y los contratos de un particular presupuesto ideológico (base material); en este caso, el contenido en el art. 1 de nuestra carta fundamental.

⁽²⁰⁶⁹⁾ Ídem, p. 74.

⁽²⁰⁷⁰⁾ Ídem, p. 75.

⁽²⁰⁷¹⁾ CATTANEO, Giovanni. *óp. cit.*; p. 617.

Sin perjuicio de lo anterior, una posición que llene el contenido de la buena fe *ex art. 1362* a partir de las normas constitucionales es susceptible de presentar las siguientes objeciones:

(i) La realización de la norma prevista en el art. 1 de la Constitución no precisa que el contrato presente una faceta protectora, puesto que la regulación nacional, en materia civil, permite tutelar la persona y la dignidad humana en base a mecanismos inhibitorios o resarcitorios no necesariamente de fuente contractual.

(ii) El contrato no se constituye a fin de realizar el “fin supremo” de la sociedad, sino todo lo opuesto, el interés individual (de prestación) de los sujetos que ingresan en una relación de orden económico.

(iii) En la idea de fundar el «deber de protección» en base al art. 1 de la Constitución, no se explica por qué la misma suerte no presentan otras disposiciones constitucionales que en igual tenor podrían contribuir a tal propósito, como el art. 2.1 de la Constitución *p.e.*

(iv) Fundar el «deber de protección» en base al art. 1 de la Constitución descarta su incidencia en el ámbito patrimonial (como defendería Stoll) puesto que ella no ingresa dentro de la expresión “defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad”.

(v) Las normas constitucionales no precisan de la buena fe *ex art. 1362* para ser exigibles a los sujetos de la relación de obligación. En efecto, dicha “obligatoriedad” no se deriva de su condición de parte contractual, al contrario, de su propia calidad de ciudadano peruano destinatario de la Carta Política.

La contractualización de una directriz de carácter constitucional supuso para esta postura advertir una norma civil capaz de recibir el influjo constitucional pretendido; en este caso, el art. 1362 del Código Civil de 1984. Ello ha llevado a que un autor peruano, siguiendo a Benatti, haya dicho que “si se procediera de tal forma se caería en el absurdo de leer una cláusula general a través de otra

cláusula general o concepto indeterminado: estaríamos en presencia, por consiguiente, de una no-fundamentación²⁰⁷²”.

(vi) El recurso a la Constitución, antes que un expediente técnico-jurídico, asoma como un expediente de tinte político-jurídico; ergo, su ámbito, alcance, y sobre todo, dirección, dependerá del autor que la sostenga.

Para graficar ello, basta tomar como ejemplo al autor referido por Morales Hervias, Stefano Rodotà, quien fuera en vida (además de jurista) político de marcada tendencia izquierdista²⁰⁷³, propulsor importante de los derechos humanos, y partidario a integrar las relaciones civiles con los principios constitucionales. De obra indiscutible, este autor demuestra su afiliación política no solo en materia de «deberes de protección» en sede contractual, sino también en una variada temática a través de diversos escritos²⁰⁷⁴.

Esa misma línea han seguido otros autores italianos como Castronovo, quien ha hecho un reclamo al art. 2 de la *Costituzione* italiana a fin de extender los efectos (de protección) del contrato a terceros, pretendiendo derogar el *principio de relatividad* del contrato a partir de oponer un *principio de solidaridad* capaz de fundar la solución contractual para el problema de la responsabilidad por productos²⁰⁷⁵ (en línea con el *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*).

(2072) **MORENO MORE, César.** *Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano...* *óp. cit.*; p. 432. En igual sentido, *v. BIANCA, Cesare Massimo.* *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale...* *óp. cit.*; p. 208, quien indica que “el tentativo doctrinario de dar al precepto de la buena fe el contenido de los principios generales del ordenamiento o de los principios constitucionales, por otro lado, no ha tenido ningún resultado tangible desde que el precepto se mantiene (en esta idea) como una fórmula en blanco, no suficientemente determinada, y por tanto difícilmente utilizable como criterio de conducta y de decisión” (los paréntesis son nuestros).

(2073) Es fundamental expresar que este término no resulta en nuestro discurso un calificativo peyorativo. La validez o no de una política de derecha o izquierda (si es que fuese posible juzgarla) no es un asunto que nos atañe.

(2074) **RODOTÀ, Stefano.** *Note critiche in tema di proprietà...* *óp. cit.*; p. 1252 y ss.; ID. Il problema della responsabilità civile... *óp. cit.*; *passim*; ID. Le fonti di integrazione del contratto... *óp. cit.*; *passim*; ID. *Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile.* En: *Riv. dir. comm.*, I, 1967, p. 83 y ss.; ID. Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni. Terza ed. Bologna: Il Mulino, 2013, *passim* (en donde incluso la propiedad es analizada también en clave constitucional); entre otros.

(2075) **CASTRONOVO, Carlo.** Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 7 (de la separata); y sobre todo, *v. ID.* Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 176 y ss. (más adelante brindaremos mayores alcances sobre la posición de este autor).

(vii) Esta posición presume la existencia de un interés (“constitucional”) de los contratantes en no sufrir daños personales y patrimoniales, sin distinguir tal pretensión de aquél interés genérico que sirve de presupuesto para construir la responsabilidad aquiliana en sede nacional.

Teniendo en cuenta lo señalado, debemos concluir que los «deberes de protección» contractuales formulados por Stoll no encuentran fundamento en la vinculación existente entre el Derecho Civil y el Derecho Constitucional, y la consiguiente colocación de esta última como «presupuesto ideológico» de la buena fe *ex art. 1362*²⁰⁷⁶.

De momento, como puede inferirse, la teoría de los «deberes de protección» no explica satisfactoriamente la existencia de diversas normas en la legislación peruana que reconocen un deber de cuidado de la esfera jurídica ajena.

IV. Si los «deberes de protección» alemán encontraron fundamento a partir de las diversas tesis contractualistas, lo propio sucedió con el *Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. No obstante, veremos ahora que en el fondo de ella yacen los mismos prejuicios de los *Schutzpflichten*.

4.1. Como tratamos en el Cap. I, en los albores de la construcción jurisprudencial de los *VSD*, los tribunales recurrieron a la categoría del contrato a favor de tercero.

Esta postura parte de las siguientes premisas, a saber:

(i) que la construcción legislativa del contrato a favor de tercero no suponga la aceptación previa del beneficiario;

y, dependiendo del momento histórico:

(ii) la existencia de un interés concordante entre el “estipulante” parte del contrato base y el tercero “beneficiario” con el efecto de protección; o,

⁽²⁰⁷⁶⁾ Eso no quita lo sugerente de aquella posición que reclama el tinte constitucional para los derechos de la personalidad, reservando la buena fe (sin tal presupuesto “constitucional”) para las relaciones de obligación de fuente contractual (CORDEIRO, António Menezes. *A boa fé nos finais do século XX... óp. cit.*; p. 910).

(iii) el presupuesto del interés de protección de parte del tercero “beneficiario”, incluso en ocasión de un interés discordante.

Teniendo en cuenta ello, corresponde determinar si el contrato a favor de terceros puede explicar la extensión del efecto de protección.

Si el asunto se redujera a la configuración de la categoría del contrato a favor de terceros, no cabría duda de que nuestro sistema se inspira (indirecta, mas que directamente) en el modelo alemán.

La historia del *Vertrag zugunsten Dritter* en el Perú comienza con el Código Civil de 1936. Según los comentaristas de la época, la característica de ella, en oposición al modelo francés, yacía en que no precisaba la aceptación expresa de parte del beneficiario (en línea con el BGB *ex* parágrafo 328), de modo que el “derecho” ingresaba en la esfera jurídica de este último con el solo pacto entre las partes del contrato base²⁰⁷⁷. No obstante, a pesar de dicha circunstancia, la doctrina que aceptaba la cautela contractual de los bienes personales y patrimoniales no solo no defendió el *VSD* en sede nacional, sino que al comentar las “estipulaciones en favor de terceros”, tampoco reservó para ella dicha función²⁰⁷⁸.

Lo propio sucedió con el resto de la doctrina peruana de esos años²⁰⁷⁹.

La realidad no varió con el devenir del Código Civil de 1984, dado que: (a) nuestra doctrina más atenta²⁰⁸⁰ reclama la lectura del contrato a favor de terceros en clave alemana antes que francesa, de modo tal que el “derecho” resulta adquirido sin necesidad de aceptación del beneficiario; y, (b) en la medida que los autores que defienden los «deberes de protección» en nuestro país no han hecho lo propio con el *VSD*, como ocurre con Fernández Cruz, Zamudio Espinal, Beltrán Pacheco y Morales Hervias.

(2077) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; p. 156. Adicionalmente, *v.* los autores de la época referidos en la nt. 241 y 585 de la presente Tesis, así como los aportes de **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.** Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos... *óp. cit.*; pp. 351-355; y **ROMERO ZAVALA, Luis.** *óp. cit.*; pp. 185-186.

(2078) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/2... *óp. cit.*; pp. 147-157.

(2079) Repárese en la doctrina de la época citada a lo largo de este trabajo.

(2080) **FORNO FLÓREZ, Hugo.** *El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena... óp. cit.*; p. 188 y ss.

La ausencia de una configuración dogmática o jurisprudencial en torno a los *VSD*, supuso que en nuestro *medio* pasen desapercibidos los problemas neurálgicos que se afrontaron a propósito de este en Alemania, entre estos, los intereses llamados concordantes o discordantes. De esta manera, el *VSD* llegó al Perú solo en forma accesoria como consecuencia de un interés de la doctrina por la categoría del *Schutzpflicht*, lo que explica porqué nuestra doctrina no pasó de referirse a este desde un criterio histórico descriptivo sin valor práctico.

Lo cierto es que lo anterior no significa que de haberse presentado un desarrollo afirmativo del *VSD*, este debió construirse sobre la categoría del contrato a favor de terceros *ex art.* 1457. En efecto, si bien la lógica detrás de este esfuerzo argumentativo yace en canalizar de forma subrepticia el efecto de protección del contrato en beneficio de un tercero no parte, la categoría del *Vertrag zugunsten Dritter* se ha construido, conforme lo reconoce el propio Código Civil de 1984, sobre la prestación *strictu sensu*, siendo que el sistema peruano no acepta alargar extensivamente la noción de prestación como lo sugirieran algunos autores alemanes e italianos a fin de reconocer los «deberes de protección» en sede contractual.

En otras palabras, si previamente concluimos que la “prestación” no importa *per se* “protección” (y por tanto no se instituía como fundamento de los *Schutzpflichten*), es lógico sostener que el recurso al contrato en favor de terceros como fuente del *VSD* deviene infructuoso.

Incluso si es que lo dicho no fuese correcto, la tesis del contrato a favor de terceros presentaría un grave inconveniente en el principio de relatividad del contrato *ex art.* 1363 del Código Civil de 1984 (presente también en el Código Echenique bajo el art. 1260 y en el código abrogado *ex art.* 1329), el cual señala que “los contratos sólo producen efectos entre las partes que los otorgan y sus herederos, salvo en cuanto a éstos si se trata de derechos y obligaciones no transmisibles”. Este punto es trascendental, puesto que en otra sede, un importante autor (a propósito del *danno da prodottì*) se vio obligado a releer y superar dicho principio a la luz de la redacción del actual *Codice* y en contraste

con el Código Civil italiano de 1865²⁰⁸¹, en lo que para nosotros resulta una interpretación *sui generis* no extensible al código actual²⁰⁸².

El problema es que incluso aceptando que la erosión de un principio de tal naturaleza no pareciera alejada de la realidad, ello no permitiría superar los propios inconvenientes que presenta la categoría del contrato a favor de tercero y su impracticabilidad para encauzar una tutela contractual en beneficio de terceros.

Dicho esto, no sorprende lo poco afortunado de esta postura en la evolución de la *VSD* en Alemania.

4.2. Descartado el recurso del contrato a favor de terceros, el centro de atención mudo a (i) la *ergänzende Vertragsauslegung* (recurso criticado pero usualmente empleado por la jurisprudencia en tema de *VSD*²⁰⁸³) y (ii) la buena fe, pero dado que ambos institutos han sido analizados previamente en razón de los *Schutzpflichten*, conviene ahora hacer explícito lo que ya podría ser inferido.

(i) Con relación a la primera, además de recalcar que debe ser reconducida al fenómeno de la integración del contrato en nuestro sistema en tanto instrumento de complemento o

⁽²⁰⁸¹⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** Problema e sistema nel danno da prodotti... *óp. cit.*; p. 217.

⁽²⁰⁸²⁾ Para este autor (Ídem, pp. 216-217), entre el art. 1130 del código italiano de 1865 y el art. 1372 (segundo párrafo) del *Codice* se presentan diferencias de orden conceptual. En efecto, el actual dispositivo, en contra de lo regulado en el art. 1130 del código abrogado, descarta que “i contratti non hanno effetto che fra le parti contraenti”, enunciando (además de la *forza di legge* heredada del art. 1123 del código de 1865) únicamente que “il contratto non produce effetto rispetto ai terzi che nei casi previsti dalla legge”, lo que significa (para Castronovo) que en el ordenamiento italiano no rige más, en términos de “principio”, la relatividad de los efectos contractuales. En el antiguo art. 1130, los “casi stabiliti dalla legge” tenían como función limitar la “assolutezza” del principio de relatividad (en clave francesa); descartado este último en el segundo párrafo del art. 1372 *Codice*, la referida fórmula solo enuncia (mas no reconoce como “excepción”) la tipicidad de los casos previstos por la ley, los cuales podrían aumentar (no necesariamente por disposición del legislador, a diferencia del modelo construido sobre “excepciones”) siempre que ello no contravenga el lugar reservado para la autonomía privada. Fueron estas premisas pues la que permitieron a Castronovo sustentar (ahora sin el limitante del principio de relatividad) la extensión de los efectos protectores del contrato *ex art. 2* de la Constitución italiana.

No siendo el lugar para juzgar críticamente el argumento de Castronovo construido para la realidad italiana, si es propicio descartar su aplicación en el Perú, desde que en nuestro *medio* si es posible encontrar identidad entre el art. 1329 del Código Civil de 1936 y el art. 1363 del código actual, en donde la expresión “los contratos sólo producen efecto entre las partes que los otorgan y sus herederos (...)”, se encuentra presente en ambos dispositivos como herencia del art. 1165 *Code*, en el que se lee que “les conventions n'ont d'effet qu'entre les parties contractantes (...)”. En otras palabras, en contra de lo que cree Castronovo para Italia, en nuestro país el principio de relatividad del contrato sí encuentra un claro reconocimiento legal, por más que en la fórmula peruana dicho “principio” no presente un régimen de “excepciones”, como sucede con el *Code* cuando enuncia a la *stipulation pour autrui ex art. 1121 Code*.

⁽²⁰⁸³⁾ **GERNHUBER, Joachim.** *Gläubiger, Schuldner und Dritte...* *óp. cit.*; p. 554.

heterointegración del programa contractual a partir de los criterios de la ley y la buena fe, solo quisiéramos añadir que ella actúa en el plano del contenido de la relación de obligación de fuente contractual mas no sobre un presupuesto de aquella: los sujetos. Es decir, a partir de la integración no es posible extender el número de partes como centro de interés en una relación concreta.

Similares inconvenientes se presentaría de operar la *ergänzende Vertragsauslegung* sobre la categoría del *Vertrag zugunsten Dritter*, puesto que es un dato indiscutible la reducción de esta última a la prestación, pero sobre todo porque la propia interpretación integrativa, según pudimos analizar con detenimiento, no es capaz de crear «deberes de protección».

(ii) A la misma conclusión se llega con la buena fe *ex art. 1362*, desde que el dato legislativo -en lo que nosotros importa- la ciñe a la ejecución del contrato (contenido cuyo alcance afecta únicamente a las partes de la relación) y toda vez que detrás de la noción de buena fe se esconde el presupuesto conceptual que gobierna la perspectiva del intérprete del Derecho, lo que invita a pensar que un juicio de valor (de orden jurídico-dogmático) deviene abiertamente pírrico.

Ahora, bien visto el asunto, lo que mora detrás de la buena fe (esto es, el presupuesto moral, solidario e incluso constitucional) no es ajeno a cada uno de los fundamentos sobre los cuales se intentó estudiar dogmáticamente la *VSD*. De hecho, sea en el contrato a favor de terceros, en la interpretación integradora o en la buena fe, el dato que subyace es revelador: el presupuesto de un interés de protección, ahora no solo de las partes *ex contractu*, sino también del tercero beneficiario con el efecto de protección. Este interés presupuesto motivó que sobre el tercero se susciten diversas voces que -según vimos en el Cap. I- clamaban un estado de necesidad o de dependencia del tercero beneficiario con la parte estipulante del efecto protector, lo que permitía inferir que este último “quería” que su contraparte cautelara la esfera de dicho tercero. Se repetía entonces un fenómeno antes apreciado: la extracción de una voluntad (presupuesta) de proteger, en este caso, de parte de uno de los sujetos de la relación en beneficio de un tercero con quien compartía un “presunto” interés concordante. El interés de protección del “estipulante” y del “tercero” se transformó en el propio presupuesto de la *VSD* en la experiencia alemana.

Sin embargo, la volatilidad de la *VSD* y su rol de recurso antes que de categoría dogmática *strictu sensu*, supuso adaptarla a un supuesto que no conversaba con sus inicios; esto es, la tutela contractual del tercero incluso en casos de interés discordante. Era evidente en este punto que el *Vertrag zugunsten Dritter* devenía insuficiente puesto que más allá de si el “derecho” consistía en una “prestación” o en una “protección”, lo que dicha categoría exigía como requisito *sine qua non* era el interés en favor del tercero. Fue ahí donde el camino de la buena fe se allanó para constituirse como fundamento del *VSD*.

La admisión de los intereses discordantes supuso un momento clave en la historia del *VSD*, toda vez que la extensión del fenómeno alejado de fundamentos dogmáticos jurídicos supuso su destaque del plano de lo (aunque errado) técnico-jurídico al plano del preconcepto o del fundamento *a priori* que hemos evidenciado a raíz de la buena fe.

En consecuencia, las tesis contractualistas que fundamentan el *VSD* deben ser rechazadas, lo que implica descartar también que las tesis que fundan los «deberes de protección» en el contrato (acuerdo/prestación/diligencia/el art. 1 de la Constitución/etc.) puedan ser extendidas al punto de dar acogida al contrato con efecto de protección a terceros en el Perú.

V. La teoría de los «deberes de protección», correctamente ubicada como posible explicación al fenómeno de tutela de los bienes personales y patrimoniales en sede contractual, presenta serios inconvenientes para ser asumida como verdadera, según pudimos ver líneas atrás y conforme sintetizaremos a continuación:

5.1. a) En la experiencia nacional, sea a nivel normativo o doctrinario, es pacífica la idea que la determinación de la obligación es resultado del acuerdo contractual; ergo, “la obligación” de fuente contractual surge como consecuencia del acuerdo entre las partes del contrato. En ese sentido, la extensión de aquello a lo cual se obligan los privados se deduce finalmente en lo querido, a menos que opere alguna de las fuentes de integración del contrato.

La renovada visión de la obligación que surge como consecuencia del giro de la influencia francesa por la alemana, supone dejar de agotar “la obligación” en la prestación debida, pese a que

esa fue la lógica detrás de los autores de nuestro Código Civil de 1984. Este esfuerzo dogmático, aunado a la particular regulación que exhibe el código actual, nos permite ahora afirmar que la relación de obligación gira en torno a su contenido, el cual no se deduce más en el deber principal de prestación, sino en el conjunto de posiciones jurídicas que surge *ex voluntate* o *ex lege*. En ese sentido, más allá que en un caso concreto el acuerdo pueda tener por finalidad definir únicamente el *Leistungspflicht*, no cabe duda que la actuación de la relación de obligación involucrará otras posiciones jurídicas, cuando no un reglamento integrado; en uno u otro caso, el sujeto *in obligatione* estará compelido a cumplirlos.

Lo cierto es que en este fenómeno, que pudiera dar la impresión de legitimar una extensión irrestricta del contenido de la relación de obligación, subyace un presupuesto de orden histórico pero de actual eficacia normativa en sede nacional: la dirección positiva de la construcción jurídico-dogmática del contrato y las obligaciones que se derivan de aquél. De ahí que el Libro VI y el VII (Sección Primera) del Código Civil de 1984 giren en torno a la prestación del deudor y el resultado o ventaja que su cumplimiento puede reportar al acreedor.

En ese contexto, no sorprende que el *System der Leistungsstörungen* peruano, si nos adhiriéramos a la terminología de Stoll, se centre sobre la lesión del crédito *strictu sensu*.

5.2. b) La construcción legislativa de la categoría de la obligación y el contrato se sirvió de diversos presupuestos o fundamentos *a priori*, usualmente estudiados desde la óptica del “principio”, y entre estos destaca el denominado “principio de autonomía privada” *ex art.* 1354 del Código Civil de 1984. Dicho dispositivo, a la vez que significa -en parte- el reconocimiento legal del procedimiento (de determinación del contenido de la obligación) previsto en el literal a) del numeral anterior, dota de relevancia jurídica al interés del “privado” en vincularse en una relación de orden obligatorio, lo que explica porqué el sistema peruano, a nuestro criterio, construyó la relación obligatoria en aras de cautelar ese concreto y determinado interés del *creditoris*. Estamos hablando del *Leistungsinteresse* (interés de prestación).

La particularidad de la construcción de las categorías jurídicas en función a presupuestos es que usualmente la capacidad o potencialidad de estas dependerá de cuán flexible aparece el criterio ideológico sobre el que se fundaron. El Código Civil de 1984 y sus categorías no fueron la excepción y así lo demuestra su Libro VI y VII (Sección Primera), en donde el interés positivo de prestación (y el presupuesto de su tutela como fin del ordenamiento jurídico positivo) significa *-a hurtadillas-* su propio límite: todo el universo de las relaciones de obligación de fuente contractual se deduce en la fórmula *deber de prestación=interés de prestación (Leistungspflicht=Leistungsinteresse)*.

Lo dicho no se ve contradicho por el hecho de advertir que el contenido de la *Schuldverhältnis* ya no se reduce a aquél *in tutto*. Al contrario, es oportuno destacar que es dicho interés el que influye en la delimitación y sentido de las diversas posiciones jurídicas que forman parte del contenido del contrato, al punto que si en todas ellas subyace un nexo funcional que las permite actuar como un «*sistema móvil*» (Cap. I), es porque su actuación persigue (sin duda, y como no podría ser de diferente manera) la realización del interés de prestación del acreedor, cuando no (excepcionalmente) la concreción de un postulado *ex lege* dispuesto por el legislador, conforme veremos más adelante.

5.3. c) En este punto, parece lógico que -en nuestra posición- la construcción legislativa de las obligaciones y el contrato en sede nacional no hayan incorporado al interés de protección reconocido por Stoll durante la primera mitad del siglo XX. Hay dos razones para ello: (i) la primera es la propia condición de dicho “interés”, la cual es fruto de una concepción ideológica y de una abstracción dogmática por su autor. En efecto, a diferencia de Stoll, los legisladores peruanos no defendieron ni se sirvieron de la *Interessenjurisprudenz*, de modo tal que el sistema de la lesión del crédito no se construyó en nuestro país sobre la idea abstracta de “interés” capaz de ser descompuesta, sino sobre un concreto y único interés de prestación que resultaba “natural” a la tradición; y (ii) la segunda es la capacidad del jurista alemán por abstraer dogmáticamente un interés de protección derivado de ciertas hipótesis aisladas y previstas en ciertos contratos típicos. Esta técnica de estudio o forma de hacer ciencia (del Derecho), no se presentó en nuestro *medio*, salvo contadas excepciones, de modo que el legislador de 1984 no contó con un referente doctrinario que incentive una reconfiguración del sistema de obligaciones y contratos peruano.

La conjunción de la ausencia de fundamento ideológico y técnica jurídica significó que el modelo peruano se divorcie de los “avances” experimentados por la dogmática alemana, quedando materializado en el Código Civil de 1984 una solución de continuidad en materia de obligaciones respecto de sus antecedentes normativos, con todas las consideraciones que ello supone.

Sin embargo, lo anterior no es un real problema para nosotros (*medio* peruano), puesto que, además de no existir una exigencia de adecuar nuestro sistema a uno foráneo, la propia teoría de Stoll (a partir de la cual el «deber de protección», en su afán por cautelar el interés de protección, se inserta en el programa contractual adoptando tal naturaleza) presenta todos los reparos a los cuales hemos aludido al momento de estudiar las tesis contractualistas que persiguen sostenerla.

Pero no solo ello, sino que incluso si el asunto solo radicase en estudiar el “interés de protección”, su autonomía se vería contradicha por el hecho que Stoll, para nosotros, no logra escindir dicho interés de aquél que presenta todo ciudadano en no ver afectada su esfera jurídica. Para tal empresa, no alcanza con decir que el sujeto que lesiona la esfera ajena no es en este caso un tercero, sino una de las partes del contrato (inmersa en una relación de obligación), puesto que su construcción dogmática del sistema de perturbación del programa obligatorio se cimentó no solo desde el plano de la *Schuldverhältnis* sino también desde el plano de la relación especial. Que ambos se bifurquen, al punto de parecer confundidos, no supone pasar por alto que en este segundo plano, el presupuesto (es importante resaltarlo) yace en la propia ausencia de la relación de obligación.

El asunto es que incluso si se obviase lo anterior, el propio interés de protección “contractual” presenta inconvenientes. En efecto, el interés de los sujetos en ver protegido su esfera jurídica de las intromisiones dañosas no se define a partir de la existencia de un contrato o no. De hecho, al advertir que prescinde de él, se descubre inmediatamente que el interés de protección *lato sensu* es capaz de aparecer en forma previa (*a priori*) o posterior (*a posteriori*) al contrato, sin que experimente mutación alguna en cuanto a fisonomía, forma y extensión.

Que el interés de protección prescindiera del contrato significa que también prescindiera de un sujeto pasivo. La cautela reclamada por el sujeto activo del interés no surge con la identificación del sujeto a cargo del «deber de protección», sino también en forma previa o posterior.

Comparado entonces el interés de protección con el interés de prestación, caeremos en cuenta que el primero experimenta un carácter *atemporal e indeterminado*, y por el contrario, el segundo un rasgo *temporal* (porque el interés de prestación solo existe en la medida que se desenvuelva la relación de obligación) y *determinado* (porque el interés de prestación yace sobre la conducta debida de parte de un sujeto en específico parte del contrato).

Dicho esto, el interés de protección “contractual” de Stoll, en tanto creación jurídica no encuentra respaldo en nuestro sistema, sea desde el ángulo de la codificación civil como de la dogmática.

5.4. d) Por las consideraciones antes expuestas, los *Schutzpflichten* de Stoll no aparecen como deberes contractuales en el *medio* peruano, agregando que el rechazo de un interés en sentido análogo de orden contractual supone inexorablemente confirmar dicha hipótesis.

Cuando una teoría se construye básicamente a partir de presupuestos de orden ideológico, no debe sorprender que termine colisionando con el propio sistema en el cual se inserta. Sin embargo, el beneficio (si se puede llamar así) de un razonamiento en tal sentido es que sus fundamentos (argumentos) son difíciles de rebatir debido a que en ellos fluye tanto de Derecho como de Política del Derecho, en donde esta última se moldea en un determinado espacio-tiempo.

En el caso de Stoll, el espacio era el alemán de mediados de siglo XX, dentro de un régimen político y social particular, que incluso motivó la desacralización de diversos postulados que se erigieron dentro de otro régimen político y social particular como el francés de siglo XIX (*v.* Cap. I). Es trascendental pues comprender que estudiar la tesis de Stoll significa tomar en cuenta este contexto histórico.

En adición al contexto histórico (*v.* los criterios de nacimiento y desenvolvimiento antes estudiados), los criterios de sistema, según tratamos previamente, cobraron a la par un papel relevante, dado que el preconcepto ideológico que se deducía en cautelar o proteger la esfera jurídica del otro *partner* contractual debía aterrizar en un sistema de normas capaces de favorecerla y reconocerla. Es ahí en donde Stoll realiza el esfuerzo por extraer la máxima de la “protección” a partir de las reglas contenidas en el BGB, de forma tal que su opción (pre-concebida) converse con las disposiciones de dicho cuerpo normativo.

Una operación en idéntico sentido, motivada directamente a partir de la disociación entre *necesidad extrajurídica* y *realidad normativa*, no encuentra correlato ni en la experiencia francesa (análisis inductivo) ni en la peruana, pese a que en estas también se experimentó -a lo largo de la historia- ciertos fenómenos que derivaron en la imposición legal y típica de ciertas “obligaciones de cuidado o seguridad”.

Lo cierto es que si el análisis se reduce y limita a una cuestión estrictamente jurídica y dogmática, no cabe duda que la teoría de Stoll no comulga con el sistema *ex contractu* peruano, lo que nos hace pensar que la fisonomía de los *Schutzpflichten*, no se emparenta con la naturaleza de un deber contractual que forma parte del contenido de la relación de obligación. Es por ello que creemos que la tesis de Stoll, correctamente leída, oculta un discurso retórico-político antes que jurídico, por más que el primero termine siendo presentado bajo el cariz de lo último.

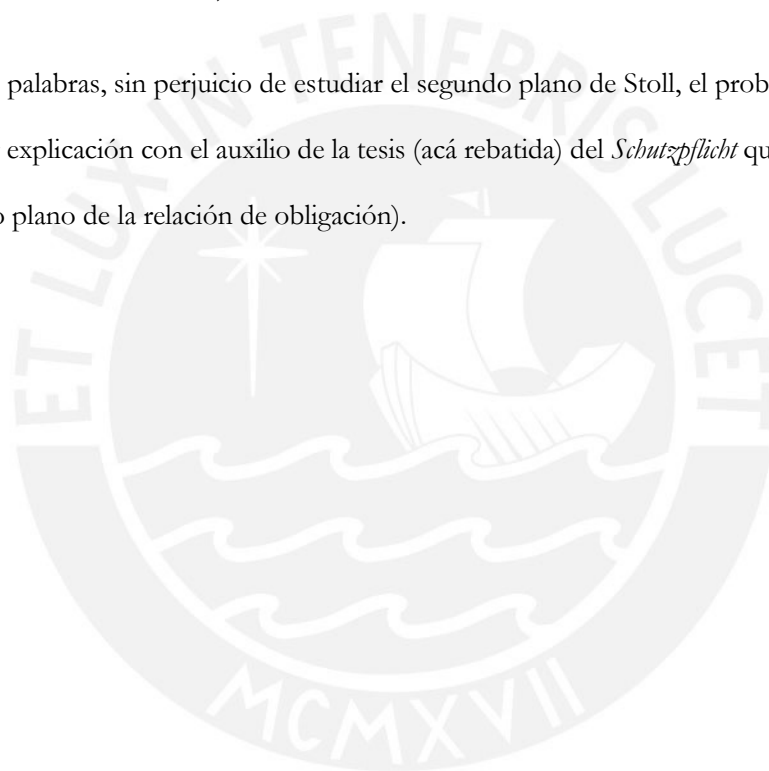
El preconcepto ideológico no es resultado del estudio del ordenamiento jurídico civil; cuando este último se lee a partir del primero, el sistema termina experimentando -en el discurso de los autores- contradicciones que se explican a partir del choque entre lo teórico-dogmático y lo meramente político. Esta situación aconteció en Alemania, pero no solo ahí, sino basta recapitular la experiencia histórica peruana (Cap. II).

5.5. Estudiada usualmente la posición de Stoll desde el plano de la relación de obligación, como lo prueba las tesis contractualistas, podemos concluir que la teoría de los «deberes de

protección» no fundamenta adecuadamente la existencia de deberes de cautela de la esfera jurídica ajena en el plano de la relación de obligación desde una perspectiva teórico-dogmática.

Y en lo que a nosotros importa, al quedar descartada la teoría señalada (quedando pendiente el estudio de la *relación específica*), no se resuelve -de momento- el “real” problema que experimenta el sistema peruano civil: la contradicción que supone la presencia de diversos deberes de contenido negativo o de cautela en favor de los bienes de alguno de los sujetos de la relación de obligación en un *medio* como el peruano que cimentó las obligaciones y el contrato bajo el molde de la tradición (Libro VI y VII – Sección Primera).

En otras palabras, sin perjuicio de estudiar el segundo plano de Stoll, el problema peruano no logra encontrar explicación con el auxilio de la tesis (acá rebatida) del *Schutzpflicht* que se deduce en el primer plano (o plano de la relación de obligación).



Parte III

El problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato y la superación de la tesis de Stoll (también) en el plano de la relación especial.

Sumario: VI. El problema de las tesis negacionistas que descartan los *Schutzpflichten* y lo reconducen al ámbito de la responsabilidad *ex delicto*. – **6.1.** Los caracteres de las denominadas “tesis negacionistas” en sede nacional. – **6.2.** Crítica a las tesis negacionistas: a) la ausencia de fundamentación dogmática a partir de la idea de “necesidad” en el *medio* nacional. – **6.3.** b) la jurisprudencia como “consecuencia” y no como “causa”. – **6.4.** La disociación entre las “tesis negacionistas” y los dos planos de la teoría de Stoll. – **VII.** Los *Schutzpflichten* en el plano de la “relación especial” o de “confianza” en la teoría de Stoll. – **7.1.** La explotación jurídico-dogmática del plano de la relación de confianza en el derecho alemán: entre el contrato, el ilícito y el *Dritte* – **7.1.1.** La responsabilidad por “contacto social”: la tesis de Dölle. – **7.1.2.** La relación de obligación sin deberes primarios de prestación: la concepción de Larenz y su desarrollo en Italia. – **7.1.3.** *Vertrauenshaftung als „dritter Spur“*: Canaris y la doctrina sucesiva. – **7.1.4.** ¿“Auto-vinculación sin contrato”? La tesis de Köndgen – **7.1.5.** La óptica de Picker. – **7.1.6.** *Verkehrspflichten*: la posición de v. Bar. Recepción crítica de una tesis puramente extracontractual. – **7.2.** Lo retórico de la disociación de planos en la tesis de Stoll y la realidad jurídico-normativa: la inadmisibilidad de la fórmula en el Perú. – **VIII.** *Síntesis*: el agravamiento del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato: ni la tesis de Stoll ni el recurso a la *relación especial* o de *confianza* permiten explicar jurídicamente el problema peruano.

VI. El rechazo a la admisibilidad de los «deberes de protección» formulado por nosotros no es nuevo en el *medio* peruano. Sin embargo, cierto es que una conclusión en tal sentido ha traído consigo una circunstancia peculiar que se traduce en desenfocar el rol del estudio de dicha categoría en un sistema foráneo al alemán, como veremos a continuación.

Un lugar trascendental ocupará ahora el segundo plano de Stoll; esto es, la relación especial o de confianza y la lógica detrás de un discurso en tal sentido.

6.1. En Perú, un sector de la doctrina ha rechazado la admisión de la tesis de Stoll, mientras que, desde un ángulo diverso, otro grupo no ha considerado posible admitir en sede nacional otra figura afín (con las consideraciones antes expuestas), la *Obligation de sécurité*. Lo cierto es que en uno y otro caso, la conclusión ha sido derivar ambos institutos a la responsabilidad extracontractual.

Durante la vigencia del Código Civil de 1984, la tesis de los «deberes de protección» alemán fue materia de crítica reciente en nuestro país en la óptica de (i) Velarde Saffer y (ii) Moreno More.

(i) En una tesis de fines de la década anterior²⁰⁸⁴, un autor, bajo la impronta de Fernández Cruz, sostuvo que el «deberes de protección» (“similar²⁰⁸⁵” al deber de seguridad) se clasifican, por una parte, en aquellos que coadyuvan a la realización del deber principal (destinados por ende a tutelar el interés de prestación), y por otra, en aquellos que tienen la específica función de tutelar a la persona y los bienes de la contraparte (cautelan pues el interés de protección autónomo)²⁰⁸⁶.

La disociación que observamos entre la terminología empleada por Fernández Cruz (“deber de protección”) y su connotación, no fue captada por este autor, y ello motivó a que no advierta que el “deber de protección” que coadyuva a la realización del deber principal (en el discurso de Fernández Cruz, más allá de los considerandos que hemos establecido previamente) es el *Nebenpflicht* alemán y no así el *Schutzpflicht* de Stoll. Esta circunstancia, criticable por no exponer fielmente la posición de este último autor, no deja, sin embargo, de ser interesante. La razón de ello radica en que Velarde Saffer asocia el «deber de protección» o deber de seguridad a la realización del interés de prestación para justificar la naturaleza contractual de las hipótesis en donde la lesión de la esfera ajena supone la no consecución del *Leistungsinteresse*, como sucedería según él en el caso del hospedaje (si se pierden las maletas del viajero, *p.e.*) o en el transporte (si a pesar de llegar a su destino no lo hace “sano y salvo”, como dirían los franceses)²⁰⁸⁷.

A nuestro criterio, se puede apreciar que Velarde Saffer, probablemente de forma inconsciente, soslaya el estudio *per se* de la categoría alemana para explicar el problema peruano; esto es, los deberes de cautela reconocidos legalmente²⁰⁸⁸ en diversas relaciones contractuales, como es el caso del hospedaje y el transporte. De cualquier manera, la naturaleza contractual de estos deberes²⁰⁸⁹, en su concepción, se deduce de la “íntima relación²⁰⁹⁰” entre deber de seguridad y consecución del interés

(2084) **VELARDE SAFFER, Luis Miguel.** El problema de la unificación o división de los regímenes de responsabilidad civil, los supuestos limítrofes y la correcta lectura de las normas nacionales sobre la materia. Tesis (Lic.). Lima: PUCP, 2009, *passim*.

(2085) Ídem, f. 153.

(2086) Ídem, f. 153 y 154.

(2087) Ídem, f. 154.

(2088) Así se aprecia en la nota 199 en donde afirma q el art. 1724 es una muestra de una obligación de seguridad (o, - incorrectamente, vale decirlo- un deber accesorio). Más allá del desliz técnico, es importante captar la esencia del discurso del autor. *v. Ibid.*

(2089) Ídem, f. 155.

(2090) Ídem, f. 154.

de prestación; creencia lamentablemente (por ser un error) alimentada por la idea de estar ante un “deber accesorio” (denominación que cumple una función didáctica antes que técnica para diferenciarse de los demás deberes²⁰⁹¹) cuya función es coadyuvar a la realización del deber central²⁰⁹².

Sin perjuicio de lo anterior, por el contrario, se encontrarían los «deberes de protección» *strictu sensu* o *Schutzpflichten* alemán, los cuales tendrían por característica tutelar un interés en no ver sufrido la esfera personal y patrimonial “con ocasión del desarrollo de la relación obligatoria²⁰⁹³”.

A diferencia de los otros “deberes de protección o seguridad”, los «deberes de protección» que se vinculan con el interés de protección “tienen naturaleza extracontractual²⁰⁹⁴”. ¿Qué razones llevan a Velarde Saffer a esa conclusión?

Una razón técnica y otra “práctica”. La primera en la medida que juzga que la responsabilidad *ex contractu* se funda en el incumplimiento de una “obligación” (¿prestación?) o en un deber accesorio (acá se encontraría el «deber de protección» que sí se liga con el interés de prestación)²⁰⁹⁵. En ese escenario, los *Schutzpflichten* no encuentran lugar desde un ángulo dogmático. La segunda toda vez que la “ampliación” de la responsabilidad contractual sin sustento podría ser un ejercicio que podría ser recogido y aplicado sin discreción ni límites (y en forma incorrecta) por los tribunales peruanos, al punto de generalizar esta práctica en forma indiscriminada (apoyada en gran medida en la buena fe²⁰⁹⁶)²⁰⁹⁷.

(ii) En esa línea, Moreno More, luego de estudiar la categoría de Stoll y criticar diversas tesis contractualistas, se decanta por rechazar su adopción en sede nacional y reconducirla al ámbito de la tutela aquiliana, conforme las siguientes premisas:

(²⁰⁹¹) Ídem, f. 155.

(²⁰⁹²) *Ibid.*

(²⁰⁹³) Ídem, f. 155.

(²⁰⁹⁴) Ídem, f. 156.

(²⁰⁹⁵) *Ibid.*

(²⁰⁹⁶) Ídem, ff. 159-160.

(²⁰⁹⁷) Ídem, f. 156.

a) La “necesidad” de “brindar tutela contractual a la persona y los bienes de las partes afectadas por el riesgo inherente constituido por la relación especial instaurada entre ellos²⁰⁹⁸”, y su “resultado lógico²⁰⁹⁹”, la complejidad de la obligación (afirmación inexacta por lo antes dicho), es aparente puesto que la reconducción a un determinado régimen de responsabilidad no se basa en la determinabilidad *a priori* de los sujetos del conflicto, “sino de la función que están llamadas a desarrollar las predicaciones normativas que el ordenamiento vincula a los comportamientos relativos²¹⁰⁰”.

b) Dado que el objetivo de la teoría de Stoll es, a su criterio, preservar la incolumidad de las partes mediante la extensión de la tutela contractual, esta se muestra en conflicto con la función que el ordenamiento determina a la responsabilidad *ex contractu* (función de transferencia patrimonial²¹⁰¹), identificándose más bien con la función conservativa que es natural a la responsabilidad *ex delicto*²¹⁰². De esta manera, se puede decir que el ámbito de distinción entre ambas especies de responsabilidad yace en su función antes que la preexistencia o especificidad del “deber”, presente tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual²¹⁰³.

Lo anterior significa para este autor que “la naturaleza propia de dichos deberes es incuestionable: son deberes aquilianos, respecto a los cuales el contrato (o, más en general, la relación obligatoria) no es más que un *elemento accidental*²¹⁰⁴”. Esto quiere decir que los autores que sostienen las tesis contractualistas, “han inventado una obligación («deber de protección») que, a decir verdad, no es tal. Vale decir, el «deber de protección», cuya violación daría lugar a la responsabilidad contractual, en realidad es un deber aquiliano, cuya violación daría lugar a una responsabilidad de tipo

(2098) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 434.

(2099) *Ibid.*

(2100) *Ídem*, pp. 434-435

(2101) MORENO MORE, César. *Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrahendo y el contacto social...* *óp. cit.*; p. 208.

(2102) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 435

(2103) MORENO MORE, César. *Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrahendo y el contacto social...* *óp. cit.*; p. 209.

(2104) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 435.

extracontractual. Nosotros llegamos a esta conclusión porque las calificaciones deónticas que se pueden predicar de los artículos 1362 y 1969 Cód. Civ. son idénticas (...) ²¹⁰⁵”.

Lo propio sucedió con la obligación de seguridad y la opción de derivarla al régimen de la responsabilidad extracontractual, siendo que dicha posición ya se observaba incluso desde la época de Manzanilla, para quien la tesis de la obligación tácita de seguridad era un expediente difícil de sostener por recurrir a una ficción (*v.* Cap. II), y más tarde Rey de Castro, quien descartó la aplicación de la figura francesa a partir del dato fáctico de su inexistencia a nivel jurisprudencial ²¹⁰⁶; circunstancia esta última que a su criterio se justificaría a partir del influjo de la corriente liberal que se manifestaba en la aplicación del art. 1136 del Código Civil de 1936 ²¹⁰⁷, lo que finalmente derivó en que la lesión de la esfera jurídica ajena se deduzca en un “hecho extracontractual” ²¹⁰⁸.

Luego de promulgado el Código Civil de 1984, otros autores también se decantaron por la solución aquiliana (estudiado el asunto desde la *Obligation de sécurité*); entre estos, (i) De Trazegnies Granda y (ii) Espinoza Espinoza.

(i) Para este autor, la distinción entre las dos especies de responsabilidad no es sencilla, más aún cuando se atestigüen zonas de frontera en donde la alternativa bien podría situarse en una u otra, como sucede con los daños ocurridos en ocasión del contrato de trabajo (se da cuenta de una ejecutoria de 1970 en donde se declaró que, pese a la existencia de una vinculación laboral, los casos no comprendidos por la Ley 1378 se rigen por la responsabilidad extracontractual ²¹⁰⁹), en el ejercicio de la profesión médica (los tribunales divagan ente un régimen y otro, más aún porque la realidad demuestra que el asunto no se limita a la relación médico-paciente, sino que puede intervenir personal auxiliar (equipo de asistencia), en diversidad de formas ²¹¹⁰), por productos defectuosos (relación fabricante-vendedor-víctima ²¹¹¹), en razón del transporte (aunque “en puridad, la obligación del

⁽²¹⁰⁵⁾ MORENO MORE, César. *Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrahendo y el contacto social...* *óp. cit.*; p. 211.

⁽²¹⁰⁶⁾ REY DE CASTRO, Alberto. *óp. cit.*; p. 125.

⁽²¹⁰⁷⁾ *Ibíd.*

⁽²¹⁰⁸⁾ *Ídem*, p. 126.

⁽²¹⁰⁹⁾ DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando. La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 453.

⁽²¹¹⁰⁾ *Ídem*, pp. 453-457.

⁽²¹¹¹⁾ *Ídem*, p. 457.

porteador es a transportar y su responsabilidad contractual se limita a ello; en consecuencia, los daños sufridos por el objeto o la persona transportada son de naturaleza extracontractual²¹¹²”, aunque la experiencia francesa haya seguido un camino diverso²¹¹³), entre otros.

Teniendo presente lo anterior, sea desde el punto de vista de la doctrina y la jurisprudencia, no sorprende pues que, siguiendo a Starck, nuestro autor afirme que “lo que para unos sería responsabilidad contractual es, a los ojos de otros, responsabilidad delictual (extracontractual)²¹¹⁴”. Para explicar esta compleja realidad, De Trazegnies Granda entendió fundamental desentrañar la razón de tan marcada ambivalencia.

En palabras de nuestro autor:

“las razones para que la jurisprudencia y la doctrina hayan considerado estos casos *borderline* como pertenecientes a una u otra región, no han obedecido necesariamente a una especulación conceptual de la situación jurídica involucrada. Más bien, estos casos dudosos han sido bamboleados entre una y otra responsabilidad por motivos prácticos orientados a salvar la equidad de la solución, aun cuando resulte afectado el esquema teórico; la razón pragmática se ha impuesto sobre la razón especulativa²¹¹⁵”.

Por ello, el “viaje” ha acontecido en dos sentidos: de la responsabilidad contractual a la extracontractual y viceversa, siendo paradigmático el caso de la *Obligation de sécurité*.

Al desligar el asunto en cuestión de una razón especulativa, o técnico dogmática-jurídica, De Trazegnies Granda sugiere que “es preciso llevar tan lejos estas tendencias jurisprudenciales y doctrinarias hasta considerar que la responsabilidad contractual técnicamente no va más allá del daño causado por el incumplimiento de las obligaciones estipuladas²¹¹⁶”. Por ende, la responsabilidad extracontractual, “ahí donde se presenta una rendija de daño reparable que no es resultado directo de una promesa, cubre todos los demás casos, incluyendo el caso de que el hecho dañino haya

(²¹¹²) Ídem, p. 458.

(²¹¹³) *Ibid.*

(²¹¹⁴) Ídem, p. 459.

(²¹¹⁵) Ídem, p. 460. La referencia a la *razón especulativa* y la *razón práctica* es extraordinaria en este punto. No habíamos adoptado aún esta terminología para atribuírsela a este autor peruano que perspicazmente lo ha sabido emplear para graficar en términos exactos el complejo problema de la “contractualización”. En adelante, y con el reconocimiento formulado, nos acogeremos a ella.

(²¹¹⁶) Ídem, p. 464.

representado *además* una violación de un contrato²¹¹⁷". De esta manera, se "evita recurrir a esas obligaciones contractuales supuestas o implícitas como la de seguridad, que distorsionan la teoría contractual y que no son necesarias si la responsabilidad extracontractual (como sucede en el Perú) también se beneficia con la inversión de la carga de la prueba²¹¹⁸".

Finalmente, nuestro autor, sin faltarle razón, extrae del fenómeno bajo análisis que "los principios que gobiernan los subsistemas (contractual y extracontractual) parecen no ajustarse bien a las necesidades reales de su esfera de acción: ciertos hechos se muestran rebeldes y, en la medida en que tratamos de domarlos teóricamente, caemos sea en la injusticia o en la falta de coherencia doctrinal²¹¹⁹".

De cualquier manera, entre la responsabilidad *ex contractu* y *ex delicto* pareciera existir una "nación" distinta según De Trazegnies Granda, la nación de los accidentes hacia cuya teoría jurídica se dirigirá luego²¹²⁰.

(ii) Según Espinoza Espinoza, "el crear la obligación general de seguridad es producto de un procedimiento que es, sin duda, muy forzado, pues se presume en las partes la voluntad de contraer una obligación, que la mayoría de las veces ni siquiera pasó por su imaginación²¹²¹".

Así pues, "en verdad, no se entiende por qué se debe tratar de manera diversa el hecho que un consumidor se caiga en un piso encerado si es que ya adquirió un producto o no, si siempre se ha infringido el deber de seguridad, que se encuentra dentro del deber genérico de no dañar: el hecho de haber realizado la compra no lo contractualiza²¹²²".

(2117) *Ibid.*

(2118) *Ibid.*

(2119) *Ídem*, pp. 465-466. El paréntesis es nuestro.

(2120) *Ídem*, p. 466.

(2121) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual.* En: Revista latinoamericana de responsabilidad civil, *núm.* 1, 2011, p. 116.

(2122) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** "Sobre la (pretendida) distinción de la responsabilidad civil contractual (*rectius*: por inexecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana". En: AA.VV. Homenaje a los congresos de derecho civil. Tomo III. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, 2009, p. 1394; *ID.* *Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual...* *óp. cit.*; p. 116; *ID.* *Nota sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante evolución?* ... *óp. cit.*; p. 49.

Esta afiliación del deber de seguridad con el *alterum non laedere* se ve confirmada en la óptica de nuestro autor luego de descartar “un afán por contractualizar supuestos que forman parte de la responsabilidad extracontractual²¹²³”, básicamente, la teoría del contacto social. En efecto, aquello que se vulnera en estas hipótesis (como *p.e.* la responsabilidad precontractual) es el “principio de la buena fe, que surge como un deber entre las partes tratantes, independientemente que haya (o vaya a haber) una relación jurídica obligacional. En el particular caso del denominado “contacto social”, lo que cobra relevancia es el deber genérico de no dañar, que se traduce en un deber (no en una obligación) de seguridad²¹²⁴”.

La posición de Espinoza Espinoza será reafirmada luego cuando observe

“en la teoría del “contacto social” un terco esfuerzo en contractualizar una responsabilidad que, a todas luces es extracontractual: en efecto, si estamos en el escenario de las tratativas o negociaciones del contrato, las reglas a aplicarse a la denominada responsabilidad precontractual, por haberse quebrantado el principio de la buena fe, son las de la responsabilidad aquiliana. Si una persona o consumidor equiparado ingresa a un local abierto al público, existe un deber genérico de protección a cargo del proveedor, cuya infracción genera responsabilidad; pero de naturaleza extracontractual. La teoría del contacto social es fuente de obligaciones; pero de carácter extracontractual²¹²⁵”.

De esta manera, este autor, frente a una creciente tendencia por contractualizar la responsabilidad, se adhiere

“a la corriente que entiende que lo que se ha vulnerado es el “deber de seguridad”, perteneciente al *neminem laedere* que corresponde a cualquiera. Entonces, se estaría en el escenario de una responsabilidad extracontractual. Derivándose a su vez, dos supuestos: (i) si es que aún no se perfeccionó contrato alguno (como el caso del pasante que se resbala en el piso mojado –sin advertencia– en un local comercial), se trata de responsabilidad extracontractual pura y simple; (ii) si se da a propósito de una relación contractual (como una persona que está

(2123) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Sobre la (pretendida) distinción de la responsabilidad civil contractual (*rectius*: por inexecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana”... *óp. cit.*; p. 1397; ID. *Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual...* *óp. cit.*; p. 119.

(2124) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Sobre la (pretendida) distinción de la responsabilidad civil contractual (*rectius*: por inexecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana”... *óp. cit.*; p. 1398; ID. *Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual...* *óp. cit.*; p. 120.

(2125) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social...* *óp. cit.*; p. 151; y antes *ib.* en ID. *Fuentes de las obligaciones. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial.* En: *Diálogo con la jurisprudencia*, núm. 142, 2010, p. 125.

almorzando en un restaurant) y se genera simultáneamente la lesión del deber genérico de no dañar (cuando se cae el techo o una lámpara en dicho restaurante) estamos frente a una zona gris, en cuyo caso (como indicara en otra sede) nuestra jurisprudencia nacional admite el derecho de opción, es decir, la víctima decidirá –al momento de interponer su demanda– si va por la vía contractual o extracontractual²¹²⁶”.

En síntesis, “la idea de ofrecer a la víctima un «paraguas contractual» es, entonces, experiencia hecha, una buena idea falsa: mejor sería volver a dar al delito su competencia natural sobre los casos de «brazos rotos y muertes humanas» y «descontractualizar» la obligación de seguridad si se quiere construir un régimen coherente²¹²⁷”.

Por supuesto, lo anterior no significa que Espinoza Espinoza desconozca que, según detallamos, en ocasiones los deberes de seguridad forman parte del contrato; sin embargo, en dichos casos, nuestro autor cree que estos no representan una “obligación secundaria” sino que forman parte del “objeto principal” del contrato; ergo, la prestación, equiparándose en este punto su postura a una de las corrientes contractualistas previamente criticadas.

Tomando en cuenta el sentido de la argumentación de nuestros autores sobre el asunto de los «deberes de protección» y la *Obligation de sécurité*, podemos advertir que los fundamentos que sustentan sus posiciones yacen en dos aspectos:

a) Los «deberes de protección» y -por qué no- la *Obligation de sécurité* surgieron a partir de *criterios de sistema* (v. Cap. I) no identificables en sede nacional. En otras palabras, este fenómeno, como suceso que responde a una necesidad de conciliar una *necesidad extrajurídica* frente a una *realidad normativa*, no precisa ser importado al Perú desde que su realidad normativa (anclada en el art. 1969 del Código Civil de 1984 de eminente “función conservativa”) es capaz de cubrir la necesidad de brindar tutela a la persona y los bienes de los contratantes que se ven expuestos en ocasión de la relación de obligación. En esta lógica pues, la razón especulativa se debe imponer a la razón pragmática.

(²¹²⁶) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *Nota sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante evolución? ... óp. cit.; p. 49.*

(²¹²⁷) Ídem, p. 50.

b) La experiencia nacional en materia jurisprudencial no ha acogido soluciones en clave alemana o francesa. Antes que un problema, ello debe ser resaltado puesto que, fundado en criterios ficticios, nuestros tribunales podrían experimentar un proceso de contractualización sin límites en base a una categoría expansiva como pareciera ser el *Schutzpflicht* alemán o desde el recurso a la *Obligation de sécurité* francesa.

6.2. a) La tesis que descarta el «deber de protección» y su variante francesa por el hecho de la ausencia de su necesidad en el *medio* peruano se limita a efectuar un análisis comparado de los *criterios de sistema*, mas no se centra en el problema peruano.

En efecto, si se sigue la línea trazada anteriormente, no cabe duda que el modelo alemán no encuentra correlato en el *medio* peruano, sobre todo en lo que respecta al sistema de responsabilidad contractual y extracontractual, no concretándose el primero en la fórmula de la imposibilidad y el segundo en la tipicidad del ilícito.

Ahora bien, si la premisa de la tesis de Stoll se fundara exclusivamente en los *criterios de sistema*, esta, lejos de ser una categoría dogmática, funcionaría como un recurso para remediar un problema de orden legislativo. Sin embargo, parece evidente que la dinámica experimentada en el seno alemán no se reduce a ello (*v.* Cap. I), sino que el surgimiento de los «deberes de protección» se da dentro de un contexto que a nivel global (en Alemania) comenzó a desacralizar una serie de dogmas sobre los que se construyó (sobre todo a raíz del *Code*) la teoría del contrato y las obligaciones, siendo aleccionador el hecho que el descarte del *Schutzpflicht* de Stoll a partir de la denominada “insuficiencia” del sistema de la *responsabilidad ex delicto* sea formulada mayormente en *medios* diversos al germánico, debiéndose dar cuenta en este punto que la doctrina alemana de mediados de siglo XX (contemporánea a Stoll) no siguió tal corriente, la cual finalmente hubiese podido reclamar una “simple” (por decirlo figurativamente) modificación del BGB en materia de tipicidad del ilícito.

Desde nuestro punto de vista, un análisis que se limite a constatar la divergencia de modelos de responsabilidad civil pierde de vista que la única razón capaz de justificar en nuestro *medio* el estudio de la categoría de los *Schutzpflichten* de Stoll es su capacidad para constituirse como la explicación

conceptual para el hecho problemático y contradictorio de identificar deberes de contenido negativo o de protección en la legislación peruana, a pesar del sentido de la regulación general del contrato y las obligaciones en los Libros VI y VII (Sección Primera).

Lo anterior supone que su eventual descarte no trae por consecuencia la eliminación de la referida contradicción en nuestro *medio*, tanto durante la vigencia del código actual como en sus antecedentes legislativos, sino más bien exige al intérprete replantear el asunto y por tanto estudiar una explicación en diferente sentido (ergo, buscar nuevas soluciones que expliquen el hecho problemático).

En otras palabras, ¿qué se obtiene de una postura que concluya la inaplicabilidad de los *Schutzpflichten* a partir de los criterios de sistema? Poco la verdad, puesto que el problema identificado sigue vigente y sin explicación.

La razón de lo anterior, o si se quiere, de la pertinencia de una postura pírrica, yace en el enfoque de la “necesidad” como motivación jurídica para el estudio de los «deberes de protección». En efecto, la “necesidad” alemana (correctamente identificada) no es la misma que la “necesidad” peruana (individualizada por nosotros), y en este aspecto es importante aclarar algo: incluso si hubiese tal identificación, la solución extracontractual propugnada por un sector de la doctrina no parece justificarse de forma suficiente en el hecho de la atipicidad del ilícito y la premisa de una tutela aquiliana como modelo residual, sobre todo si es que se contrasta lo absoluto de la postura con el dato legislativo nacional que reconoce estos deberes de cuidado (en el contrato) en forma esporádica.

De cualquier manera, este último aspecto, el más importante, no es abordado ni confrontado por las tesis negacionistas de los «deberes de protección» (su principal defecto); al contrario, al permanecer obviados y soslayados en su discurso, corresponde a nosotros reservarnos su tratamiento y fundamentación para más adelante.

6.3. b) El rechazo de los «deberes de protección» tampoco se puede fundar en un temor sobre el desarrollo jurisprudencial que podría surgir si se aceptara la teoría de Stoll.

De hecho, una postura en este sentido lo único que exhibe es una infravaloración de la capacidad de los jueces peruanos fundado en un preconceito que por ser tal no resiste capacidad de análisis. A nuestro criterio, la discusión en torno a los «deberes de protección» no agrava el *status quo* nacional en cuanto a la actividad judicial, dominada por la incerteza y divagación respecto de los casos que De Trazegnies Granda llama “grises”; al contrario, una solución afirmativa o negativa debe ser capaz de superar el impase conceptual y delimitar correctamente la práctica de los tribunales peruanos, entre cuyas características justamente se encuentra el apego a la autoridad de la doctrina peruana y extranjera.

Ciertamente, existen sentencias que no hacen mucho favor a una causa en beneficio de los jueces peruanos, como el *obiter dictum* contenido en la CAS. N° 433-2010-Huánuco, en donde con poca claridad y evidente disociación con el caso *sub litis*, se alega “la existencia de una zona intermedia entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, en que ambos tipos de responsabilidades se confunden; es decir, que a consecuencia del incumplimiento de un contrato, surge además la violación del deber genérico de no causar daño a otro²¹²⁸”.

El comentario a la sentencia de parte de León Hilario es concluyente en cuanto al escaso valor de una afirmación de tamaña magnitud frente a un caso de contrato de trabajo cuya naturaleza contractual, según este autor, se encontraba de más poner en entredicho²¹²⁹.

Independientemente de ello, nos parece que los jueces peruanos priorizan las razones especulativas (con sus evidentes limitaciones, claro está) sobre las pragmáticas, lo que explica finalmente el infructuoso desenvolvimiento de un recurso como la *Obligation de sécurité* en manifiesta distinción con la experiencia francesa. La jurisprudencia en nuestro *medio* aparece así como consecuencia o momento ulterior (*a posteriori*) en donde se trasluce las innovaciones de orden dogmático, antes que causa o momento anterior (*a priori*) de cambios (e innovación) a nivel jurídico.

(2128) CAS. N° 433-2010-Huánuco, en *Diálogo Jur.*, núm. 155, 2011, con nota de **LEÓN HILARIO, Leysser**, pp. 77-78 (Fundamento Quinto).

(2129) Ídem, p. 78.

En lo sucesivo veremos que, a contrario, las razones pragmáticas cobrarán un inusitado valor en este tema y en la explicación del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato.

6.4. Para finalizar con las tesis negacionistas, ¿estas inciden sobre el plano de la relación contractual o la *relación especial*?

Bien visto el asunto, y dado los rasgos antes expuestos de las tesis negacionistas, creemos que estas, al formular su discurso, no han tomado en cuenta los dos planos a los que refiere Stoll al formular la teoría de los «deberes de protección». La razón de ello se encuentra en su propia finalidad. En efecto, si el principal argumento yace en controvertir y negar la existencia del *Schutzpflicht* (incluso si el objeto radicó en la *Obligation de sécurité*), entendemos que no resulta material que estos se funden en la *relación contractual* o en la *relación especial*. En uno y otro el «deber de protección» (y en general un deber de cuidado de la esfera ajena de orden contractual) no encuentra cabida y por tanto los daños surgidos en ocasión del contrato o en ocasión de la relación de confianza tendrán naturaleza extracontractual.

Si se soslayara los defectos de las tesis negacionistas, sería posible sustentar que estas no inciden en ninguno de los dos planos por el mero hecho que estos no existen. Resulta oportuno ahora profundizar sobre el plano de la *relación especial* y juzgar críticamente su existencia e independencia del plano de la relación de obligación.

VII. Retomando las ideas expuestas en el Cap. I, la idea de *relación específica* o *relación de confianza* aparece como punto cardinal dentro del esquema planteado por Stoll, puesto que conciliaría la expectativa teleológica con el rigor jurídico de la construcción legislativa en torno a la *obligatio*.

En efecto, en la lógica de Stoll, la potencialidad de daños “en ocasión del contrato” no se reducía a la hipótesis en que estos ocurrieran como consecuencia de la actividad de prestación del deudor, sino que eran capaz de presentarse sin que dicha circunstancia acontezca en su faceta ejecutiva. Ello, aunado a que su realización no quedaba circunscrita al deudor de la “obligación”, siendo posible su comisión por parte del acreedor, exigía abordar el asunto de forma global,

ofreciendo una solución capaz de comprender dos hipótesis de daños: (i) aquellos que surgían en virtud de la ejecución del contrato en su faceta de prestación, en donde el deudor asumía un deber de cuidar la esfera ajena al momento de realizar la conducta de prestación; y (ii) aquellos que surgían en virtud de la institución de una particular *relación específica* o de confianza (no siendo relevante *strictu sensu* el *nomen* acuñado) en tanto consecuencia indirecta del contrato (constitución), en donde las calidades de deudor y acreedor se veían desvanecidas (y por tanto las contradicciones con el modelo de la *Schuldverhältnis* se disipaban), de modo tal que uno y otro *partner* en la relación contractual era capaz en la *relación especial* de causar daños en la esfera ajena, asumiendo de esta forma, en la teoría de Stoll, un autónomo «deber de protección».

Que el segundo plano o *relación específica* o de confianza sea una consecuencia indirecta del contrato o primer plano de la relación de obligación no supone un vínculo de dependencia del primero al segundo, al contrario, la potencialidad de la *relación específica* o de confianza excedía los límites jurídico-dogmáticos de la *Schuldverhältnis* (por ello Stoll decía que “Das Vertrauensverhältnis ist unabhängig von dem Leistungsverhältnis²¹³⁰⁾”), siendo entonces esta última no otra cosa que una ocasión más, entre otras, en donde era posible advertirse la existencia de una relación diversa a la contractual: la *relación específica*. De ahí que años antes incluso de formular su teoría de los *Schutzpflichten*, Stoll haya defendido la existencia de una “relación obligatoria de negociaciones contractuales” (o preparatoria a una relación contractual), que visto en perspectiva, no es otra cosa que una extensión temporal de la *relación específica* no confinada al momento de celebración y finalización del contrato.

No debe sorprender por eso que la posibilidad de fundar los «deberes de protección» a favor de terceros también se haga o se pretendiera hacer en base al reclamo de una relación que trasciende la *Vertragsverhältnis* (reducida a la relación deudor-acreedor).

Lo cierto es que la *relación específica* fue fruto de abstraer hasta sus límites el universo de las relaciones jurídicas privadas, experimentando luego una particular configuración en el sucesivo

(²¹³⁰) **STOLL, Heinrich.** Die Lehre von den Leistungsstörungen... *óp. cit.*; p. 26; lo recuerda *tb.* **CANARIS, Claus-Wilhelm.** Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen... *óp. cit.*; p. 477 (nt. 15).

desarrollo y evolución de la dogmática alemana a propósito de las nuevas fronteras de la responsabilidad.

7.1. Una breve mirada a lo anterior nos colocará en mejor posición para efectuar un juicio de valor sobre ella y la admisión conceptual de los dos planos de Stoll, anticipando que en el discurso jurídico alemán, el plano de la *relación específica* -instaurada a partir de una vinculación especial (*Sonderverbindung*)- divagará entre el contrato y el ilícito a partir de sendas formulaciones conceptuales en torno a la responsabilidad y su zona gris.

7.1.1. Conforme indicamos en el Cap. I, a raíz de la obra de Haupt en la que la doctrina del “contacto social” se estrena con relevancia en el escenario alemán, Dölle, retomando sobre los postulados del citado autor y a fin de absolver y superar las interrogantes (requisitos de formación, modelo de responsabilidad, entre otros) que habían surgido con ocasión de su famosa tesis²¹³¹, publicó en 1943 un trabajo a partir del cual pretendió fundar una responsabilidad por *sozialen Kontakte*²¹³².

Bajo la idea de que en el discurso legal sobre “deberes” tres grupos de ellos se distinguían por su habitualidad y la importancia de su significado (“Schutz-, Fürborge-, Erhaltungspflichten; die Anzeige-, Aufklärungs-, Mitteilungspflicht; und die Pflichten, kraft deren für eine in Anspruch genommene oder empfangene Leistung eine Vergütung erbracht werden muß²¹³³” o deberes de protección, prudencia, mantenimiento; deberes de información y notificación; y obligación de pago por servicio usado o recibido), Dölle estudia el fenómeno en cuestión partiendo de la hipótesis que estos deberes pudiesen ser -en realidad- expresión de un fenómeno más general²¹³⁴.

Para nuestros propósitos, basta centrarnos en la primera clase de deberes (*Erhaltungspflichten*) y su vinculación con la *a.i.c* propuesta por Haupt. Con relación a estos, Dölle advierte que la

(²¹³¹) **KREUZER, Karl.** *Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht.* Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Brsg. als Habilitationsschrift vorgelegt. Freiburg: Albert-Ludwigs-Universität, 1971, f. 113 (versión electrónica).

(²¹³²) *v.* su antes citado trabajo **DÖLLE, Hans.** *Aussergesetzliche Schuldspflichten... óp. cit.*; p. 67 y ss.

(²¹³³) Ídem, p. 67.

(²¹³⁴) *Ibid.*

preservación (cautela del *status quo*) de la esfera jurídica ajena (en tanto “obligación”) no es resultado del propósito del contrato²¹³⁵ como supuesto de interacción intersubjetiva (ni en el inicio de las negociaciones), sino expresión característica del *objektive Kriterium*²¹³⁶ (criterio objetivo) del “contacto social”²¹³⁷, en el cual subyace una *besonderes Vertrauen*²¹³⁸ (confianza especial depositada entre ambos sujetos o al menos uno de ellos respecto de otro²¹³⁹) que supone el cuidado (deber de conservación) de los bienes de cada uno de los *partners* contractuales en aras de alcanzar el fin perseguido con el contacto²¹⁴⁰, siendo especialmente evidente en el caso de contacto “entre particulares” con el fin de negociar un contrato (*Bei Kontakten zum Zweck von Vertragsverhandlungen ist dies besonders evident*)²¹⁴¹.

Puede verse que a diferencia de Haupt, quien emplea la noción de contacto social a fin de observar ahí la constitución de una *Faktischen Vertrag*, Dölle escinde del contacto social la idea misma de contrato, calificándola más bien como fuente de deberes (de protección)²¹⁴².

Ahora bien, la confianza ocupa un lugar trascendental en el planteamiento de Dölle²¹⁴³ por ser esta -según resalta Pouliadis- la base de la responsabilidad (por violación de los *Erhaltungspflichten* y «deberes de protección»²¹⁴⁴) y origen objetivo de la conexión especial (*Sonderverbindung*) y el contacto social establecido²¹⁴⁵, relevando el valor que hasta ese momento se había encargado a las tratativas (desde la óptica de la *c.i.c.*) que incluso motivó a un importante autor a hablar de una “relación de negociación” o preparatoria de un contrato (Stoll). En general pues, como enfatiza Frada, una tesis anclada en el contacto social no era otra cosa que una consecuencia de reconocer las debilidades de fundar un deber de cuidado *ex contractu*²¹⁴⁶. De esta manera, al no ser decisiva en materia de

(2135) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 242 (nt. 500).

(2136) Lo remarca POULIADIS, Athanassios. *óp. cit.*; p. 58.

(2137) DÖLLE, Hans. *Aussergesetzliche Schuldpflichten...* *óp. cit.*; p. 73.

(2138) Ídem, p. 74: énfasis *ib.* en FROST, Marina. *óp. cit.*; p.58.

(2139) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 242 (nt. 500).

(2140) *Ibid.*

(2141) DÖLLE, Hans. *Aussergesetzliche Schuldpflichten...* *óp. cit.*; p. 74.

(2142) Esto ha motivado que un autor aduzca que la responsabilidad por contacto es “hija” de la doctrina de los contratos de hecho. *v.* CANARIS, Claus-Wilhelm. *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco...* *óp. cit.*; p. 6.

(2143) *Ibid.*

(2144) De hecho, como un autor enfatiza, los hallazgos de Dölle van en sentido negativo; esto es, la violación de los «deberes de protección» y conservación en ocasión de las negociaciones del contrato no tiene nada que ver con la responsabilidad por *c.i.c.* (sino con la confianza del contacto social). *v.* POULIADIS, Athanassios. *óp. cit.*; p. 60.

(2145) Ídem; pp. 58-59.

(2146) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 241.

responsabilidad (en este primer grupo de deberes) la entrada en negociaciones contractuales, sino la confianza generada, la *fattispecie* de esta se definiría con la legítima pretensión de un sujeto en no ver afectado sus bienes jurídicos por parte de otro quien para tal efecto debía guardar el cuidado y protección necesario en ocasión del ingreso del otro en su esfera de dominio²¹⁴⁷.

En esta concepción, las tratativas representan una hipótesis más de relación social instaurada “por un fin no desaprobado por el ordenamiento”²¹⁴⁸.

Con todo, lo cierto es el propio Dölle, consciente que una construcción en torno al contacto social podría devenir en un expediente retórico pervertido (admisible sí para casos de personas llamadas a ejecutar deberes en recintos privados -entrega de producto o realización de conciertos- o que penetren la esfera ajena en virtud de la ley incluso en desacuerdo del otro sujeto), tentó limitar su ámbito de aplicación en los casos en que las personas ingresaban al círculo jurídico de otras sin consentimiento o título jurídico (*Rechtstitel*) alguno, y en los supuestos de contactos de naturaleza puramente social como cuando se visita a un amigo; hipótesis en las que sería suficiente la responsabilidad delictual²¹⁴⁹.

Sin duda, la distinción (entre casos comprendidos y no comprendidos) efectuada por Dölle y en general su posición anclada en la *Vertrauen* era pasible de ser objeto de críticas (Picker la refería como *plastischer Ausdruck* o “expresión plástica²¹⁵⁰”), desde el hecho mismo de advertir la poca claridad²¹⁵¹ conceptual respecto de la “confianza” generada en la vida en relación capaz de motivar la responsabilidad por contacto social *ex* parágrafo 278 (*p.e.* el peatón también muestra confianza en que el conductor de automóvil respetará las reglas de tránsito permitiéndole el paso²¹⁵²), como

(2147) **DÖLLE, Hans.** *Aussergesetzliche Schuldpflichten...* *óp. cit.*; p. 74; **LARENZ, Karl.** *Culpa in contrabando, dever de segurança no tráfico e “contato social”...* *óp. cit.*; pp. 349-350.

(2148) **BENATTI, Francesco.** *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»...* *óp. cit.*; p. 1358.

(2149) **LARENZ, Karl.** *Culpa in contrabando, dever de segurança no tráfico e “contato social”...* *óp. cit.*; pp. 350-351; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 242 (nt. 500).

(2150) **PICKER, Eduard.** *óp. cit.*; p. 411; en postura crítica *ib.* **ZACCARIA, Alessio.** “Contatto sociale” e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci”. En: AA.VV. *Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele.* Mantova: Universitas Studiorum, 2017, p. 613.

(2151) Así lo señala **FROST, Marina.** *óp. cit.*; p. 58.

(2152) **LARENZ, Karl.** *Culpa in contrabando, dever de segurança no tráfico e “contato social”...* *óp. cit.*; p. 350.

sostuviera Larenz²¹⁵³, reclamando que el criterio de la “confianza” (en tanto “principio general del comercio humano²¹⁵⁴” y como base del “contacto social objetivo²¹⁵⁵” postulado por Dölle) no es suficiente *per se* sino que precisa de los “otros momentos” a los que refería Ballerstedt²¹⁵⁶ para justificar el paso de una responsabilidad *ex delicto* a una contractual; o lo que es lo mismo, las dificultades de una teoría en este sentido comienzan “a la hora de seleccionar los contactos sociales relevantes²¹⁵⁷”, de ahí que se afirme que:

“en una sociedad que, como la moderna, presenta un elevado grado de interdependencia y complejidad, las formas de contacto son tan diversas y de intensidad tan variada que los criterios basilares de aumento de riesgo y de la especial posibilidad de interferencia no lograrían, sin arbitrariedad, establecer una nítida línea de separación²¹⁵⁸”,

Esto ha permitido inferir que no es el contacto en sí mismo considerado la piedra de toque para individualizar, de entre todas las especies de interacción humana, las relaciones especiales a la que corresponde aquella responsabilidad²¹⁵⁹. Por ende, complican más el asunto las referencias a contacto social “estricto”, “inmediato”²¹⁶⁰ o la idea de un contacto social querido o dirigido (*gewollter und gezielter Kontakt*) propuesto por Eike Schmidt²¹⁶¹ bajo una impronta voluntarista, subrayando la finalidad de las partes en propiciar (una promueve el otro acepta) el contacto de los bienes como característica de este *Sonderkontakt*.

De cualquier forma, es importante subrayar que en la idea del contacto social el contrato es una circunstancia que no se identifica en la relación de confianza (*Vertrauensverhältnis*) capaz de generar

(²¹⁵³) *Ibid.*; en esa misma línea, v. **BENATTI, Francesco**. *Osservazioni in tema di «doveri di protezione»...* *óp. cit.*; pp. 1358-1359.

(²¹⁵⁴) **LARENZ, Karl**. *Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”...* *óp. cit.*; p. 350.

(²¹⁵⁵) **DÖLLE, Hans**. *Aussergesetzliche Schuldpflichten...* *óp. cit.*; p. 75; **PICKER, Eduard**. *óp. cit.*; p. 412.

(²¹⁵⁶) **BALLERSTEDT, Kurt**. *óp. cit.*; p. 508 y ss.; una referencia *tb.* en **LARENZ, Karl**. *Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”...* *óp. cit.*; p. 350.

(²¹⁵⁷) **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 243.

(²¹⁵⁸) *Ibid.*

(²¹⁵⁹) *Ídem*, p. 246.

(²¹⁶⁰) *Ídem*, p. 244.

(²¹⁶¹) Ciertamente, esta tesis también podría enmarcarse dentro de aquellas que fundan los «deberes de protección» en el consenso, v. **SCHMIDT, Eike**. “Nachwort”. *óp. cit.*; pp. 147-148.

los comportamientos *in obligatione* (*Erhaltungspflichten* - *Schutzpflichten*) en la esfera de los sujetos que interactúan en una *relación especial*, o *relación específica*, según sustentaremos luego.

7.1.2. Iniciado el nuevo siglo, una expresión particular se fue incorporando al léxico jurídico nacional, la *obligación sin prestación*²¹⁶².

Su historia es por demás conocida, por lo que basta encuadrarla dentro del espacio-tiempo de la evolución de la doctrina alemana y apreciar su influencia en los modelos jurídicos foráneos.

Sintetizado lo acontecido en la doctrina alemana hasta mediados de siglo XX, esta (representada por Jhreing, Staub, Siber, Heck, Stoll, Hildebrandt, Haupt, Dölle, entre otros tantos) contribuyó -en diversa medida y en distinta forma- a identificar que la relación de obligación deducida en la prestación o *Leistungsverhältnis* no era capaz de representar todos los fenómenos en los que se atestiguaba la existencia de una vinculación no deducida en el clásico comportamiento *in obligatione*; al contrario, bajo la premisa de la obligación como «sistema *móvib*», los «deberes de protección», la tutela contractual del tercero y la *c.i.c.* (entre otras significativas materias), algunos autores se decantaron por contraponer la relación de prestación (aún en la lógica de la relación compleja) a una relación de protección (*Schutzverhältnis*), en donde esta última sería capaz de adquirir autonomía conceptual o bien en función a la *bona fides ex* § 242 BGB (hipotética fuente de los *Schutzpflichten*), o bien a partir de la categoría del contacto social anclado en el criterio objetivo de la confianza, capaz de conformar una auténtica *Vertrauensverhältnis*.

Pero no solo ello, sino que la necesidad por dotar de ductilidad a la relación de protección que se escindía de la prestación debida significó reconocer en ella su capacidad por exceder los límites de tiempo (plazo) y sujetos (partes) del contrato.

(²¹⁶²) **LEÓN HILARIO, Leysser.** *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...* *óp. cit.*; p. 150; ID. “El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente” *óp. cit.*; p. 817; **MORALES HERVIAS, Rómulo.** *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil...* *óp. cit.*; p. 62.

El escenario descrito, más allá de encontrar su explicación en diversas circunstancias que experimentó la doctrina germánica con relación a los *criterios de nacimiento, expansión y sistema, p.e.* en materia de «deberes de protección», supuso en el intérprete la necesidad por ordenar y dotar de funcionalidad a todo este entramado difuso a partir de un discurso técnico-jurídico capaz de explicar coherentemente la racionalidad de la doctrina y su conciliación con el sistema legal. Sin duda, este fue el propósito de Larenz²¹⁶³ cuando formuló la existencia de una relación de obligación sin deber primario de prestación (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*).

Ahora bien, con la expresión *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*, Larenz buscó subrayar cómo en la relación de obligación, al lado de los deberes de prestación (*Leistungspflichten*), se colocan *pleno iure* también deberes de comportamiento (*Verhaltenspflichten*) con distinta finalidad, en donde visto el asunto desde el ángulo de estos últimos, la ausencia de los deberes primarios en la etapa *in contrahendo*²¹⁶⁴ suponía la conformación de una relación de obligación *ex lege*, la cual -desligada del “simple” contacto social argumentado por Dölle²¹⁶⁵ (que comprendía el tráfico social-privado, de visita cordial o gentil, así como el leve contacto en el tráfico bajo la creencia de que el otro se comportará correctamente²¹⁶⁶)- se fundaría en el contacto negocial²¹⁶⁷ (*geschäftliche Kontakt*); contacto relativo al comercio jurídico que implicaba como mínimo la posibilidad de culminar en la celebración de un contrato²¹⁶⁸.

El caso en el que pensaba Larenz era aquél en donde se encuentran un probable cliente y el propietario de un local comercial. Ya sea que este potencial cliente ingrese al local decidido a efectuar la compra o por el contrario solo para informarse sobre algún producto en específico, lo cierto es que el propietario espera ello, cuenta con esta circunstancia y de hecho procura su ocurrencia, toda vez que en su negocio es favorable que más personas ingresen y se genere una vinculación que no se

(²¹⁶³) **LARENZ, Karl.** Lehrbuch des Schuldrechts I... *óp. cit.*; p. 104 y ss.; lo confirma **CANARIS, Claus-Wilhelm.** Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen... *óp. cit.*; p. 477.

(²¹⁶⁴) **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; p. 168; ID. Ritorno all’obbligazione senza prestazione... *óp. cit.*; p. 680.

(²¹⁶⁵) **LARENZ, Karl.** *Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”*... *óp. cit.*; p. 351.

(²¹⁶⁶) *Ibid.*

(²¹⁶⁷) *Ídem*, p. 352; y sobre el punto, *v.* **SANTORO, Antonino.** La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali. Milano: Giuffrè, p. 2012, p. 36 (nt. 9); **ZACCARIA, Alessio.** *óp. cit.*; pp. 613-614.

(²¹⁶⁸) **LARENZ, Karl.** *Culpa in contrahendo, dever de segurança no tráfico e “contato social”*... *óp. cit.*; p. 351

origina al momento de la compra. Por el contrario, el “contacto negocial” no ocurría en caso una persona ingresaba en el local comercial para observar a una persona famosa durante sus compras o para protegerse de la lluvia (esto era difícil de determinar con la sola la idea de “contacto social”). En estos últimos casos sería suficiente los “deberes de seguridad en el tráfico” y con ello la responsabilidad delictual *ex* parágrafo 831 BGB, mientras que en los primeros se alcanzaría la responsabilidad *ex contractu* en función al § 278 BGB (presunción de condición de probable cliente para quien ingresa al local y descargo de inexistencia de contacto social a cargo de propietario de local)²¹⁶⁹.

Las ideas de Larenz encontraron particular recepción en la doctrina italiana, sobre todo en la obra de Castronovo.

En efecto, tomando como referencia sus estudios de 1974 (acerca de la *Products Liability*²¹⁷⁰), 1976 (sobre el *VSD*²¹⁷¹), 1989 (las fronteras de la responsabilidad civil²¹⁷²) y 1991 (a propósito de los *Schutzpflichten*²¹⁷³), este autor publicó en 1993 un trabajo acerca de la *Intermediazione mobiliare* en el cual, además de delinear una teoría sobre la relación obligatoria sin deber primario de prestación (*rapporto obbligatorio senza obbligo primario di prestazione*), sostuvo que la relación de intermediación mobiliaria debía ser adscribible a dicha “categoría”²¹⁷⁴, la cual desde el plano histórico -según este autor- describe la relación que sin deducirse en una obligación de prestación motiva una responsabilidad contractual aún en ausencia de un “incumplimiento”, no tanto por su identificación con su fuente tradicional (el contrato) sino por su diversidad con la responsabilidad *ex delicto*²¹⁷⁵.

⁽²¹⁶⁹⁾ Ídem, pp. 351-352.

⁽²¹⁷⁰⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** «*Products liability*» e «*legal realism*». *Prassi giurisprudenziale e teoria giuridica*. En: *Jus*, XXI, 1974, p. 429 y ss.

⁽²¹⁷¹⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** *Obblighi di protezione e tutela del terzo... óp. cit.*; p. 123 y ss.

⁽²¹⁷²⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** “Le frontiere nobili della responsabilità civile”. En: *Riv. crit. dir. priv., núm.* 1989, p. 539 y ss. (*ib. en ID.* La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi: tra crisi dogmatica e riforme legislative. Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989. Padova: CEDAM, p. 621 y ss.).

⁽²¹⁷³⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** Voce: Obblighi di protezione... *óp. cit.*; p. 1 y ss. (de la separata).

⁽²¹⁷⁴⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*. En: *Banca borsa tit. cred.*, 1993, p. 319.

⁽²¹⁷⁵⁾ Ídem, p. 320.

Ahora bien, superando el esquema clásico que ceñía la *Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht* a la *c.i.c.* (o relación de tratativa), Castronovo plantea que “el deber de buena fe no se limita ahora a ser buena fe en las tratativas, sino que se extiende para proteger la esfera jurídica de cualquiera de las partes contra los comportamientos de la otra que puedan violarla en la actuación de la relación obligatoria. Esto significa que la buena fe preside también a las relaciones obligatorias por así decir las completas, caracterizadas, en el sentido tradicional, por un núcleo central constituido por el deber de prestación²¹⁷⁶”.

Confiesa este autor que la fase más reciente de la evolución en la materia permite advertir otras relaciones de tal género en donde lo que existe jurídicamente entre las partes es una serie de deberes que la buena fe impone cuando los sujetos ingresan en dicha relación, la cual justamente debido a la activación de los deberes de buena fe, adquiere relevancia jurídica aun cuando no subsista un deber de prestación y (por tanto) una relación obligatoria en sentido tradicional, romanista, del término²¹⁷⁷.

Para Castronovo, una relación de tal naturaleza es la que se presenta entre el intermediario y el cliente, en donde el propósito es la celebración del “contrato escrito” impuesto por la ley; esta será una relación obligatoria sin deber primario de prestación hasta el momento en que una relación concreta en el que el intermediario asuma un deber de prestación sobre existencia, ocasión en la que el deber de prestación se enmarcará en la relación ya existente, motivo por el que se conformará una “obligación” en el sentido tradicional²¹⁷⁸.

En cualquier caso, la violación de estos deberes traerá como consecuencia una responsabilidad de orden contractual²¹⁷⁹; deberes que serán de prestación cuando no de protección (*ex lege* de intermediación), dependiendo las circunstancias²¹⁸⁰.

⁽²¹⁷⁶⁾ Ibid.

⁽²¹⁷⁷⁾ Ídem, p. 321.

⁽²¹⁷⁸⁾ Ibid.

⁽²¹⁷⁹⁾ Ibid. 321.

⁽²¹⁸⁰⁾ Ídem, p. 326.

Más tarde, en 1995²¹⁸¹, Castronovo presentará una posición orgánica sobre la “obligación sin prestación” *ai confini tra contratto e torto*, la que (en la lógica de su ensayo antes comentado) partirá por entender que esta se “revela funcional a la idea de verificar si otras relaciones (diversas) a aquella precontractual exhiben las mismas características²¹⁸²” y por ello deban ser regulados en idéntico sentido²¹⁸³, sobre todo dada la constatación del empleo del modelo de responsabilidad subyacente a la *c.i.c.* para hipótesis no precontractuales²¹⁸⁴.

Esta situación parecía ser advertida por quienes como Ballerstedt (y en esa línea Mengoni) veían en la *c.i.c.* solo una especie de la responsabilidad por violación de la confianza, por lo que Castronovo buscará resolver si otras situaciones de confianza (relevante) se presentaban al punto de dar vida a deberes con un contenido diverso a la relación acreedor-deudor decidida por la presencia de un deber de prestación²¹⁸⁵. Con ello se distanciará de lo que en su concepto ocurría en Alemania y que en su momento fue crítica de Dölle: el recurso (doctrinario y jurisprudencial) a la *c.i.c.* en cada hipótesis de confianza con resultado dañoso, no obstante encontrarse frente a relaciones que no se desenvolvían en aras de concluir un contrato²¹⁸⁶; así como las pretensiones tendentes a “desnaturalizar” la responsabilidad *ex lege Aquilia*²¹⁸⁷.

En esa línea, Castronovo reconoce los problemas dogmáticos de calificar como precontractual una responsabilidad originada por un contacto social no dirigido a la estipulación del contrato, como sucedía en los daños por productos y por información no suministrada²¹⁸⁸.

Lo propio sucedía en materia de responsabilidad por prospecto, en donde si bien la naturaleza de la responsabilidad del autor del prospecto parece razonablemente precontractual, una extensión de ello para el caso de los intermediarios, aunque a simple vista correcta, presenta problemas desde el hecho que afirmar la existencia de una relación *in contrahendo* supone necesariamente la posibilidad

(²¹⁸¹) **CASTRONOVO, Carlo**. “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.; passim*.

(²¹⁸²) Ídem, p. 169.

(²¹⁸³) Ídem, p. 169.

(²¹⁸⁴) Ídem, p. 170.

(²¹⁸⁵) *Ibíd.*

(²¹⁸⁶) Ídem, p. 171 y nt. 46.

(²¹⁸⁷) *Ibíd.*

(²¹⁸⁸) Ídem, pp. 171-172.

de que un contrato se llegue a formar, no obstante que, como es sabido, un eventual contrato será suscrito (únicamente) entre la sociedad emitente y quien decida invertir²¹⁸⁹. Diversas hipótesis, unas con mayor claridad que otras, permitirán a Castronovo reafirmar la *inadeguatezza* de la *c.i.c.*, de modo que “hablar entonces de responsabilidad precontractual significa utilizar una categoría jurídica de la cual no se detecta los presupuestos (...)”²¹⁹⁰

En el caso de la responsabilidad del médico, al no ser este considerado como deudor respecto del paciente (acreedor), la doctrina mayormente se inclinaba según Castronovo por derivarla a la responsabilidad *ex delicto*²¹⁹¹. Sin embargo, la solución a los problemas de esta materia se encontraba atendiendo la diversidad de las relaciones que se conformaban entre el ente sanitario, el médico y el paciente. En un primer caso se podría hablar de *responsabilità per opera professionale* con respecto a la estructura sanitaria o al ente público que responde por el médico, toda vez que este último no puede responder del incumplimiento de una obligación que no ha asumido²¹⁹². En un segundo caso, la inexistencia de un deber de prestación en cabeza del médico no neutraliza ni cancela su “profesionalidad” que califica *ab origine* su *opera*; de hecho esta se traduce en deberes de conservación de la esfera jurídica de quienes confían en tal “profesionalidad”, no obstante que la misma sea consecuencia o se explique en función de una “prestación” en favor de otros (el “ente” o la “struttura ospedaliera”)²¹⁹³. En otras palabras, los terceros exponen sus esferas jurídicas al médico por su condición de tal (confianza), pese a que estrictamente ellos ejecuten su actividad a raíz de un contrato con la entidad sanitaria privada o pública.

En este último supuesto, la violación del “obblighi di conservazione della sfera giuridica altrui” se adscribe a la responsabilidad *ex contractu*²¹⁹⁴, la cual se caracteriza por la violación de un deber a diferencia de la tutela aquiliana que surge en ocasión de la lesión de un situación subjetiva ajena²¹⁹⁵. Castronovo confiesa que incluso si se hablase de «deberes de protección» (*Schutzpflichten*) o de

(²¹⁸⁹) Ídem, p. 175.

(²¹⁹⁰) Ídem, p. 178.

(²¹⁹¹) Ídem, p. 193.

(²¹⁹²) Ídem, pp. 194-195.

(²¹⁹³) Ídem, p. 195.

(²¹⁹⁴) Ídem, p. 197.

(²¹⁹⁵) Ídem, p. 187.

“deberes de seguridad inherentes a la conducta²¹⁹⁶” -o “deberes del tráfico” (*Verkehrspflichten*), cuyo tratamiento reservamos para más adelante-, el resultado no cambiaría porque estos representan verdaderos y propios deberes en cuanto deberes de conducta específicos en relación a un sujeto determinado²¹⁹⁷. De esta manera, en la responsabilidad del médico, rebatida también la tesis de la *VSD* (por no tener el médico un «deber de protección» en favor del hospital y no ser posible extender la protección a terceros pacientes cuando el deudor no se encuentra gravado con el *Schutzpflicht*²¹⁹⁸; sin embargo, cierto es que este razonamiento pueda generar controversia²¹⁹⁹), se atestigua “una responsabilidad contractual naciente de una obligación sin prestación²²⁰⁰”.

Una situación similar se presenta en materia de *prestatore di servizi*²²⁰¹, en donde aunque el art. 1 de la propuesta de directiva CEE parece limitarse a prever una simple responsabilidad aquiliana por culpa, la concretización de esta última en los términos de la violación de un deber de seguridad (integrada por la culpa en una faceta adicional a mero criterio de imputación) da vida a una responsabilidad contractual²²⁰²; lo propio acontece en otros casos analizados por el autor, como en la responsabilidad por informaciones falsas o inexactas²²⁰³ que se configura como *responsabilità di stato* en tanto responsabilidad *ex contractu* por «deber de protección» (basada en el *status* profesional que genera confianza en el receptor de la información)²²⁰⁴, y en donde ciertamente la incerteza reina al colocarse entre el contrato y el ilícito al punto que un importante autor como Busnelli reconduce la hipótesis al criterio de la injusticia del daño y la responsabilidad delictual *ex art. 2043* (ya no limitada al derecho subjetivo absoluto)²²⁰⁵.

(²¹⁹⁶) Ídem, p. 197.

(²¹⁹⁷) *Ibid.*

(²¹⁹⁸) Ídem, pp. 197-199

(²¹⁹⁹) El propio Castronovo así lo reconoce (Ídem, p. 199); no obstante, afirma también que recurrir a la *VSD* parece un expediente forzado que se debe evitar si existe una vía directa para tutelar la hipótesis en cuestión (Ídem, pp. 200-201 y ss.).

(²²⁰⁰) Ídem, p. 197.

(²²⁰¹) **CASTRONOVO, Carlo.** *La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria.* En: *Foro it.*, vol. 117, 1994, p. 273 y ss.

(²²⁰²) **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; pp. 210-213.

(²²⁰³) Ídem, p. 221 y ss.

(²²⁰⁴) Ídem, pp. 224-225.

(²²⁰⁵) **BUSNELLI, Francesco Donato.** *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte...* *óp. cit.*; p. 559.

Finalmente, la experiencia en materia de *culpa in contrabendo*, tradicionalmente considerada como supuesto de responsabilidad extracontractual (que parte de la incompreensión del origen histórico de la *c.i.c.*²²⁰⁶), confirma la naturaleza contractual de la *obbligazione senza prestazione*²²⁰⁷ (porque de lo contrario no se explicaría la regulación de los arts. 1337 y 1338, desde que ya se contaba con el art. 2043 *Codice*²²⁰⁸), lo que demuestra que cada vez que se crea una confianza *in senso proprio* nace un preciso deber de comportamiento²²⁰⁹. De esta manera, los daños meramente patrimoniales también encontrarían solución a partir de la responsabilidad contractual²²¹⁰.

Visto en perspectiva el trabajo de Castronovo, este autor parte por extraer la terminología adoptada por Larenz para describir la relación *in contrabendo* (*Schuldverhältnis ohne primäre Leistungspflicht*) a fin de diversificar su empleo en toda relación en donde no aparezca el *Leistungspflicht*, sin que ello signifique reconducir todas estas a la *c.i.c.*, como acusa suceder en la experiencia germánica. Así pues, si Larenz reserva la relación obligatoria sin deberes primarios de prestación a una materia en específico (la *c.i.c.*), Castronovo teoriza sobre ella (la “amplía” respecto de la *c.i.c.*²²¹¹) con la lógica consecuencia de generalizar su ámbito de incidencia, al punto que representará una fase madura de *riteorizzazione* de la relación de obligación²²¹².

A fin de conseguir ello, Castronovo advierte dentro del ordenamiento italiano la presencia de obligaciones que no se deducen en un deber de prestación pero que comparten con aquél su especificidad y determinación, siempre en relación con un sujeto concreto y lejos de *aquél que pasa por ahí*. Estas “obligaciones” o relaciones de obligación son calificadas por este autor como “obligaciones sin prestación” u “obligaciones de protección” (cuyo prototipo sería la *c.i.c.*²²¹³) en donde el contenido del deber se formula en clave negativa o de conservación (protección-seguridad) de la esfera jurídica

⁽²²⁰⁶⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; p. 231.

⁽²²⁰⁷⁾ Ídem, p. 230 y ss.

⁽²²⁰⁸⁾ Indicando que dichos artículos permiten advertir una tendencia del legislador por reconocer contractuales estas hipótesis de *c.i.c.*, **CASTRONOVO, Carlo.** *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso...* *óp. cit.*; p. 340; ya antes ID. **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; p. 232.

⁽²²⁰⁹⁾ *Ibid.*

⁽²²¹⁰⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** *Ritorno all’obbligazione senza prestazione...* *óp. cit.*; p. 682.

⁽²²¹¹⁾ Ídem, p. 717.

⁽²²¹²⁾ Ídem, p. 717.

⁽²²¹³⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso...* *óp. cit.*; p. 340.

ajena, surgiendo (ya no del contrato²²¹⁴ sino) como consecuencia del criterio de la confianza generada por un sujeto a otro. La violación de tales “deberes” en la obligación sin prestación trae como consecuencia el surgimiento de una responsabilidad contractual, entendiendo a esta como la responsabilidad por violación del deber en oposición a la responsabilidad por lesión de derechos (subjetivos) de la tutela aquiliana, bajo la lógica de tutelar los daños a la confianza (o la *lesione dell'affidamento incolpevole di un destinatario ragionevolmente prevedibile*) en tanto política del Derecho²²¹⁵.

Recordando la línea evolutiva aquí expuesta, Castronovo finaliza su estudio indicando que los orígenes de una responsabilidad contractual sin contrato debe ubicarse en Jhering, de quien se desprende la existencia de una relación de protección, luego delineada por Stoll aunque siempre accesoria a un deber de prestación, lo que permitió que más tarde Dölle coloque el asunto fuera del ámbito precontractual en la idea de una *sozialer Kontakt* anclado en la confianza. No fue hasta Larenz que este último criterio, dentro de la idea de una relación obligatoria sin deberes primarios de prestación, iría a colocarse en el centro de las relaciones intersubjetivas. En este esquema, a Castronovo le correspondería delinear los trazos subyacentes de una categoría que lejos de reductible exclusivamente a la *c.i.c.* se confirmaba autónoma “no reconducible al incumplimiento de la obligación como prestación ni tampoco a la obligación derivada del contrato, pero igualmente distante de la responsabilidad del *passante*²²¹⁶”.

Años después, incluso luego de una controvertida casación²²¹⁷ y de “retornar” a la obligación sin prestación²²¹⁸, la “dimensión relacional²²¹⁹” (*dimensione relazionale*) identificada en la responsabilidad

(2214) **CASTRONOVO, Carlo.** *Vaga culpa in contrahendo invalidità reponsabilità e la ricerca della chance perduta.* En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1, 2010, p. 2.

(2215) **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; 221; ID. *Ritorno all’obbligazione senza prestazione...* *óp. cit.*; p. 681.

(2216) **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; p. 240.

(2217) Cass. 22 de enero de 1999 núm. 589 en *Il Corriere giuridico*, núm. 4, 1999 con nota de **DI MAJO, Adolfo.** *L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*, p. 450; **LANOTTE, Angela.** *L’obbligazione del medico dipendente è un’obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?* En: *Foro it.*, vol. 122, 1999, p. 3338 y ss.; **DI CIOMMO, Francesco.** *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero.* En: *Foro it.*, vol. 122, 1999, p. 3333 y ss.; **CARBONE, Vincenzo.** *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto.* En: *Danno e resp.*, núm. 3, 1999, p. 294 y ss.; y regresando sobre el asunto, v. **PARADISO, Massimo.** *La responsabilità medica: dal torto al contratto.* En: *Riv. dir. civ.*, I, 2001, p. 325 y ss., entre otros.

(2218) **CASTRONOVO, Carlo.** *Ritorno all’obbligazione senza prestazione...* *óp. cit.*; p. 679 y ss.

(2219) **CASTRONOVO, Carlo.** “L’obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto”... *óp. cit.*; p. 235.

ex contractu en el ensayo de 1995, vendría encontrar confirmación en un trabajo de 2011, en el que Castronovo (en clave crítica a Di Majo por la denominada “prestación sin obligación”) defenderá que la “relacionabilidad” (*relazionalità*), sea en la “obligación con prestación” como en aquella “sin prestación”, se revela como el aspecto constante, y en donde por tanto la prestación se anota solo como una posible variable²²²⁰. Es decir:

“la relación obligatoria se constituye *ex lege* como consecuencia del contacto social cualificado, como conjunto de deberes funcionales a su propósito que es la actuación de la relación misma como cumplimiento del deber de prestación. Este último nace cuando se presenta un acto de autonomía que lo genera, pero no necesariamente, dado que tal acto puede no llegar a presentarse como en el caso de las tratativas precontractuales que no llegan a buen término, o desaparecer por la invalidez o la caducidad del acto de autonomía que lo genera, o por la extinción del deber de prestación por una de las causas previstas en la ley. Hablo de deberes funcionales y no más accesorios porque tal función accesoria puede ser predicada solo cuando existe un deber de prestación, que al contrario, como estamos diciendo, no necesariamente sale a la luz, o cuando extinto, no comporta la automática extinción de los deberes accesorios. Desde este ángulo, el elemento que hace permanente (*Konstante*) la relación no es el deber de prestación, la cual por definición tiene una duración inferior a la relación en su conjunto, sino esta última, denominada relación jurídica fundamental²²²¹”.

Por ende, la “relación” se constituye como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad que es consecuencia de su violación: la responsabilidad contractual.

7.1.3. Por lo visto hasta este punto, la “confianza” (*Vertrauen*) no era un elemento ajeno al discurso jurídico alemán de siglo XX.

En efecto, referencias a ella podían encontrarse ya en Stoll (al formular los *Schutzpflichten*) Dölle (contacto social), Larenz (relación obligatoria sin deberes primarios de prestación) y el propio Ballerstedt, quien caracterizó a la *c.i.c.* como violación de una relación de confianza “similar a un contrato” (*vertragsähnliches Vertrauensverhältnis*) en la que confluyen una conducta apropiada para crear confianza y un comportamiento en tal sentido²²²². Esto invita a pensar que la confianza fue desde sus

⁽²²²⁰⁾ **CASTRONOVO, Carlo.** *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 66.

⁽²²²¹⁾ Ídem, p. 67.

⁽²²²²⁾ **BALLERSTEDT, Kurt.** *óp. cit.*; pp. 506-507.

inicios un argumento importante empleado para legitimar un orden especial de protección de la integridad en el ámbito de las relaciones especiales, sea actuando a la par de la idea de contacto social, o sirviendo para limitar o concretizar desde el punto de vista jurídico material dicho contacto²²²³.

Sin embargo, una autentica responsabilidad por confianza no fue formulada hasta que un autor de la importancia de Canaris la sustentó en 1971 a propósito de *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*²²²⁴; no obstante que sus rudimentos comenzarían a aflorar incluso en sus escritos de 1965, en donde postulaba, por una parte, que los «deberes de protección», independientemente de la voluntad de las partes, encontraban su justificación en el concepto de confianza y su base legal positiva en el § 242 BGB²²²⁵, y, por otra parte, que (a propósito de una *Vertrauenshaftungstheorie*²²²⁶) la responsabilidad de los esponsales debía ser apreciada como “responsabilidad por confianza”, trazando un paralelo con la *c.i.c.*, e identificándola con la relación obligatoria sin deberes primarios de prestación *ex lege* a partir de la idea de *eine Inanspruchnahme und Gewährung von Vertrauen*²²²⁷.

No obstante, veremos ahora que en la formulación de la *Vertrauenshaftung*, el asunto excedía la cautela de la esfera jurídica ajena.

Después de un análisis sobre los diversos supuestos de hecho capaces de integrar la responsabilidad por confianza, Canaris buscó ordenarlos en el seno del sistema jurídico alemán, partiendo por resaltar su autonomía respecto de la doctrina del negocio jurídico, no obstante encontrarse vinculado con ella²²²⁸ desde que la *Vertrauenshaftung* aparece como correlato de la autonomía privada, asumiendo una función complementaria de la vinculación negocial²²²⁹.

(2223) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 249.

(2224) CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München... *óp. cit.*; *passim*.

(2225) CANARIS, Claus-Wilhelm. Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen... *óp. cit.*; p. 482.

(2226) CANARIS, Claus-Wilhelm. Das Verlöbniß als „gesetzliches“ Rechtsverhältnis: - Ein Beitrag zur Lehre von der „Vertrauenshaftung“. En: AcP, núm. 165, 1965, p. 10.

(2227) CANARIS, Claus-Wilhelm. Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München... *óp. cit.*; p. 538; FRITZ, Karina Nunes. Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht... *óp. cit.*; p. 35 (nt. 116); MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 489.

(2228) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; pp. 249-250.

(2229) Ídem, p. 250.

Dado que la actuación en el tráfico negocial tiende a influir sobre la esfera jurídica ajena²²³⁰, Canaris consideraba que la manifiesta posibilidad de sufrir consecuencias dañosas debería ser cubierta por una responsabilidad “mayor” o “superior” (*gesteigerte Verantwortlichkeit*)²²³¹. Esta última sería el papel de la responsabilidad por confianza; completar la doctrina del negocio jurídico donde esta presenta lagunas de protección (función autónoma)²²³².

Como parte del sistema de *Vertrauenshaftung*, Canaris concibe dos subsistemas, uno regido por la protección positiva de la confianza (*positive Vertrauensschutz*) y el otro construido en torno a la protección negativa de la confianza (*negative Vertrauensschutz*)²²³³, en donde mientras el primero se preocupa por asegurar al sujeto “positivamente” su expectativa²²³⁴, el segundo, negando al sujeto que confió el derecho a ser colocado en la situación augurada (prevista), le reconoce (a dicho sujeto) en vez de eso un derecho resarcitorio (contra aquél que generó o promovió su confianza)²²³⁵ bajo el presupuesto del surgimiento de un deber jurídico preciso y de un deber de resarcir el perjuicio²²³⁶ (lo que Frada concibe como “contenido más restringido²²³⁷”).

Ambos subsistemas (no referenciales exactamente en el binomio interés contractual positivo-interés contractual negativo, al menos en cuanto al *positive Interesse*, puesto que la *positive Vertrauensschutz* puede ser alcanzada no solo a través del resarcimiento del interés positivo sino por un medio distinto dirigido a la satisfacción “en especie” de las expectativas ajenas²²³⁸), se descomponían en una cuatripartición funcional de los supuestos de hecho de la responsabilidad por confianza, siendo la responsabilidad por la apariencia jurídica y la responsabilidad por imperativo ético-jurídico *ex* parágrafo 242 BGB (*Vertrauenshaftung* por comportamiento doloso -*dolus praeteritus*-, comportamiento

(2230) *Ibid.*

(2231) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht.* München... *óp. cit.*; p. 440.

(2232) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 250.

(2233) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht.* München... *óp. cit.*; p. 5 y ss. Sobre el punto, *v.* **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações...* *óp. cit.*; p. 489 (nt. 112); **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 250.

(2234) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil...* *óp. cit.*; p. 42.

(2235) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Contrato e deveres de protecção...* *óp. cit.*; p. 251 (nt. 526).

(2236) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** *Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil...* *óp. cit.*; p. 42.

(2237) *Ibid.*

(2238) *Ídem*, pp. 42-43.

contradictorio *-venire contra factum proprium-* y *Erwirkung*) adscribibles a la *positive Vertrauensschutz*, mientras que la responsabilidad por declaraciones (entre estas estaría la responsabilidad por información inexacta) y la *Anvertrauenshaftung* (p.e. «deberes de protección» *in contrabendo*, responsabilidad del productor) formarían parte de la *negative Vertrauensschutz*²²³⁹.

Para nuestro propósito, corresponde hacer énfasis en la *Anvertrauenshaftung* (subsistema de la protección negativa de la confianza), dado que a aquella le correspondería la función de tutelar las posiciones jurídicas contra las intromisiones lesivas, garantizando el resarcimiento de los daños generados²²⁴⁰, no siendo posible visualizar los «deberes de protección» como caracterización de la responsabilidad por declaraciones (cuyo *Vertrauensstatbestand* se deduciría en un hecho apropiado para generar confianza en determinada dirección²²⁴¹), desde que sus presupuestos²²⁴² no parecen conciliables.

Cierto es, sin embargo, que Canaris no dedicó mayor espacio a la *negative Vertrauensschutz* en *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*, por lo que el asunto de los «deberes de protección» en su relación con la responsabilidad por confianza encontraría lugar finalmente en 1983 con *Schutzgesetz – Verkehrspflichten – Schutzpflichten*, en donde este autor reafirmaría la validez de la tesis de 1971, colocando a esta clase de deberes como *tertium genus* entre la responsabilidad *ex contractu* y aquiliana.

Luego de plantear decisivas críticas en torno a los “deberes del tráfico” (la autorizada posición de v. Bar será materia de análisis más adelante), y reafirmar la autonomía del «deber de protección» de Stoll (desprovisto del *erga omnes* de los *Verkehrspflichten*²²⁴³), Canaris formuló una hipótesis que visto en perspectiva no sorprende: la fuente de tales deberes no yace en el contrato sino en la “relación

(2239) **Ibíd.**; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 489.

(2240) **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 250.

(2241) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 491.

(2242) Del lado de quien confía: (i) actuar de buena fe -de conocer el sujeto la verdadera situación de hecho o de derecho no tendrá fundamento para confiar-, (ii) en conocimiento del *Vertrauensstatbestand*, (iii) realizando una acción que sea tributaria de la confianza conferida-se debe verificar un nexo de causalidad entre la confianza y la realización del acto, siendo esta última merecedora de protección-. *v. Ibíd.*

(2243) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)*... *óp. cit.*; p. 806.

particular”, lo que supone la poca relevancia de la noción de “parte” como la posibilidad de que un tercero ingrese en la misma en base a un criterio de justicia²²⁴⁴.

Según Canaris, esta concepción de los «deberes de protección» no representaba un desarrollo incompleto de una “cripto-responsabilidad aquiliana” o de abortos de una dogmática hipertrófica, sino de respuestas legítimas a problemas prácticos²²⁴⁵, los cuales exigían soluciones que no necesariamente terminaban identificándose en una responsabilidad contractual ni en una responsabilidad delictual, como sucedía con la responsabilidad del mediador²²⁴⁶ y por prospectos (*Prospekthaftung*)²²⁴⁷.

De hecho, estas hipótesis mostraban una vez más que el instituto de la responsabilidad por confianza y, en particular, la ampliación de la esfera de los deberes más allá de las partes del eventual contrato, no representaba una invención arbitraria de la dogmática, sino que la tripartición (*Dreispartigkeit*) de la responsabilidad contractual, aquilina y por la confianza se encuadraba en el sistema de derecho positivo²²⁴⁸. Esto se veía corroborado cuando se atendía además a la responsabilidad por información inexacta²²⁴⁹ (como en el caso de la responsabilidad del empleador por una declaración incorrecta relacionada con un empleado²²⁵⁰, la responsabilidad de la holding o empresa matriz por información sobre la solvencia de la empresa subsidiaria²²⁵¹) o la responsabilidad del productor respecto de los daños meramente patrimoniales, en donde lo que subyacía era una hipótesis de *Vertrauenshaftung* (como responsabilidad del tercero en la *c.i.c.*²²⁵²).

La imposibilidad de derivar lo anterior a la tutela aquiliana -sea porque (i) el «deber de protección» de la integridad ajena no se identificaba con la fórmula del “deber del tráfico” y su relectura en clave dogmática; (ii) el sistema de tipicidad del ilícito no la abrazaba en el caso del daño

(2244) *Ibíd.*

(2245) *Ídem*, pp. 806-807.

(2246) *Ídem*, pp. 810-811.

(2247) *Ídem*, p. 811.

(2248) *Ídem*, p. 812.

(2249) *Ibíd.*

(2250) *Ídem*, p. 814.

(2251) *Ídem*, p. 815.

(2252) *Ídem*, pp. 810-815.

al patrimonio (al no tratarse de un derecho subjetivo), aunado a que en las hipótesis tratadas los “daños” ocurrían no como una eventualidad sino a partir de haberse instaurada una *relación particular* entre sujetos determinados incluso *ex ante* o *ex post* contrato; (iii) una crítica a la categoría del «deber de protección» en clave comparada que fundamente la “verdadera” naturaleza del mismo a partir de la solución extranjera (así sea criterio común en todos los demás ordenamientos) no podía ser aceptada (por razones de metodología y fuente del derecho) al punto de constituirse como precedente instructivo para la realidad alemana, lo que no quita el hecho que incluso si fuese cierto que la tutela de la vida, la integridad física y la propiedad se corresponde naturalmente con la responsabilidad aquiliana, el contrato pueda ser empleado para el mismo fin al lado de aquella²²⁵³; y (iv) contra un difundido prejuicio, la realidad muestra que el hecho que un bien sea tutelado *erga omnes* no supone necesariamente su naturaleza extracontractual²²⁵⁴- permitió a Canaris reconocer que la responsabilidad derivada de la violación de un «deber de protección», tanto funcional como estructuralmente, es independiente de la responsabilidad delictual²²⁵⁵.

Si hasta ahí hubiese llegado este autor quizá su posición se confundiría en cierto modo con la de sus predecesores; sin embargo, a continuación Canaris dirá que a la misma conclusión se debe llegar en cuanto a la responsabilidad contractual por lo que convendría asumir que en materia de «deberes de protección», su violación constituye en el fondo una tercera vía (un *tertium genus*)²²⁵⁶.

Para confirmar ello, este autor se dirige a la *c.i.c.*, alegando que ella no se trata de una auténtica responsabilidad contractual (esto es, una responsabilidad derivada de un contrato, cuando ello justamente no se presenta)²²⁵⁷, sino de una relación obligatoria creada en virtud a la ley fundada en el derecho objetivo (y no sobre la voluntad de las partes²²⁵⁸), la cual representa en realidad un *tertium genus* (por no provenir de un contrato ni del ilícito), capaz de comprender todos los «deberes de protección» que operan en la fase previa o posterior a la celebración del contrato a cargo y en

⁽²²⁵³⁾ Ídem, p. 803.

⁽²²⁵⁴⁾ Ídem, p. 804.

⁽²²⁵⁵⁾ Ídem, p. 821.

⁽²²⁵⁶⁾ *Ibid.*

⁽²²⁵⁷⁾ *Ibid.*

⁽²²⁵⁸⁾ Ídem, p. 822.

beneficio de las “partes” y “terceros”²²⁵⁹, fundando así una relación unitaria de protección (*Schutzverhältnis*) creada por ley²²⁶⁰.

La independencia de los «deberes de protección» del contrato se demostraba además por el hecho que: (i) no se veían afectados por la nulidad o anulabilidad del contrato, a diferencia del deber de prestación y los deberes accesorios²²⁶¹; (ii) la jurisprudencia alemana reconocía que un tercero podía incorporarse en la relación entre las partes bajo la figura del *VSD*, aun cuando ello contravenía los principios contractuales del BGB²²⁶²; y (iii) al hablar de «deberes de protección» se hacía referencia al interés en la integridad de la esfera jurídica y no al interés en el cumplimiento (típicamente contractual)²²⁶³.

Estas premisas llevan a Canarias a sostener, por primera vez (en forma orgánica), que la violación de los «deberes de protección» trae como consecuencia una responsabilidad legal por confianza²²⁶⁴, la cual se ubica entre el *Vertrag und Delikt*. Dicha *Vertrauenshaftung* no se limitará a la *c.i.c.*²²⁶⁵; al contrario, se extenderá a todas las violaciones que puede experimentar un *Schutzpflicht*²²⁶⁶ durante el desenvolvimiento de la “relación particular” (que vista desde el ángulo del contrato será *in contrahendo* como *post contractum finitum*), y seguirá los principios relativos a la confianza (planteados en su escrito de 1971), de modo que acá la responsabilidad por confianza se muestra particularmente próxima de la responsabilidad contractual²²⁶⁷, siéndole propia la función de integración del vínculo negocial, y que emerge también en el ámbito del resarcimiento del daño²²⁶⁸.

Ahora bien, lo último permite apreciar una intención de este autor por vincular lo escrito en *Schutzgesetze – Verkehrspflichten – Schutzpflichten* con *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. En efecto, además de descartar la *Selbstbindung* de Köndgen y rechazar las afirmaciones de v. Caemmerer,

(²²⁵⁹) Ibid.

(²²⁶⁰) Ibid.

(²²⁶¹) Ibid.

(²²⁶²) Ibid.

(²²⁶³) Ídem, p. 825.

(²²⁶⁴) Ibid.

(²²⁶⁵) Ibid.

(²²⁶⁶) Ibid.

(²²⁶⁷) Ídem, p. 826.

(²²⁶⁸) Ibid.

Canaris advierte que cuando se encuentran inmersos «deberes de protección» o conservación de la integridad, la idea de confianza también aflora, en la medida que el sujeto lesionado *expone* sus bienes a la posibilidad que la contraparte realice actos relacionados con ellos. En estos casos no se presenta la responsabilidad por declaraciones como primera modalidad de la *negative Vertrauensschutz* sino su segunda modalidad: la responsabilidad por la garantía recibida (*Anvertrauenshaftung*)²²⁶⁹.

Con respecto a ambas modalidades, Canaris manifiesta que la confianza generada por declaraciones o la posibilidad de intromisiones no siempre conduce al reconocimiento de una responsabilidad por confianza, salvo que ello ocurra en el área de las relaciones negociales²²⁷⁰; esta sería resultado de la delimitación basada en la exigencia del “contacto negocial” (*rechtsgeschäftliche Kontakt*) en contraposición con la situación del mero contacto social²²⁷¹. Así pues, la confianza tendría por función constituirse en el fundamento de la responsabilidad, mientras que el “contacto negocial” tendría la función de delimitarla²²⁷². No obstante, con respecto al *rechtsgeschäftliche Kontakt*, Canaris sugiere ir más allá de este requisito, considerando suficiente la “participación en el tráfico negocial”²²⁷³.

Este desarrollo de uno de los más representativos autores alemanes permite observar un aspecto relevante que trataremos a propósito de estas teorías o nuevos fundamentos de la responsabilidad civil o desarrollo de la *relación específica*: “no se puede predicar el verdadero carácter de un deber en el sentido de una solución *justa a priori*”²²⁷⁴. Esta expresión encuentra sentido si se observa en la propia metodología de Canaris, el enfrentamiento de los postulados *a priori* o mayoritarios en la doctrina y jurisprudencia alemana a partir de las hipótesis concretas en que la zona gris de la responsabilidad cobra sentido y forma como consecuencia de la insuficiencia de los sistemas de responsabilidad contractual y extracontractual para fungir de expedientes capaces de brindar las soluciones que en el caso concreto se juzga necesario.

(²²⁶⁹) Ídem, p. 827.

(²²⁷⁰) Ibid.

(²²⁷¹) Ibid.

(²²⁷²) Ibid.

(²²⁷³) Ibid.

(²²⁷⁴) Ídem, p. 804.

En buena cuenta, se puede decir que en el discurso de este autor existe una lucha por resolver la disociación entre la *realidad normativa* y la *necesidad extrajurídica* que motivó el surgimiento de la tesis de Stoll, y por qué no, de gran parte de los autores que explotaron la idea de *relación específica, especial o particular*.

Sin perjuicio de ello, es importante notar que la tesis de la responsabilidad por confianza no se reduce a Canaris. Por el contrario, otros autores siguieron esa línea, no obstante que en su formulación se observe rasgos diferenciadores. Este fue el caso de Hans Stoll²²⁷⁵, quien prefirió limitar el dominio de la *Vertrauenshaftung* a la “promesa unilateral de una prestación”, desde que una consideración comparatista muestra que no todas las declaraciones sino solo la promesa unilateral de prestación y la expectativa de prestación del destinatario de la promesa (fundado por medio de aquella), dan origen a la necesidad de una especial responsabilidad por confianza²²⁷⁶.

En esa línea, Bohrer²²⁷⁷ se propuso como meta principal reconducir la *fattispecie* de responsabilidad por confianza negativa (*negativen Vertrauenshaftung*) al concepto fáctico de confianza (de acuerdo a la concepción de Jhering), determinando los factores o circunstancias que la generan, así como la conducta “imputable”, para luego de un análisis teórico que va desde la *c.i.c.* hasta la relación legal de protección, plantear un *Tatbestand* por confianza frustrada²²⁷⁸.

Esta hipótesis partiría de reconocer un sujeto generador de confianza que al encontrarse con otro (quien confía) en una relación de confianza, debe sorportar (en beneficio del otro que confió) la “garantía por el sentido de una disposición” (*Dispositionsgaranten*), y en consecuencia, de ocurrir la frustración de la confianza, asumir el resarcimiento (como planteara Canaris) hasta por el interés negativo (lo cual deviene resultado de limitar el supuesto de hecho bajo comentario)²²⁷⁹. De esta

(²²⁷⁵) **STOLL, Hans**. “Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen”. En: FS. Flume, Band I, Köln: Schmidt, 1978, p. 741 y ss.

(²²⁷⁶) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 493; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil... *óp. cit.*; p. 802 (nt. 891).

(²²⁷⁷) **BOHRER, Michael**. Die Haftung des Dispositionsgaranten: ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung. Ebelsbach: Gremer, 1980, *passim*.

(²²⁷⁸) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 495

(²²⁷⁹) *Ídem*, p. 496.

manera, esta responsabilidad (circunscrita en la idea de *Dispositionsgaranten*), al no ser pre-contractual ni integrarse en la dicotomía contrato-ilícito, cobraría auténtica independencia como *responsabilidad por confianza*²²⁸⁰.

Luego veremos que entre unas y otras, las posiciones construidas sobre la confianza evidenciarán fundamentos comunes antes que disímiles.

7.1.4. El valor atribuido por Castronovo a la “relación” en la obligación no es nuevo. De hecho, luego de que Larenz formulara la existencia de una relación de obligación sin deberes primarios de prestación y la *Vertrauenshaftung* de Canaris, otros autores alemanes se abocaron a estudiar la existencia de una vinculación intersubjetiva no deducible en la idea misma de contrato.

Entre estos, un importante autor²²⁸¹, ubicado en la tierra de nadie entre el contrato y el ilícito, tentó una relectura del asunto en clave comparatista (particularmente norteamericana basada en el desarrollo de la *promissory estoppel*²²⁸²) y sociológica, a fin de construir una “teoría de la obligación cuasi-contractual²²⁸³” (*Theorie vom Quasi-Vertrag*²²⁸⁴), en donde la “auto-vinculación sin contrato” (*Selbstbindung ohne Vertrag*) aparecía como una forma de autonomía privada de la cual la tradicional declaración contractual representa apenas el extremo de una escala²²⁸⁵, lo que ha sugerido a un autor afirmar que en la obra de Köndgen se divisa el espíritu del *legal realism* de Estados Unidos, trasladando la tesis de la muerte del contrato al Derecho alemán²²⁸⁶

(2280) *Ibid.*

(2281) **KÖNDGEN, Johannes.** *Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln.* Tübingen: Mohr Siebeck, 1981, *passim*. Hay recensión de **KRAMER, Ernst A.** *Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln* by Johannes Köndgen. En: *AcP*, núm. 182, 1982, p. 469 y ss.; y **SCHWENZER, Ingeborg.** *Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln* by Johannes Köndgen. En: *Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht*, h. 2, 1983, p. 411 y ss.

(2282) **BENEDICT, Jörg.** *óp. cit.*; p. 549.

(2283) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações...* *óp. cit.*; p. 478; **SCHWENZER, Ingeborg.** *óp. cit.*; p. 411; **BUSNELLI, Francesco Donato.** *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte...* *óp. cit.*; p. 543.

(2284) **BENEDICT, Jörg.** *óp. cit.*; p. 549.

(2285) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações...* *óp. cit.*; p. 479.

(2286) **BENEDICT, Jörg.** *óp. cit.*; p. 549.

Bajo la premisa que no había un *numerus clausus* en torno a las fuentes de la obligación y que por tanto era admisible pensar más allá del contrato y el ilícito²²⁸⁷ (Kramer recordaba la fórmula “ogni altro atto o fatto idóneo a produrle in conformità dell’ordinamento giuridico” del art. 1173 *Codice*²²⁸⁸), Köndgen observa que entre los polos de vinculación por fuerza del contrato y la ley se presenta una escala que de menor a mayor intensidad describen hipótesis de auto-vinculación²²⁸⁹; una auto-vinculación que entre aquella “negocial” y “delictual” aparece como “cuasi-contractual” sin que ello suponga limitar el universo de “auto-vinculaciones” a las antes referidas²²⁹⁰.

La disquisición en torno al momento en que el comportamiento humano origina una vinculación fue resuelta por Köndgen a partir del concepto de *Selbstdarstellung* o “auto-presentación”/“introducción” (estudiado por Erving Goffman)²²⁹¹, de modo que la “auto-introducción” del agente dimana en la creación de una expectativa de conducta por parte del destinatario (en una lógica bastante próxima con la propia sociología)²²⁹², y con ello, desligándose de los esquemas contractuales tradicionales, del principio de voluntad y los formalismos²²⁹³, la “auto-vinculación” aparecerá como el concepto clave para determinar el comportamiento obligatorio²²⁹⁴ y que por supuesto desligará la “obligación cuasi-contractual” del contrato y el ilícito.

Así pues, en la concepción de este autor, proteger expectativas legítimas no significa una supresión de la autonomía privada sino la identificación de pequeñas fases que van entre la libertad y la coerción, y en esa concepción la relevancia del papel²²⁹⁵ (autoridad) social (distinto a un *standard* de

(²²⁸⁷) KÖNDGEN, Johannes. *óp. cit.*; p. 98.

(²²⁸⁸) KRAMER, Ernst A. *óp. cit.*; p. 469.

(²²⁸⁹) MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 479.

(²²⁹⁰) ALVES, Raúl Guichard *À Volta do Princípio da Boa Fé*. En: Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, *núm.* 26, 2015, p. 48.

(²²⁹¹) KÖNDGEN, Johannes. *óp. cit.*; p. 165.

(²²⁹²) MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 480.

(²²⁹³) Ídem, p. 118.

(²²⁹⁴) Ídem, p. 156 y ss.

(²²⁹⁵) KÖNDGEN, Johannes. *óp. cit.*; p. 192 y ss.

comportamiento²²⁹⁶) que desempeña el agente es clave puesto que en gran medida justificará la validez (a partir de una pretensión de verdad) de la “expectativa” generada²²⁹⁷.

Un caso paradigmático sería la responsabilidad por informaciones, en donde el “actuar comunicativo” con pretensión de validez (pretensión de verdad) aparece como el elemento cuasi-contractual; este último también es el hecho de que casi todo contacto por información es iniciado por un pedido, en donde la aceptación del informante del pedido da origen a una *relación especial* caracterizada por Köndgen como un “otorgamiento consensuado de información desde una posición fiduciariamente vinculada²²⁹⁸”. No habría diferencia esencial si fuera quien otorga y no quien recibe el que inicie el contacto; esto supondría que aquél espera una gratificación (por regla, económica), o sea, esta relación estaría sustentada (no en el “papel”) sino por la “reciprocidad”²²⁹⁹.

Más adelante veremos que una construcción en torno a la constitución de una *relación especial* basada en la teoría del “papel” y de la “reciprocidad” esconde un reclamo a la tesis de la confianza pero construida a partir de patrones sociológicos.

7.1.5. En esa misma línea, Picker, luego de constatar la inexistencia de una doctrina suficientemente capaz de fundamentar jurídica y dogmáticamente una responsabilidad especial que se coloque entre el contrato y el ilícito²³⁰⁰, planteará la existencia de una responsabilidad por vinculación especial (*Sonderverbindung*) caracterizada por prescindir del *Vertrag*²³⁰¹.

Al estudiar la viabilidad de las doctrinas capaces de fundamentar la existencia de una tercera forma de responsabilidad (en materia de «deberes de protección»), este autor advierte dos grupos de doctrinas dominantes, las que resuelven el problema de la zona gris a partir de una orientación

(²²⁹⁶) Ídem, p. 195 y ss.

(²²⁹⁷) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 481.

(²²⁹⁸) **KÖNDGEN, Johannes.** *óp. cit.*; p. 358.

(²²⁹⁹) *Ibid.*

(²³⁰⁰) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 497.

(²³⁰¹) **FAVALE, Rocco.** “Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno”. En: AA.VV. Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Fargiuele. Mantova: Universitas Studiorum, 2017, p. 150.

negocial y las que postulan la existencia de una “relación legal de deber de protección” (distinta de la prestación y autónoma con relación al delito)²³⁰². En una y otra, el núcleo común sería la búsqueda de especiales “factores de fortalecimiento del deber” que justifique la aplicación de reglas contractuales (por sobre las delictuales)²³⁰³.

Una tendencia similar, aunque desde un ángulo diverso, puede observarse en quienes postulan que la responsabilidad resulta del puro hecho de una *relación especial* que va más allá del mero contacto fortuito, dejándose traslucir un particular efecto de fortalecimiento del deber²³⁰⁴. Como señala un importante autor, la expresión más plástica de estos intentos residiría en la doctrina del “contacto social”, a la que se vinculan los criterios de mayor posibilidad de lesión e injerencia dañosa²³⁰⁵.

Las dificultades en torno al contacto social se sintetizan en Picker por el hecho de que esta “categoría” no ayuda a escoger la *relación especial relevante* del círculo de interacciones (sociales) imaginables y por tanto fundar una auténtica responsabilidad, sino únicamente contribuye en dar una descripción esclarecedora²³⁰⁶. En ese escenario poco claro se encontrarían también las doctrinas de la responsabilidad por confianza que propugnan que la frustración de la *Vertrauen* sea compensada con un deber de resarcir, colocándose como un *tertium genus* de la responsabilidad civil²³⁰⁷.

En el fondo, para este autor el poco éxito de todas estas teorías que se colocan entre el contrato (solo cubriría la prestación prometida por el deudor²³⁰⁸ mas no los «deberes de protección») y el ilícito yace en algo que parece serles inherente: presuponer que para fundamentar este especial deber de

(²³⁰²) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 227.

(²³⁰³) PICKER, Eduard. *óp. cit.*; p. 385; MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 498.

(²³⁰⁴) PICKER, Eduard. *óp. cit.*; pp. 410-411; ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas. Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego. Tese de Doutoramento. Lisboa: Universidade de Lisboa, 2013, f. 343.

(²³⁰⁵) MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 499.

(²³⁰⁶) PICKER, Eduard. *óp. cit.*; pp. 413-418.

(²³⁰⁷) Ídem, p. 419.

(²³⁰⁸) MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 498.

resarcir tendrían que ser encontrados fundamentos especiales; “factores de fortalecimiento del deber”²³⁰⁹, los cuales permitirían alejar al mismo del *alterum non laedere* y acercarlo al deber contractual.

Frente a esta situación de especial desprolijidad, Picker se enfrenta a un dilema: regresar a la rígida dicotomía de auto-vinculación jurídico-negocial (contrato) y hetero-vinculación delictual, lo que supone por antonomasia que los «deberes de protección» retornen al ámbito extracontractual o admitir que la verdadera causa de las figuras de responsabilidad *especial* no ha sido descubierta²³¹⁰.

El segundo camino será el seguido por este autor, luego de constatar que la reconducción en bloque de la tutela de la integridad al ámbito aquiliano terminará por traer consigo profundas lagunas de protección (sobre todo en materia de daños meramente patrimoniales)²³¹¹. Esta orientación supone pues la admisión de una responsabilidad *especial* (no necesariamente identificada con una *Dritte Spur*) cuya fundamentación debía tentarse.

Para ello, Picker parte por reconocer que la protección de la integridad resulta expresión (histórica) (en el plano *pre-positivo*) del principio del *neminem laedere*²³¹². Esta cubriría también la reparación de los daños puramente patrimoniales (en línea de principio), siendo su exclusión por el derecho positivo solamente un “medio técnico” de limitación de responsabilidad, por lo que su justificación y límites precisan ser averiguados²³¹³.

Según este autor (en una singular posición en la dogmática alemana²³¹⁴), la no protección del patrimonio por las reglas delictuales responde²³¹⁵ a que el legislador pretendía evitar un aumento desmedido de víctimas que alegaran sufrir un daño de tal naturaleza²³¹⁶ (y no así a ningún principio

(²³⁰⁹) Ídem, p. 501.

(²³¹⁰) **PICKER, Eduard.** *óp. cit.*; pp. 429-432; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 226.

(²³¹¹) Ídem, p. 227.

(²³¹²) **PICKER, Eduard.** *óp. cit.*; p. 461; **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 227; **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1040.

(²³¹³) **PICKER, Eduard.** *óp. cit.*; p. 466 y ss.; **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1040.

(²³¹⁴) De inversión de los términos del problema habla **FRADA, Manuel A. Carneiro da.** Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 227; *v. tb.* **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1040.

(²³¹⁵) Frada (Ídem, p. 229) añade que Picker dota de igual importancia al hecho que el legislador no incorpora los daños al patrimonio al no advertir en ellos la evidencia social (apariciencia social típica) que motive su tutela *ex aquilia*.

(²³¹⁶) **PICKER, Eduard.** *óp. cit.*; p. 473 y ss.; **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1040.

de Derecho Natural²³¹⁷), y con ello evitar que un “desmesurado” riesgo de responsabilidad (de tal índole) afecte en términos intolerables la libertad de acción (de los particulares)²³¹⁸. Si ello era así, entonces el reclamo a la conformación de una vinculación especial (*Sonderverbindung*) cobraba pleno sentido, puesto que en dicho escenario los daños al patrimonio susceptibles de ser resarcidos serían aquellos que surjan (únicamente) en ocasión de tal *relación específica* (individualizada e independiente)²³¹⁹. De esta manera, al encontrarse las “víctimas” determinadas, por lo menos abstractamente, de forma *ex ante*²³²⁰ y no *ex post* como en la fórmula tradicional de la tutela aquiliana, se difuminaría el riesgo de desproporción en los reclamos de responsabilidad (en el terreno de los contactos anónimos y accidentales²³²¹).

De esta manera, no resultaba necesario buscar “factores de intensificación de la responsabilidad” (en aras de una contractualización de ciertas relaciones particulares como las del cumplimiento defectuoso, el periodo pre-contractual, a fin de tutelar los daños económicos²³²²); al contrario, constatada la no existencia de motivos para excluir la resarcibilidad de los daños al patrimonio, el recurso a la conexión especial adquiriría singular relevancia, en la medida que esta debía ocupar (en la construcción del *Tatbestand* de responsabilidad de los deberes extra-delictuales) el lugar reservado para el derecho absoluto o el interés jurídicamente protegido (en la construcción del *Tatbestand* de responsabilidad de los deberes delictuales)²³²³.

¿Esto quiere decir que para Picker la responsabilidad por conexión especial (*Sonderverbindung*) presentaba naturaleza delictual?

(²³¹⁷) MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 504. No habría entonces una lógica del legislador por dar menor valía a esta clase de daños (puramente económicos); FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 228; ZIMMERMANN, Reinhard. The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1040.

(²³¹⁸) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 229; ZIMMERMANN, Reinhard. The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1040.

(²³¹⁹) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 229.

(²³²⁰) PICKER, Eduard. *óp. cit.*; p. 473 y ss.

(²³²¹) FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 229.

(²³²²) Ídem, p. 229.

(²³²³) PICKER, Eduard. *óp. cit.*; p. 484.

Para aclarar esta interrogante, este autor parte por sostener que la distinción entre responsabilidad contractual - responsabilidad extracontractual, cuya estructura aparece homogénea por representar disposiciones heterónomas que implican transferencia patrimonial (resarcimiento), se funda en los meros aspectos técnicos ligados al método escogido de limitación de responsabilidad: la responsabilidad contractual representaría una obligación de prestación constituida jurídico-negocialmente de forma autónoma que surge en el plano de los contactos *especiales e individualizados*, y la responsabilidad delictual una obligación de resarcimiento basada en un dispositivo legal independiente de la voluntad²³²⁴ ubicado en el plano de los contactos *anonómicos y ocasionales*²³²⁵.

En ese sentido, advertidas las razones que motivaron (al legislador) desligar la tutela del daño al patrimonio del *neminem laedere*, y descartado entonces que los daños a la integridad se fundamenten en la voluntad, Picker concluye que en la responsabilidad por vinculación *ex lege* se debe distinguir dentro el propio sector delictual general -tal y como estaba construido el sistema alemán-, un campo para las *conexiones accidentales* (mayoría) y otro para las *conexiones jurídicas especiales* (minoría), los cuales se diferencian por el círculo de los bienes jurídicos protegidos y los métodos de limitación de responsabilidad²³²⁶.

Como bien anota Frada, la tesis de Picker resulta ahora relevante puesto que propone: (i) la imposibilidad de deducir del consenso negocial (como manifestación de autonomía) la protección del *status quo* patrimonial de las partes involucradas; (ii) la “función complementaria” que los «deberes de protección» asumen en relación al derecho delictual, especialmente en lo que respecta a la viabilidad del resarcimiento de los daños económicos puros, que en principio corresponden al ámbito aquiliano y que no parece haber razones (dogmáticas) para trasladarlo de ahí; y (iii) la oportunidad de desligar teóricamente del plano general de responsabilidad protagonizado por la tutela delictual (*conexiones*

(²³²⁴) Ídem, p. 507; **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 502; **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 226.

(²³²⁵) Ídem, p. 230.

(²³²⁶) **PICKER, Eduard**. *óp. cit.*; p. 509; **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações... *óp. cit.*; p. 503.

accidentales), un ámbito para las hipótesis de responsabilidad en caso de *conexiones especiales* (sector reducido)²³²⁷.

Dicho esto, la interesante relectura planteada por Picker no sugiere acaso el mismo comentario que este formuló a las teorías de la responsabilidad por confianza; esto es, ¿la *Sonderverbindung* no es acaso un concepto tan volátil como la *Vertrauen*?

Un importante autor, luego de criticar la opción de Picker en dejar de lado los «deberes de protección» (subsumidos por lo anterior en el campo de las conexiones especiales de la responsabilidad delictual), informa su extrañeza en que este autor no compatibilice el concepto de *Sonderverbindung* con el principio de limitación del número de potenciales demandantes a un resarcimiento por daños económicos puros²³²⁸, representándolo únicamente como “un destino consciente y previsto²³²⁹”, cayendo así en aquello que perseguía combatir: la ambigüedad entre teoría y vinculación intersubjetiva objeto de estudio²³³⁰.

La “magia²³³¹” de la vinculación especial (*Sonderverbindung*), reducido a concepto técnico-instrumental del deber general de actuar, parecía perderse en la maraña de la realidad.

De cualquier manera, la duda sobre si la sola colocación de los daños a la integridad en el ámbito de las vinculaciones *ex lege* (delictual por *conexión especial*) era suficiente para tutelar tales bienes persistirá, máxime frente a hipótesis en donde los daños ocurrían en ocasión del contrato conforme el derecho alemán²³³² (sin que se atestigüe un factor de fortalecimiento del deber).

7.1.6. A la par del fenómeno de los «deberes de protección» y, en general, de la reconstrucción de las relaciones de obligación, el *medio* alemán, en lo que concierne al ámbito delictual²³³³,

⁽²³²⁷⁾ FRADA, Manuel A. Carneiro da. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; p. 231.

⁽²³²⁸⁾ Ídem, p. 233.

⁽²³²⁹⁾ *Ibíd.*

⁽²³³⁰⁾ *Ibíd.*

⁽²³³¹⁾ *Ibíd.*

⁽²³³²⁾ Ídem, p. 234.

⁽²³³³⁾ No es exacta por ende la vinculación de los *Verkehrspflichten* con la responsabilidad contractual como lo sugiere un sector de nuestra doctrina, v. **MORALES HERVIAS, Rómulo**, *Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada...* *óp. cit.*; p. 27.

experimentó también el nacimiento y evolución de una particular gama de deberes conocidos bajo la locución “deberes del tráfico” (*Verkehrspflichten*)²³³⁴.

Como se sabe, de acuerdo a la tradicional teoría de la ilicitud del resultado, en Alemania se consideraba antijurídico todo perjuicio a un bien o derecho absolutamente protegido, siempre que entre la conducta del agente y el hecho se verifique una relación de causalidad; un acto esencialmente positivo, una acción²³³⁵. En el caso de una conducta negativa (omisión), la ilicitud no era (automáticamente) inferida a partir del resultado; se exigía siempre la inobservancia de un deber jurídico de actuar, y en el vínculo entre este y el resultado (causalidad) se estructuraba el juicio de ilicitud²³³⁶. Con el propósito de delimitar las hipótesis en que surgía este “deber jurídico de conducta”, surgieron los “deberes del tráfico”.

Los orígenes en torno a esta categoría deben ser ubicados en la jurisprudencia del RGZ de inicios del siglo XX²³³⁷, no obstante que esta sea consecuencia de un fenómeno más añejo caracterizado por significar una “ruptura con la filosofía clásica de la responsabilidad por omisiones²³³⁸”, obra de la jurisprudencia alemana de segunda mitad del siglo XIX²³³⁹.

En efecto, en 1902²³⁴⁰, se discutió si los daños que el edificio del demandante sufrió como consecuencia de la caída de un árbol por falta de cuidado de su propietario debía ser resarcido²³⁴¹; en

(2334) En clave histórica, v. **BAR, Christian von**. *Verkehrspflichten*. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht. Köln: Carl Heymanns Verlag, 1980, *passim*; ID. *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfllichten*. En: *JuS*, 1988, pp. 169-174; **ZIMMERMANN, Reinhard**. *The law of obligations...* *óp. cit.*; p. 1046 y ss.; **KLEINDIEK, Detlef**. *Deliktshaftung und juristische Person: zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern*. Tübingen: Mohr Siebeck, 1997, p. 20 y ss.; **JANSEN, Nils**. *Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz*. Tübingen: Mohr Siebeck, 2003, p. 394 y ss.; **VOSS, Laurenz**. *Die Verkehrspflichten: eine dogmatisch-historische Legitimierung*. Berlin: Duncker & Humblot, 2007, *passim*.

(2335) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações...* *óp. cit.*; p. 307.

(2336) *Ídem*, p. 308.

(2337) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. *Os deveres no tráfego*. En: *Revista de direito da responsabilidade*, ano 1, 2019, p. 986.

(2338) *Ídem*, pp. 986-987 (nt. 6).

(2339) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde**. *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações...* *óp. cit.*; p. 309; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. *Os deveres no tráfego...* *óp. cit.*; pp. 986-987 (nt. 6).

(2340) RGZ 30 octubre de 1902.

(2341) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego...* *óp. cit.*; f. 1.

1903²³⁴², la responsabilidad por los daños sufridos por un transeúnte como resultado de su caída en unas escaleras públicas en malas condiciones, sin iluminación y resbaladizas al no ser retirados el hielo y la nieve acumulada). En ambos casos, el RGZ condenó al demandado, en base al primer párrafo del parágrafo 831 BGB, al considerarlo responsable por una omisión ilícita, no obstante que en el segundo caso no se haya tratado expresamente de un “propietario”²³⁴³ sino de una relación legal o de hecho sobre una cosa, respecto de la que se debía observar el debido cuidado una vez esta ingresaba en el tráfico público, garantizando su segura utilización y respondiendo por los daños imputables a su indebido mantenimiento²³⁴⁴.

En 1921²³⁴⁵, un carnicero requerido por el dueño de una vaca contagiada de carbunco para matarla, contrajo la enfermedad, acusando al veterinario (que atendió al animal) de haber cometido una doble omisión: (i) no estaba al tanto del cuidado debido de esa enfermedad, no obstante que ella podía ser contagiosa para los humanos, y (ii) no sugirió interrumpir el trabajo luego de que el demandante fue infectado. El RGZ aceptó los fundamentos del demandante, indicando que todos los que prestan sus servicios, ejercen una profesión de contacto con el público; esa responsabilidad se materializa en específicos deberes jurídicos generales que se pueden denominar en un sentido más vasto “deberes del tráfico”, sin que haya una contradicción en el empleo de la expresión “específicos deberes jurídicos generales”, puesto que son específicos en la medida presentan un contenido razonablemente determinado²³⁴⁶.

Estas decisiones nos muestran los polos fundamentales en torno a los cuales se encuadrarán las grandes líneas del desarrollo y evolución de los “deberes del tráfico” en los siguientes años: “*peligro para la seguridad general derivada de la apertura del tráfico y responsabilidad por el ejercicio profesional*”²³⁴⁷. El denominador común de estos casos era la presencia de omisiones consideradas ilícitas *ex* § 823.1 BGB; primero en lo relativo a bienes, luego sobre la actividad profesional, colocándose esta última

(²³⁴²) RGZ 23 de febrero de 1903.

(²³⁴³) El deber de limpiar hielo era de los propietarios de terrenos colindantes con la calle.

(²³⁴⁴) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** *Os deveres no tráfego... óp. cit.*; pp. 987-988; ID. Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego... *óp. cit.*; f. 1.

(²³⁴⁵) RGZ 19 setiembre de 1921.

(²³⁴⁶) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** *Os deveres no tráfego... óp. cit.*; p. 988.

(²³⁴⁷) *Ibíd.*

como el punto de partida para lo que ahora pertenece al ámbito de los deberes profesionales, actualmente a la vanguardia frente a lo que en su momento fueron los procesos en materia de daños a los bienes inmuebles y muebles²³⁴⁸.

Fue en ocasión del caso de 1903 que el tribunal empleó por primera vez el concepto de “deberes de seguridad en el tráfico”, mientras que en la siguiente (1921) recién se acuñó la denominación “deber del tráfico”²³⁴⁹. Lo cierto es que el posterior desarrollo de la figura demuestra que la primera expresión fue reservada para los peligros provenientes o relativos a inmuebles, mientras que el segundo, más amplio, comprendía los peligros generales del tráfico, sin importar el objeto sobre el que recaían. Los clásicos “deberes de seguridad en el tráfico” fueron relegados así a ser un subgrupo dentro de los “deberes del tráfico”, en el sentido de tráfico “total” o “general”²³⁵⁰.

En perspectiva, se puede decir que la jurisprudencia “fundadora” de los “deberes del tráfico” superó la concepción tradicional de responsabilidad por omisiones del Derecho Común, no incardinándose en el dato legislativo (no obstante sus antecedentes en el §836 BGB²³⁵¹), sino más bien procurando hacer de estos un medio de defensa de los bienes jurídicos protegidos por los derechos subjetivos *ex* § 823.1 BGB²³⁵² mediante la equiparación de la *conducta omisiva* con el *facere* positivo²³⁵³. Por esto, se puede decir que los “deberes del tráfico” “no son derecho legislado ni siquiera legislable, sino derecho pretoriano, constituyendo instrumentos de modelo de concretización judicial de la cláusula general que prevé la violación negligente de los bienes jurídicos²³⁵⁴” (violación mediata o indirecta²³⁵⁵).

Luego de finalizada la Segunda Guerra Mundial, la figura en cuestión experimentará una posterior expansión como respuesta a la proliferación de daños propios de la evolución industrial y

(²³⁴⁸) Ídem, p. 989.

(²³⁴⁹) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico... *óp. cit.*; f. 2.

(²³⁵⁰) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. *Os deveres no tráfico... óp. cit.*; p. 989.

(²³⁵¹) **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)... óp. cit.*; p. 797.

(²³⁵²) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. *Os deveres no tráfico... óp. cit.*; pp. 989-990.

(²³⁵³) **CANARIS, Claus-Wilhelm**. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)... óp. cit.*; p. 794.

(²³⁵⁴) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas**. *Os deveres no tráfico... óp. cit.*; p. 990.

(²³⁵⁵) **FRADA, Manuel A. Carneiro da**. Contrato e deveres de protecção... *óp. cit.*; pp. 163-164.

actividades conexas (transporte, accidentes en hoteles contratados por agencias de viaje, piscinas con accidentados ebrios, medio ambiente, entre otros)²³⁵⁶.

De esta manera, los *Verkehrspflichten* representaban dictámenes judiciales de conducta (sin contenido legal predeterminado) impuestos para cautelar los bienes *ex* § 823.1 BGB²³⁵⁷.

Ahora bien, al no encontrarse el comportamiento debido descrito mínimamente *ex lege* (lo que impedía una confrontación con la conducta adoptada en el caso concreto), los jueces se encontraban compelidos a describir el *comportamiento alternativo* bajo la fórmula de los *Verkehrspflichten*, con el riesgo que significa que este procedimiento derive en una imputación objetiva (*ex post*)²³⁵⁸ cuando lo que se requería era un juicio de ilicitud.

La relación entre los *Verkehrspflichten* y los *Schutzpflichten* comenzará una vez se pretenda releer en clave dogmática los “deberes del tráfico”.

En efecto, como habíamos señalado en el Cap. I, la desvinculación del patrimonio con los derechos subjetivos significó que estos queden fuera del § 823.1 BGB. Esta circunstancia fue trascendental según un sector de la doctrina, dado que significó el real impulso para crear soluciones contractuales ante problemas que motivaban daños naturalmente aquilianos. En ese sentido, v. Bar propuso, en cuanto al asunto que nos compete (porque los *Verkehrspflichten* no se agotan en una posible equiparación con los *Schutzpflichten* así como tampoco es pacífico su enumeración²³⁵⁹), recomponer el sistema de responsabilidad civil, encuadrando los “deberes del tráfico” (como hipótesis *ex delicto*²³⁶⁰) no ya en el primer párrafo del parágrafo 823 BGB (consecuencia del dato

(2356) **BAR, Christian von.** *Verkehrspflichten...* *óp. cit.*; p. 44; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** *Os deveres no tráfego...* *óp. cit.*; pp. 990-991; ID. *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego...* *óp. cit.*; f. 148 (nt. 555).

(2357) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** *Os deveres no tráfego...* *óp. cit.*; p. 991; **BARCELLONA, Mario.** «*Scopo della norma violata*», *interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1973, p. 336 (contrastando los “deberes del tráfico” con la *Normzwecktheorie*).

(2358) **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** *Os deveres no tráfego...* *óp. cit.*; pp. 992-993.

(2359) **MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.** *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações...* *óp. cit.*; p. 312.

(2360) **BAR, Christian von.** *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pfllichten...* *óp. cit.*; p. 173.

legislativo), sino en el segundo²³⁶¹ (consecuencia de un “complemento” jurisprudencial)²³⁶², de forma tal que estos tengan por objeto la cautela de los intereses puramente patrimoniales en su relación con las normas de protección (*Schutzgesetz*)²³⁶³, siguiendo la propuesta de Huber²³⁶⁴, y transformando de esta manera el sistema de ilicitud del BGB.

En este aspecto, los “deberes del tráfico” cumplirían la función del «deber de protección» (en tanto *c.i.c.* -protección *in contrahendo*- y *VSD* -protección a terceros-²³⁶⁵), y con ello, la relevancia del segundo cedería ante la tradición del primero²³⁶⁶. Pero no solo ello, sino que al construirse la solución normativa de los *Verkehrspflichten* por vía del § 823.2 BGB, la alternativa delictual se impondría (en tema de tutela del patrimonio), emparentándose esta con la experiencia del Derecho Comparado y corrigiéndose (complementándose), de este modo, el sistema de tipicidad del ilícito alemán²³⁶⁷.

Lo cierto es que esta solución ha generado distintas críticas en Alemania²³⁶⁸. Desde el problema que representa extrapolar la categoría de las conductas omisivas y de las violaciones indirectas (propias de los *Verkehrspflichten*) del primer párrafo al segundo, limitando con ello el § 823.1 a las afectaciones directas (lo que supone un problema de interpretación histórica)²³⁶⁹, hasta la degradación de la fuerza persuasiva de las normas de protección (que interpretadas según el modelo de los “deberes del tráfico”, traen como efecto ulterior el pasar de ser una de las tres *fattispecies* de responsabilidad a constituirse en la norma central), lo cierto es que en el fondo existe una

(2361) **BAR, Christian von.** *Verkehrspflichten...* *óp. cit.*; p. 172 y ss.; ID. *Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)plichten...* *óp. cit.*; p. 173; **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)...* *óp. cit.*; p. 793; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego... *óp. cit.*; f. 617 y ss. (nt. 1958) y 620 y ss.

(2362) Ídem, f. 621.

(2363) *Ibid.*

(2364) **HUBER, Konrad.** “Verkehrssicherungspflichten zum Schutz fremden Vermögens”. En: FS. v. Caemmerer. Tübingen : Mohr Siebeck, 1978, p. 377 y ss.; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego... *óp. cit.*; f. 624 y ss. (comparando la posición de Huber con la de v. Bar y detallando la manera en la que los “deberes del tráfico” se vincularon con las normas de protección).

(2365) **BAR, Christian von.** *Verkehrspflichten...* *óp. cit.*; p. 312 y ss.; derivando los *Schutzpflichten tb.* al fin del “deber del tráfico” como parte de un “derecho delictual especial” (gobernado por normas *ex contractu*, curiosamente), **BRÜGGEMEIER, Gert.** *óp. cit.*; p. 422 y ss. Para una panorámica, v. **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego... *óp. cit.*; f. 605.

(2366) **ZIMMERMANN, Reinhard.** The law of obligations... *óp. cit.*; p. 1046.

(2367) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)...* *óp. cit.*; p. 797.

(2368) La jurisprudencia alemana (BGH de 27 de enero de 1987), en alguna ocasión, incluso se pronunció en contra de esta solución.

(2369) Ídem, pp. 794-795; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego... *óp. cit.*; f. 618.

contradicción entre la alternativa y la opción legislativa, dado que colocar a los “deberes del tráfico” en el centro del sistema de responsabilidad comporta burlar a este último mediante la constitución (por efecto de la doctrina cuando no de la jurisprudencia) de una cláusula general “abierta”, ahí donde el legislador del BGB la había rechazado²³⁷⁰.

Este desencuentro explica que haya quienes crean que, en realidad, la violación de los “deberes del tráfico” no comprende una figura autónoma de ilícito, sino forma parte de los elementos, en el cuadro de las normas de responsabilidad, sea en el plano de la *fattispecie* o de la antijuridicidad; su función se encontraría en resolver el problema de la prevención y de la supresión del riesgo²³⁷¹.

A continuación veremos que la solución extracontractual ensayada mediante el recurso de los “deberes del tráfico” no encuentra respaldo legislativo ni dogmático en nuestro *medio*.

7.2. Visto lo anterior, la doctrina alemana experimentó diversas teorías que buscaban solucionar los problemas en torno a la *pVV*, *c.i.c.*, los «deberes de protección» y los daños meramente patrimoniales -sobre todo- a partir de la alternativa contractual o -en menor medida- delictual.

Con relación a la primera, es posible apreciar en ellas una faceta descriptiva y otra propositiva. En efecto, estas prosiguen describir una situación hipotética construida sobre otra fáctica: la existencia de una vinculación “ideal” ajena a aquella de orden obligatorio sobre la base de un contacto social o negocial. Este plano (segundo en la teoría de Stoll) aparece como dato común en las teorías analizadas, con la particularidad que su proposición viene formulada a partir del elemento de la confianza, de modo tal que la relación descrita en términos de contacto social o negocial aparece en clave jurídico-dogmática como una “relación de confianza” similar a un contrato.

Más tarde, la propia relación de confianza (o *relación especial, específica* o simplemente segundo plano) fue objeto de abstracción. En efecto, si bien esta fue pensada para hipótesis concretas, sobre todo para la *c.i.c.*, la existencia de relaciones obligatorias sin deberes primarios de prestación no se

(²³⁷⁰) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)*... *óp. cit.*; pp. 796-797; **ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.** *Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfico*... *óp. cit.*; f. 618.

(²³⁷¹) **CANARIS, Claus-Wilhelm.** *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (parte seconda)*... *óp. cit.*; p. 800.

agotaban en esta; al contrario, el sistema de derecho positivo exponía diversas hipótesis en donde el fenómeno “vinculativo” se desvinculaba de toda autonomía negocial. En estos casos surgía la obligación sin prestación, caracterizada por representar una auténtica relación de protección en oposición al modelo tradicional de la obligación con prestación, cuya naturaleza contractual se justificaba desde que el dato de la “relacionabilidad” aparecía como elemento decisorio entre uno y otro modelo de responsabilidad. Esta “relación unitaria de protección” era capaz de extenderse desde la etapa precontractual hasta la post-contractual, en donde el interés de protección era reconocido en cada una de estas etapas, algunas veces en la forma de no verse perjudicado por un daño *in contrahendo*, y otras en la lógica de no sufrir daños a la integridad en ejecución del contrato.

De esta manera, la relación de protección basada en la confianza en no ver alterada la esfera jurídica fue motivo de auténticas interpretaciones, más aún luego de advertirse que ella se colocaba entre el contrato y el ilícito, de modo que algunos propugnaron por una visión sociológica amparada en un fenómeno de autovinculación y otros por una “promesa”, lo cierto es que en cualquier caso la alternativa contractual era la indicada para regir sobre ella.

Una solución en sentido opuesto no tardó en presentarse, sea construyendo la misma sobre la tesis de Picker (no obstante que la propia figura de la *Sonderverbindung* era capaz de ser incorporada también en un discurso “contractual”), o releyendo el asunto a partir de los “deberes del tráfico”.

Desde nuestra perspectiva, el punto nodal del tema en cuestión no está en descubrir el fundamento de las vinculaciones que no se deducen en una prestación (esto es, la razón jurídica para justificar un “fortalecimiento del deber” (Picker) -por obra de la doctrina- que permita diferenciarla del *alterum non laedere*); al contrario, determinar si ese ejercicio es necesario en nuestro *medio*.

En línea con la tendencia del Código Civil de 1936, nuestro código actual presenta una cláusula general en materia de responsabilidad civil, la cual establece que (art. 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”.

Así pues, nuestro sistema es capaz de, entre otros, (i) tutelar el daño sin importar que este se deduzca en la lesión de un derecho subjetivo ni tampoco en el propósito de una norma de protección particular; y (ii) resarcir un daño independientemente si proviene de un comportamiento omisivo o comisivo.

Esto quiere decir que: (i) los daños al patrimonio son pasibles de ser cautelados en sede extracontractual *ex art. 1969*, y (ii) la falta de identificación entre la conducta dañosa (en el modelo peruano) y la violación de un deber de comportamiento motivó la ausencia de una solución (en nuestro sistema) en base a los “deberes del tráfico”.

En ese contexto, parece claro que las razones para un “fortalecimiento del deber” se ven despejadas una vez que el modelo peruano ofrece en la solución delictual su alternativa. Para tal propósito, nuestro *medio* no precisó experimentar el surgimiento del “deber del tráfico” como sí sucedió en Alemania, tanto en lo que importa la doctrina tradicional del parágrafo 831.1 BGB como la representada por *v. Bar* y que dirige el asunto al segundo párrafo del citado dispositivo (en un *medio* como el peruano que sí cuenta con una cláusula general de responsabilidad aquiliana).

¿Esta evidencia permite despejar las dudas en torno a los dos planos de Stoll?

Como se recuerda, según Stoll el plano de la *relación específica* (o de las conexiones especiales) coexiste en un determinado momento con el plano de la relación de obligación. Ese momento es el de la existencia del contrato, no obstante que incluso sin él la relación de confianza es capaz de presentarse.

La importancia de esta formulación radica en que viabiliza la teoría de los «deberes de protección». Así pues, en el plano del contrato, el sujeto que cumple el deber es naturalmente el “deudor” (no lo podría hacer el acreedor *strictu sensu*), mientras que en el otro plano, desprovistos de estas calidades, los sujetos interactúan a partir del criterio de la confianza con la eventualidad de ver alterada su integridad por un comportamiento (no *debitoris*), sino esencialmente “extracontractual”.

Dicho esto, el asunto se presenta frente a nosotros desde dos lecturas alternativas: (i) o el segundo plano es esencialmente la relación extracontractual capaz de abrigar incluso los daños al patrimonio; (ii) o el plano de la confianza es una abstracción de orden superior respecto de la cual el plano de la relación de obligación simplemente es una expresión. La experiencia alemana nos muestra que la doctrina fue colocándose una a otra entre estas alternativas; ejemplo de ello es v. Bar en la primera y Larenz y Canaris en la segunda. Esta última hipótesis llevó a la doctrina a formular incluso una teoría de la responsabilidad por confianza como tercera vía, y entre cuyas hipótesis se contendría los «deberes de protección».

Comencemos con la segunda alternativa. ¿Es admisible postular una tercera vía de responsabilidad?

Nuestra doctrina ha sido poco familiar a proposiciones de esta clase, en cierta medida porque los pocos autores que se han animado (*p.e.* Canaris y ahora último Frada en Portugal) por abordar esta empresa no han calado en la mayoría de los estudiosos peruanos.

En primer término, es importante remarcar que una obra de tal naturaleza es arduamente compleja y normalmente los trabajos que resultan de ellos son realmente valiosos a nivel dogmático. Por eso, una crítica ligera a estas tentativas podría caer en la línea de los comentarios superfluos o poco enriquecedores para el debate.

Esta no es la sede para formular una crítica a una solución en este sentido, sobre todo porque ella excede la temática en cuestión desde que los propios Canaris y Frada reconocen que los «deberes de protección» son solo una arista dentro de este universo distinto. Sin embargo, si hay algo que observar en la teoría de la *Vertrauenshaftung* desde la óptica peruana es que en nuestro *medio* (y acá nos limitamos) ella representaría un esfuerzo de política del Derecho antes que de construcción *ius* científica.

La razón de ello radica en que creemos difícil aceptar que la doctrina (prescindiendo del legislador) tenga la capacidad para crear y proponer una nueva vía de responsabilidad civil además de la contractual y extracontractual, sobre todo en un *medio* en donde, al contrario, lo que usualmente se

ha discutido es la “posible” unificación de ambos regímenes. En ese sentido, un esfuerzo (doctrinario) de tal magnitud se constituiría (necesariamente) en un manifiesto de orden jurídico-político capaz de promover que un debate jurídico-dogmático derive luego (por voluntad política) en una eventual modificación del dato legislativo; situación que excede por lejos el solo reconocimiento (conceptual) de una relación de protección o confianza (además de la relación de obligación), sino que involucra además la propia delimitación y características que dicho modelo de responsabilidad debería presentar en nuestro sistema (carga de la prueba, plazo prescriptorio, criterio de imputación, etc.).

Lo cierto es que las soluciones en clave de protección de la confianza no han sido privativas de la experiencia alemana, sino que también pueden encontrarse en otros *medios* como el italiano (*v.* Castronovo, aunque no construyendo un sistema como Canaris) y el suizo (*v.* arrêt Swissair y Grossen²³⁷²). Lo propio no ha acontecido en la experiencia peruana, ya sea a nivel de legislación (nuestro sistema no cuenta con un dispositivo en la dirección del art. 1173 *Codice*, el cual permite a Castronovo ubicar a las obligaciones sin prestación como fuente de obligaciones en tanto categoría general), doctrina o jurisprudencia (a lo sumo ha declarado la existencia de una zona gris como en la CAS. N° 433-2010-Huánuco o que “para que se configure la responsabilidad civil contractual no se requiere la existencia de un contrato debido a que esta se origina no del incumplimiento de un contrato sino del incumplimiento o de la inejecución de un deber obligacional, esto es, que puede no existir contrato pero si un deber obligacional (...)”²³⁷³).

Descartado que un esfuerzo por plantear una nueva vía para la responsabilidad se haya formulado en nuestro país a nivel doctrinario como jurisprudencial, y advertidas las dificultades de incorporar un discurso en tal sentido (a excepción que se haga Política del Derecho), creemos que el segundo plano de Stoll sí se desliga del plano de la relación de obligación pero se identifica en aquél que surge con el “ilícito extracontractual”, y con ello el interés de protección (*Schutzinteresse*) -que en la idea de una relación unitaria de protección se identifica en diversas “etapas” aunque bajo un mismo

(²³⁷²) **CHAPPUIS, Christine.** “Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d' horizon”. En: AA.VV. La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung. Sous la direction de Christine Chappuis et Bénédicte Winiger. Zurich: Schulthess, 2001, p. 21 (en general *v.* la obra en general de la que forma parte este trabajo).

(²³⁷³) CAS N° 1246-01-TACNA (Fundamento Tercero).

sentido- no se independiza del genérico “interés de protección extracontractual” que la colectividad presenta respecto de la eventualidad de los daños que pueda sufrir en ocasión de la vida en sociedad.

En este caso, el acercamiento de esta relación (segundo plano) con aquella de obligación se funda en la idea del “fortalecimiento del deber” que alegó Picker; y en tanto opción, ella esconde también una cuestión de política. Pero este “fortalecimiento” del deber extracontractual experimentó luego un giro; uno en donde el centro sobre el que gravitaba la responsabilidad contractual mudo de la prestación (deber) a la propia “relación” caracterizada por vincular sujetos determinados para cuestiones específicas. Con ello, la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual se deduciría en la “especialidad” de la relación.

Descartada la necesidad de “fortalecer el deber”, la “relación” no puede constituirse en el único elemento que distinga ambos regímenes de responsabilidad, toda vez que en sentido estricto ella representa no más que un fenómeno pre-jurídico a la cual el legislador dota de relevancia en situaciones concretas, como en la responsabilidad contractual, pero no por ser tal, sino por ser consecuencia directa de otro hecho que resulta más importante aún en nuestro sistema: la voluntad comercial; y es en función a ella que la responsabilidad por incumplimiento contractual se construyó en el art. 1314 del Código Civil de 1984.

Por lo anterior, los dos planos en la teoría de Stoll no presentan autonomía conceptual, siendo identificable el plano de la confianza en el plano de la relación extracontractual (hipotético y que se instituye con ocasión del daño *ex art.* 1969).

El único plano que existe en la realidad es el de la relación contractual.

VIII. ¿Cómo esta circunstancia agrava el problema que venimos estudiando?

Si nos limitamos a lo que hasta ahora hemos analizado, se ha señalado que: (i) las tesis contractualistas no justifican la existencia de un «deber de protección» desde la teoría de las obligaciones y el contrato; y (ii) los dos planos a los que alega Stoll al momento de reconstruir el sistema de lesiones del crédito alemán no presentan autonomía, no obstante que la doctrina germánica

haya incidido y explorado diversas alternativas que no significan otra cosa que un (intento de) “fortalecimiento del deber” (y, conexamente, la “relación”) basado en el “preconcepto” y, agreguemos, “necesidad” de acercar los fenómenos extracontractuales a la esfera del contrato (dado el sistema de tipicidad del ilícito presente en el BGB).

Esto quiere decir que a nivel dogmático y desde el dato legislativo, nuestro *medio* no es capaz de importar una teoría como la de Stoll que propugna el reconocimiento de un deber de cuidado de la integridad como parte del contenido de la relación de obligación; o lo que es lo mismo, dichas hipótesis (a nivel teórico) se comprenderían en el universo de la responsabilidad *ex delicto*.

Ahora bien, pese a que una conclusión en tal sentido guarda coherencia con las tesis negacionistas, existe un aspecto clave que no se suele tomar en cuenta. El propósito final de nuestro trabajo no radica en validar o descartar la tesis de Stoll, sino resolver el problema peruano que hemos identificado a lo largo de nuestra experiencia jurídica; esto es, la existencia de un deber de cuidado en el contrato conforme se desprende de diversas normas peruanas. Para ello la tesis de Stoll, ahora descartada, fue a nuestro criterio la más importante alternativa de explicación que dentro del Derecho Continental se ha ensayado para conciliar la contradicción que supone reconocer deberes de cuidado en diversos tipos contractuales y legislación especial en un *medio* que, como señalamos, construyó la teoría de la obligación y el contrato en el sentido del Libro VI y VII (Sección Primera).

A diferencia de lo que se desprende de las tesis negacionistas, ahora que ha quedado descartada la teoría de los «deberes de protección» alemán (para explicar los supuestos concretos de protección de la esfera ajena identificados en este Cap. III), el problema no se ha resuelto; al contrario, deviene más complejo en la medida que no se ha proyectado (a nivel de doctrina y jurisprudencia) una solución diversa que pueda ser materia de análisis, quedando descartada la *Obligation de sécurité* al no representar en estricto una teoría sino un instrumento jurisprudencial afín a la experiencia francesa (no podríamos ahora sugerir su empleo a nivel teórico cuando en ella confluye lo político, entendido como liberalidad del intérprete, antes que lo jurídico).

De esta manera pues se agrava el problema que venimos estudiando.

Pero este agravamiento antes que “magnificar” el asunto, nos aclara el panorama: el problema de los «deberes de protección».

¿Cuál es el problema de los «deberes de protección»? Desde la óptica peruana, el problema de los «deberes de protección» radica en que en nuestro *medio* estos (es decir, los deberes de cuidado reconocidos por nosotros en la legislación civil y sectorial) no son identificables en los *Schutzpflichten* de Stoll, de modo que aquellos deberes, ahora poco claros e inciertos, salvo en cuanto a su finalidad negativa, representan una figura *sui generis* en la experiencia nacional.

Por tanto, en el Perú, la referencia a «deberes de protección» o cuidado de la esfera ajena, visto en perspectiva histórico-dogmática, no evoca la voz «deberes de protección» (*Schutzpflichten*) construida en el seno de la dogmática alemana (así como tampoco a aquella otra *Obligation de Sécurité* de origen francés)²³⁷⁴, logrando con ello su “emancipación” jurídica.

Sin duda, el hecho que la doctrina nacional no haya reparado en lo anterior trajo como consecuencia que mayoritariamente los estudios sobre el particular se hayan agotado una vez quedaban aceptados o negados los últimos; conscientes del error, corresponde ahora hacer un giro y concentrar nuestra atención en el estudio de los primeros.

(2374) A propósito de la discusión en torno a la conveniencia de optar por la categoría alemana en desmedro de la francesa o viceversa, para nosotros es importante remarcar que, según lo sustentado en esta Tesis, la experiencia nacional impide optar por una u otra “categoría”, en la medida que aquello que se busca explicar en nuestro *medio*, si bien emparentado teleológicamente con las soluciones alemana y francesa, no es propiamente si debe cautelarse los bienes personales y patrimoniales en el contrato y la forma para ello, sino mas bien, partiendo de advertir que la legislación reconoce deberes de cuidado de la esfera ajena, cómo se compatibiliza dicho postulado con el sistema de derecho civil construido en nuestra experiencia jurídica. Así pues, a diferencia del modelo francés y alemán, en la experiencia peruana la razón para estudiar ambas categorías, lejos de seleccionar la más conveniente para el propósito de garantizar la seguridad de los *partners* contractuales (que bien podría ser una discusión dogmática; no obstante las críticas que hemos formulado para una línea de pensamiento en tal sentido), yace en su potencialidad para constituirse como la explicación jurídica capaz de armonizar el sistema peruano a partir del reconocimiento de una categoría desconocida para la doctrina y jurisprudencia. En otras palabras, en nuestro discurso, el estudio de dichas “categorías” debe servir para tentar explicar por qué nuestro medio reconoce deberes de cautela cuando el sistema de obligaciones y contratos no fue construido, desde sus postulados dogmáticos, en tal sentido. El asunto es que advertida la imposibilidad de identificar una y otra “categoría” en nuestro *medio*, sea dogmática como jurisprudencialmente, corresponde ensayar una respuesta, la cual, lejos de preferir la tesis de Stoll o la categoría francesa a partir del dato de su conveniencia, precisa identificar los rasgos homogéneos de las hipótesis de cautela en el contrato existente en nuestro *medio*, para con ello ensayar la construcción de una categoría (“el deber de cautela”, como sugeriremos) que, dado su origen no doctrinario, presenta sobre todo una marcada heterogeneidad y ambivalencia conceptual, el cual, en nuestro discurso, si bien explotable por la jurisprudencia y doctrina en situaciones específicas (*p.e.* en los “deberes de cautela” caracterizados por su atipicidad, en donde se requiere el auxilio del intérprete), es incapaz de constituirse en teoría jurídica, a menos que (de forma pírrica) la suerte del mismo siga la experiencia alemana (de abstracción total que resultó en los *Schutzpflichten*), pero bajo riesgo de ser rechazado (como lo sostenemos nosotros) por no conciliar sus postulados con los fundamentos del sistema de obligaciones y contratos presente en el Libro VI y VII (Sección Primera).

En adelante observaremos que el Código Civil de 1984 presenta un artículo que coadyuva a la comprensión global de los «deberes de protección» (o cuidado) “peruanos” y su correcta lectura en el *medio* nacional.

Una vez estudiado aquél, podremos terminar de trazar las líneas fundamentales que caracterizan a dicha clase de deberes (que denominaremos en adelante “deber” o “deberes de cautela” para distinguirlos lingüísticamente de aquellos alemanes en la teoría de Stoll) y postular ahora sí su naturaleza jurídica, la cual, *a priori*, según nuestro repaso histórico, pareciera interactuar en el ámbito de ciertas relaciones contractuales; no obstante las objeciones planteadas a las tesis contractualistas (aunque ciertamente formuladas en favor de los *Schutzpflichten*) en esta sede.



CAPÍTULO IV

Los “deberes de cautela” en el sistema peruano: *fattispecie* y naturaleza jurídica

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición. – I. Génesis del art. 12 del Código Civil de 1984. – 1.1. La historia formal: del Anteproyecto al Libro I. – 1.2. La historia material: la concepción de Fernández Sessarego y su “humanismo”. – 1.2.1. (*sigue*)... el art. 12 y su interacción con la experiencia jurídica peruana en materia de “deberes de cautela”. – II. El art. 12 del código actual en clave histórica, comparada y normativa. – 2.1. De la tipicidad a la atipicidad: confirmación de una novedosa tendencia. – 2.2. La ruptura con la experiencia del Derecho Continental: la especialidad de la fórmula y su importación al Nuevo Código Civil y Comercial argentino. – 2.3. La dinámica persona-contrato y la construcción de una regla “obligativa” o “contractual” en el Libro I. La ausencia de un discurso común en el Libro VI y en la Sección Primera del Libro VII. – 2.4. La estructura de la *fattispecie*. – 2.4.1. a) los denominados “actos excepcionalmente peligrosos”. – 2.4.2. b) el sujeto obligado y la “naturaleza” del “acto peligroso”. – 2.4.3. c) la cualidad del deudor: “actividad habitual”. – 2.4.4. d) el surgimiento del “deber de cautela” y su confrontación con el *Schutzpflicht* alemán: la persona como eje. Vida e integridad física, la ausencia del patrimonio como “objeto” de protección. – 2.4.5. e) la consecuencia jurídica en la fórmula legal: la “inexigibilidad”. – 2.4.5.1. La “inexigibilidad” en el lenguaje del Código Civil de 1984. – 2.4.5.2. La “inexigibilidad” en la experiencia alemana: el § 275.III BGB en la reciente *Schuldrechtsmodernisierung*. La *Unzumutbarkeit* ex § 242 BGB. – 2.4.5.3. El “principio de inexigibilidad como límite (superior) a la pretensión del acreedor” en la experiencia italiana. – 2.4.5.4. La relación “inexigibilidad”-“imposibilidad”: del concepto al efecto. – 2.4.5.5. El significado de la “inexigibilidad” del art. 12 en relación con la experiencia alemana y aquella italiana. – III. La suerte de la responsabilidad: ausencia de una regla legal ante la violación del art. 12 del código actual. Carácter común con las diversas hipótesis estudiadas. – IV. El “deber de cautela” en sede nacional. – 4.1. La *fattispecie*: del Código Civil de 1984 a las normas especiales y la mezcolanza en su composición. – 4.2. El fundamento: la política como revés ético-jurídico en la imposición del “deber de cautela”. – 4.3. La naturaleza: el “deber de cautela” entre el contrato y el ilícito. – 4.3.1. Las dos especies de la responsabilidad en la experiencia nacional. – 4.3.1.1. (*sigue*) ... el “deber de cautela” frente a la responsabilidad contractual y extracontractual: contrastes dogmáticos. – 4.3.2. La naturaleza *ex lege* del “deber de cautela” en el sistema peruano. – 4.3.2.1. La obligación *ex lege* en el cuadro de las fuentes de la obligación: la raíz de la tesis que reconduce la violación de la obligación legal al sistema delictual. a) Código Civil de 1852: norma y teoría. – 4.3.2.1.1. b) Código Civil de 1936: la posición de Cornejo. – 4.3.2.1.2. c) Código Civil de 1984 y el significado de la regla “*toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley*”. – 4.3.2.2. El (consecuente) rechazo de la tesis que absolutiza la solución contractual. – 4.3.2.3. La ambivalencia de la obligación *ex lege* en relación con la responsabilidad contractual y extracontractual. – 4.3.3. La reconducción del “deber de cautela” legal al ámbito del contrato. – 4.3.3.1. (*sigue*)... la ley como fuente de integración del contrato: contraste con la *ergänzende Vertragsauslegung*. – V. El “deber de cautela” frente a la “reciente” experiencia alemana. – 5.1. El nuevo § 241.2 BGB en contraste con la teoría de Stoll: la relevancia de la ley. El «deber de protección» ex § 241.2 BGB frente al “deber de cautela” y la suerte de la *Obligation de sécurité* a partir de la *Ordonnance* de 2016. – VI. El “deber de cautela” como “figura” de compleja explicación: la imposibilidad de construir una teoría respecto de ella y la solución contractual expuesta como resultado de un momento (histórico) y legislador concreto.

§. Advertido que el “deber de cautela” no es capaz de explicarse ni identificarse a partir del *Schutzpflicht* de Stoll, y tampoco en la *Obligation de sécurité* francesa, su colocación en el sistema peruano adopta ribetes oscuros cuando no de difícil dilucidación, máxime porque la constatación del fenómeno desde el ángulo del intérprete no puede considerarse terminado sin antes advertir que el legislador de 1984, en gran medida como consecuencia de sus particulares convicciones, tenía reservado un dispositivo adicional en el cual la “seguridad” quedaba sancionada legislativamente, estamos refiriéndonos al art. 12 del Código Civil de 1984.

La fórmula que consagró el legislador dicta que “no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”. Y aun cuando se ubique en el Libro I del código actual, su relación con el Libro VI y VII (Sección Primera) resulta por demás elocuente, no obstante que, como veremos, la ausencia de un discurso homogéneo sea la característica en el caso particular, y en la codificación en general.

A fin de adéntranos en los confines de este dispositivo, comenzaremos por estudiar su génesis a partir de la obra del ponente del Libro de Personas, Fernández Sessarego, en la idea de descubrir los postulados que motivaron la consagración de una fórmula que en 1984 no encontraba un correlato similar en el Derecho Continental.

Expuesto lo anterior, pasaremos a exponer los principales rasgos, alcances y limitaciones del “deber de cautela” contenido en el art. 12 del Código Civil de 1984, lo que a final de cuentas nos permitirá presentar la *fattispecie* (completa) del “deber de cautela” en el *medio* peruano. Esta última, divorciada de una potencial condición de “teoría”, encontrará finalmente en nuestro discurso una “explicación” y una fundamentación basada en una propuesta ecléctica de interpretación global del fenómeno de estudio.

Con estas premisas, estaremos listos para abordar el complejo asunto de la naturaleza de tal deber en Perú, sobre todo en su interacción con las denominadas “obligaciones *ex lege*”, culminando de esta manera el presente estudio.

I. Adoptando la expresión de un importante autor, el art. 12²³⁷⁵ es uno de aquellos “temas o áreas que no han recibido comentarios o que los han recibido, pero de manera muy escasa o, incluso, pobre²³⁷⁶”, lo que ha motivado incluso a promover su derogación²³⁷⁷. En ese sentido, para abordar su génesis y connotación, resulta imperioso proceder con un examen reconstructivo de la figura y su “imprevisto” arribo al Código Civil de 1984.

1.1. Detrás de la positivización del art. 12 en nuestro código actual existe una historia formal y otra material. La primera describe su proceso de incorporación a la codificación, mientras que la segunda explica las razones que motivaron ello.

Como es de suyo conocido, entre los miembros de la Comisión Reformadora (1965) del Código Civil de 1936 se encontraba Fernández Sessarego, a quien, conjuntamente con León Barandiarán, se le encargó la ponencia sobre el Libro de Personas. El debate en torno al anteproyecto del Libro de Personas tuvo como eje en un inicio la ponencia presentada por León Barandiarán; sin embargo, más tarde, Fernández Sessarego presentó un anteproyecto sustitutorio al del célebre comentarista del Código Civil de 1936, el cual finalmente, por decisión de la Comisión Reformadora, sirvió de base para la discusión del que será el Libro I del código actual²³⁷⁸.

(2375) *v.* fundamentalmente **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**. Exposición de motivos y comentarios al Libro I del Código Civil Derecho de las Personas. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo I. Lima: Diagramación E.I.B.M, 1985, pp. 78-79; ID. Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima, 1990 p. 127; ID. Derecho de las personas. 5ta ed. Lima: Cultural Cuzco, 1992, p. 59 y ss. (hay ediciones posteriores sin modificaciones sustanciales en lo que respecta a esta materia); **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS**. “Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942”. En: AA.VV. El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco, 1986, p. 113 y ss.; **CASTILLO FREYRE, Mario**. Tentaciones académicas: la reforma del Código civil peruano de 1984. vol. I Lima: Fondo Editorial PUCP, 1998, p. 253 y ss.; **BELTRÁN PACHECO, Jorge**. “Comentario artículo 12”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, 2003, pp. 149-152; **VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique**. Tratado de derecho de las personas. Lima: Gaceta Jurídica - Universidad de Lima, 2014, p. 437 y ss.; y **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**. Derecho de las personas. Concebido - Personas Naturales. 6ta ed. Lima: Grijley, Iustitia, 2012, p. 280 y ss. (hay ediciones posteriores sin variaciones sustanciales sobre este asunto).

(2376) *v.* **CASTILLO FREYRE, Mario**. Tentaciones académicas: la reforma del Código civil peruano de 1984... *óp. cit.*; p. 46.

(2377) Ídem, pp. 253-254.

(2378) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**. “El proceso de elaboración del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 25.

Así pues, en el Anteproyecto de la Comisión Reformadora apareció con el art. 15 la siguiente disposición:

“No serán exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

La regulación de los “contratos peligrosos” encontraría así cabida en el Proyecto de la Comisión Reformadora que en 1981 Felipe Osterling entregaría al Presidente del Senado peruano, aunque como consecuencia de la modificación en la sistemática relativa a la ubicación del Libro de las Personas y el Acto Jurídico, la disposición antes enunciada encontraría lugar recién en su art. 115, según el cual:

“No serán exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

Finalmente, luego de ulteriores gestiones de Fernández Sessarego ante la Comisión Revisora, tanto en lo que concierne a los detalles del Proyecto de la Comisión Reformadora como en relación con la sistemática empleada, esta última introdujo la regulación de los “contratos peligrosos” en el art. 12 del Proyecto de la Comisión Revisora, el cual sería más tarde, en julio de 1984, promulgado por el Presidente Belaunde Terry, conforme el siguiente detalle:

“no son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

Para conocer la historia material es necesario adentrarse al pensamiento del autor del Libro I del Código Civil de 1984.

1.2. Aquella no comienza con la instalación de la Comisión Reformadora en 1965, sino antes.

Cuando en 1958 Fernández Sessarego profirió un discurso en honor de León Barandiarán, reconoció en él una “inquieta e insosegable vocación intelectual y humanista²³⁷⁹”; más tarde, en 1975, la “perspectiva humanista²³⁸⁰” de León Barandiarán quedaría sentenciada a propósito de una semblanza a cargo de otro importante autor; lo propio en una Tesis de inicios de siglo XX²³⁸¹, en el trascendental libro de Ramos Núñez²³⁸² e incluso desde la óptica de un autor no vinculado con el Derecho²³⁸³.

La razón para que el autor del Libro I del Código Civil de 1984 haya destacado dicha “característica” en uno de los más importantes comentaristas del código derogado yace, curiosamente, en enaltecer aquello que este reconocería en sí mismo como valor positivo que superaba la propia consideración de jurista. Luego, la trascendencia de la obra de Fernández Sessarego, la promulgación del código actual y la influencia sobre la doctrina nacional motivó a que su propia persona sea reconocida como un exponente más, aunque destacado, de la generación de “humanistas” peruanos²³⁸⁴, básicamente entre aquellos que tenían por profesión el ejercicio del Derecho.

Si lo anterior es así, podríamos decir que la cultura “humanista” llegó a Fernández Sessarego durante su época de estudiante en la UNMSM y bajo la impronta de quien consideró su Maestro²³⁸⁵. Sin embargo, León Barandiarán también fue fruto de su época, de modo que no sorprende que en ocasión del fallecimiento de Cornejo, resalte de este último su “ilustración humanista²³⁸⁶”. Pero ¿a qué “humanismo” se refería León Barandiarán?

(²³⁷⁹) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *La Personalidad del Dr. José León Barandiarán.* En: *Rev. Foro*, 1958, p. 331 y ss. (ahora *ib.* en AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco, 1985, p. 558).

(²³⁸⁰) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** “Semblanza del Dr. José León Barandiarán”. En: AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco, 1985, p. 368 y ss.

(²³⁸¹) **ÑIQUE DE LA PUENTE, José Antonio.** *El Humanismo jurídico en San Marcos: 1951-2003.* Tesis (Dr.). Lima: UNMSM, 2004, p. 65 y ss.

(²³⁸²) **RAMOS NUÑEZ, Carlos.** *Historia del derecho civil peruano (siglos XIX y XX).* Tomo VII: La dogmática en triunfo. Lima: Fondo Editorial PUCP, 2011, pp. 112-113.

(²³⁸³) **DELGADO TRESIERRA, Washington.** *Mesa redonda: el porvenir de las humanidades en la sociedad del conocimiento.* En: *Revista LETRAS*, 2003, p. 76.

(²³⁸⁴) **SILVA VALLEJO, José.** *óp. cit.*; p. 445 (nt. 2).

(²³⁸⁵) Naturalmente, nos estamos refiriendo a León Barandiarán.

(²³⁸⁶) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** *Ángel Gustavo Cornejo. Tratadista de Derecho Civil.* En: *Rev. UNMSM*, año VII, núm. 3, 1943, p. 415 y ss.

En un escrito de 1942, luego de haber presentado una tesis en Filosofía del Derecho, enaltecido la figura de Vallejo, León Barandiarán, en la interacción Derecho-Arte, dirá que:

“si estudiamos el derecho con esta visión generosa y descubrimos su influencia en otras esferas, como en la artística excelentemente, la misión del jurisconsulto adquiere una importancia insospechada. Así es inconcuso, se logra una comprensión más rica, humanamente más amplia, de lo que es el derecho y su significado²³⁸⁷”.

Dicho esto, pareciera que la formación del jurista no reducida al Derecho es lo que determina su comprensión “más humana”; o lo que es lo mismo, “la dimensión humanista²³⁸⁸” que nutrió la formación de León Barandiarán explica “su conjunto de ensayos que elaboró sobre los asuntos literarios, históricos, filosóficos y sociales asociados con el fenómeno jurídico y hasta en las disertaciones ajenas al Derecho (...)”²³⁸⁹. De ahí que la “ilustración humanista” de Cornejo suponga en León Barandiarán el reconocimiento de un intelectual en el campo de las humanidades, motivo por el que “el jurista no ha de contentarse con conocer su disciplina con un criterio unilateral (...); no debe desinteresarse de la cultura en general; (...) no puede sacrificar su plenitud humana, enclaustrándose dentro de un intolerante y único quehacer²³⁹⁰”.

Por ende, el humanista (sin la ideología del “culto a la humanidad” que su sola expresión, en tanto polisemia, es capaz de evocar y que mereció el rechazo de Sartre en otra sede) -en tanto “aptitud²³⁹¹”- era capaz de estudiar al hombre sin limitarse a una especialidad; y cuando lo hacía desde una, esta se veía enriquecida con la perspectiva más amplia de quien es capaz de trascender su sola especialidad.

Atendiendo ese imperativo, Fernández Sessarego centró su interés y atención en una disciplina que en dicho momento se encontraba en boga en nuestro *medio*²³⁹², estamos hablando de la Filosofía

(²³⁸⁷) Citado por **RAMOS NUÑEZ, Carlos**. Historia del derecho civil peruano VII... *óp. cit.*; p. 150.

(²³⁸⁸) Ídem, p. 151.

(²³⁸⁹) *Ibíd.*

(²³⁹⁰) Citado por Ídem, p. 163.

(²³⁹¹) Lo remarca **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando**. “Semblanza del Dr. José León Barandiarán”... *óp. cit.*; p. 569.

(²³⁹²) *v. p.e.*, **PATRÓN YRIGOYEN, Jorge**. Crítica de la Teoría Pura del Derecho. Lima: Impr. Gil, 1948, *passim*.

del Derecho, fundamentalmente en su relación con la Teoría del Derecho, no sin antes dar a conocer la labor de la “nueva generación” en el escenario sucesivo a la Segunda Guerra Mundial.

En efecto, en 1948, a propósito de lo que debía significar la “Revolución primariamente espiritual²³⁹³” de la “generación (cristiana) del 50²³⁹⁴” sugirió “ordenar nuevamente la escala de valores -y que los eternos ocupen lugar prominente- que las concepciones individualista y materialista, han trastocado²³⁹⁵”. De esta manera, era dable que los hombres desechen “definitivamente la concepción individualista, tercamente egoísta, desconocedora de la colectividad como realidad social²³⁹⁶”; “el individualismo no ofrece soluciones integrales²³⁹⁷”.

Más tarde, y bajo la influencia de Sartre, Fernández Sessarego señalará que “el objeto del Derecho reside en el ámbito de la vida humana, siendo esta ontológicamente libertad para hacerse en una dimensión de coexistencia, fundada en Dios y realizando valores²³⁹⁸”, y con relación al hombre dirá que este “es libertad; libertad para realizar el supremo valor de la Caridad, del amor por el amor a Dios. Libertad para cumplir el personal destino de salvación²³⁹⁹”.

Premunido de estas ideas, Fernández Sessarego afrontaría el estudio de la persona en el Código Civil de 1936, advirtiendo que esta “se ha convertido, como lo evidencia Savatier, en el centro de la meditación jurídico contemporánea. Y ello, a no dudarlo, se debe preponderantemente a que, como lo advierte acertadamente Pigliaru, el interés por la persona humana se ha extendido recientemente en el ámbito filosófico y moral. Y no podía ser de otro modo en época como la actual, en época de crisis, donde se acentúa la tensión persona-comunidad que es materia, precisamente, de la Filosofía, de la Sociología y del Derecho²⁴⁰⁰”.

(²³⁹³) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *La misión espiritual de la nueva generación universitaria.* En: Repertorio Americano, *núm.* 7, 10 de septiembre, 1948, p. 109.

(²³⁹⁴) Ídem, p. 110.

(²³⁹⁵) Ídem, p. 109.

(²³⁹⁶) *Ibíd.*

(²³⁹⁷) *Ibíd.*

(²³⁹⁸) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** Bosquejo para una determinación ontológica del derecho. Tesis (Br). Lima: UNMSM, 1950, p. 123 (de la versión digitalizada).

(²³⁹⁹) Ídem, p. 125.

(²⁴⁰⁰) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *La noción jurídica de persona.* 2da ed. Lima: UNMSM, 1968, p. 23.

Así pues, la persona devino “en tema central de estudio y meditación para los filósofos de nuestro tiempo; baste citar los nombres preclaros de Jaspers, Sartre, Zubiri, Scheler, Ortega, Marcel, Heidegger. Al lado de ellos se alinean los filósofos de la historia: Sorokin, Spengler, Toynbee, Schubart, Berdaieff, y la misma preocupación embarga a los jusfilósofos y científicos del Derecho, Ferrara, Kelsen, Cossio, Dabin, García Maynez, Recaséns, entre otros, dan fe de ello²⁴⁰¹”.

Por tal razón, Fernández Sessarego sentenció que “la preocupación filosófica de nuestro tiempo ha quedado desplazada del ser de las cosas, del ser en sí, al ser del hombre, a la existencia humana concreta. El hombre, la persona, ocupa el centro de la filosofía. El pensador se detiene a meditar sobre aquello que le es más próximo²⁴⁰²”; y “el derecho no podía permanecer ajeno a esta inquietud, y es por ello que al influjo de la filosofía y bajo el estímulo de una realidad social en crisis, era menester otorgar preponderante atención al tema de la persona²⁴⁰³”.

De esta manera, estudiar la persona desde el Derecho, en su “estrecha” relación con la Filosofía y la Sociología, era cumplir con ser humanista (el estudio no reducido al Derecho del hombre) en la idea de León Barandiarán; sin embargo, lo cierto es que Fernández Sessarego daría a esta “perspectiva” un alcance mayor y quizá más concreto.

En su idea, “el tratamiento de la persona resulta ser el tema central del Derecho²⁴⁰⁴”; “la comprensión del Derecho, su elaboración teórica, su construcción institucional de parte del jurista, tiene como punto de apoyo conceptual la visión que posea de la persona²⁴⁰⁵”. En ese sentido, “una formación humanista le permitirá comprender mejor el proceso social sujeto a valoración y normación jurídicas, afinar su sensibilidad para vivenciar valores e integrarse con facilidad y solvencia a los grupos interdisciplinarios que necesariamente han de constituirse para diseñar, con el panorama debido, la política legislativa de un país²⁴⁰⁶”. En buena cuenta, estas ideas dotan de contenido material

(²⁴⁰¹) Ídem, p. 24.

(²⁴⁰²) *Ibid.*

(²⁴⁰³) *Ibid.*

(²⁴⁰⁴) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Breves apuntes sobre el concepto jurídico de persona (desde la edad clásica hasta nuestros días)*. En: *Ius et veritas*, núm. 12, 1996, p. 97.

(²⁴⁰⁵) *Ibid.*

(²⁴⁰⁶) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** *Derecho de las personas... óp. cit.*; pp. 7-8.

a una empresa personal de Fernández Sessarego: la confección del Libro de Personas como resultado de una “vocación humanista²⁴⁰⁷” que “inspiró y presidió su elaboración²⁴⁰⁸”.

Fue así que este autor se empeñó en: (i) robustecer y “mejorar” la regulación concerniente a los Derechos de la Personalidad que a su criterio el Código Civil de 1936 (en su Libro Primero) había dejado desatendida, no obstante su importancia cardinal; y (ii) hacer de la disciplina de las personas el Libro Primero del Código Civil de 1984, de ahí su mortificación con su posible inclusión en el Libro Segundo.

Es en este punto en que el “humanismo” de Fernández Sessarego adopta ribetes singulares, puesto que no solo se trataba de que el estudioso del Derecho, incluyéndose los legisladores, sean “humanistas” en el sentido de León Barandiarán, sino que ser “humanista” significaba “afirmar una posición personalista o humanista, alejada de toda concepción preponderantemente patrimonialista²⁴⁰⁹”, de modo que la codificación representaba la concretización de la “Revolución primariamente espiritual” de fines de la década de 1940; en buena cuenta, el paso de lo “material” a lo “personal”. De ahí que nuestro autor afirme que en la redacción del Código Civil de 1984:

“se ha tenido siempre presente, en lo posible, la peculiar realidad social, económica y cultural de nuestro país y los valiosos aportes del Derecho Comparado -en lo doctrinario legal y jurisprudencial- dentro de la tendencia contemporánea de considerar la normatividad del Derecho Civil como un medio idóneo para coadyuvar tanto a la plena realización de la persona humana como al logro de las profundas transformaciones estructurales que signan nuestro tiempo²⁴¹⁰”.

Frente a los códigos “materialistas” que colocaban al patrimonio en el eje del sistema jurídico, el humanismo o personalismo jurídico concordaba “con una visión del mundo en la que el hombre es un fin en sí mismo y no un instrumento susceptible de particular explotación u opresión por los demás hombres a través de un sistema formal-normativo que responde al particular interés de grupos dominantes, cualquiera sea su posición ideológica²⁴¹¹”. Así pues, retomando las palabras de un autor

(²⁴⁰⁷) Ídem, p. 10.

(²⁴⁰⁸) Ibid.

(²⁴⁰⁹) Ídem, p. 15.

(²⁴¹⁰) Ibid.

(²⁴¹¹) Ibid.

nacional²⁴¹², la perspectiva humanista de Fernández Sessarego convirtió al hombre en el eje y centro del sistema (“personalista y comunitaria, en la que hombre *-como ser libre y ser social-* y sociedad no son dos realidades contrapuestas²⁴¹³”).

En fin, fue dicha visión “humanista” de Fernández Sessarego, opuesta a la visión mercantilista, materialista e individualista de épocas anteriores, la que, en conjunción con los hechos históricos estudiados, explicará la aparición del art. 12 en el Código Civil de 1984, como veremos a continuación.

1.2.1. Como vimos, el art. 12 apareció por primera vez en el Anteproyecto del Libro de Personas presentado por Fernández Sessarego. De ahí hasta su ulterior recepción en el código actual, lo cierto es que poco varió en torno a su motivación; de modo que, sin presentar un antecedente normativo similar en Europa Continental de fines de la década de 1970, el art. 12 aparecía -en perspectiva- como un expediente “puramente” nacional.

Que “el derecho a la vida, a la integridad física, a la libertad, al honor y demás inherentes a la persona humana son irrenunciables y no pueden ser objeto de cesión (...)” *ex* art. 5 (salvo limitación voluntaria conforme el art. 6), no debía sorprender en la óptica de una “concepción personalista²⁴¹⁴”; sin embargo, a diferencia de los codificadores del Código Civil de 1936, la tutela de estos derechos, más precisamente la vida y la integridad física, no interactuaba con la esfera del contrato como acto de autonomía.

¿Qué primó en este cambio?

El humanismo como contraposición al “materialismo”, en tanto rasgo inherente en el pensamiento de Fernández Sessarego.

(²⁴¹²) **SILVA VALLEJO, José.** *óp. cit.*; p. 445 (quien habla del “hombre y su acto jurídico” como eje y centro del sistema).

(²⁴¹³) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** Derecho de las personas... *óp. cit.*; p. 16 (el agregado en cursiva es nuestro).

(²⁴¹⁴) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** “Discurso (sesión de clausura)”. En: AA.VV. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Limay la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 34.

De esta forma, el aspecto patrimonial, al que acusaba nuestro autor de ser el valor primordial del código derogado, se subordinaba al valor de la persona, en donde la plena autonomía (libertad personal) se veía negada en tanto ella signifique violentar el “respeto de la persona²⁴¹⁵”. Siendo ello así, se justificaba limitar la autonomía en materia patrimonial, fundamentalmente en lo concerniente al contrato, cuando el contenido de dicho acuerdo tenga por objeto la realización de actos de extremo peligro que puedan poner en riesgo el derecho a la vida y la integridad física.

En buena cuenta, la idea que “el respeto al valor natural de la persona de modo tan categórico y penetrante (...) induce a considerar que se derive para el mismo individuo la necesidad también de respetar su propio ser persona²⁴¹⁶”, también resulta extensible al art. 12.

Estas consideraciones las podemos confirmar si atendemos la “Exposición de Motivos y Comentarios” del citado dispositivo a cargo de Fernández Sessarego, en donde se lee que “el artículo 12 reconoce como fundamentos la protección jurídica de la vida y de la integridad psico-física de la persona²⁴¹⁷”, de ahí que la realización de las actividades peligrosas suponga un supuesto de excepción “cuando las personas que intervienen como sus protagonistas han adquirido dominio y destreza mediante la habitualidad comprobada que exige la ley²⁴¹⁸”, lo que supone adoptar “las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias²⁴¹⁹”.

Si bien la presencia del art. 12 responde en gran medida a su “perspectiva humanista”, no es menos cierto que el alcance de la misma se vio limitada por el hecho que “el ponente era y es contrario a la permisión de ciertas pruebas excepcionalmente peligrosas para la vida o la salud, como el caso particular de las carreras de autos o de motos, pero consideró que la costumbre, arraigada en una tradición universal, impedía de hecho su prohibición en esta oportunidad²⁴²⁰”. De cualquier forma,

(²⁴¹⁵) **BUSNELLI, Francesco Donato.** “La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano”. En: AA.VV. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Limay la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Lima: Cultural Cuzco, 1990, p. 51.

(²⁴¹⁶) *Ibíd.*

(²⁴¹⁷) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** Derecho de las personas... *óp. cit.*; p. 59.

(²⁴¹⁸) *Ídem*, pp. 59-60.

(²⁴¹⁹) *Ídem*, p. 60.

(²⁴²⁰) *Ibíd.*

el ponente guardó la creencia (bastante particular) de que “la participación de algunas personas en este tipo de espectáculos podría servir de catarsis en relación a instintos tanáticos que se anidan en la psique humana²⁴²¹”.

Reservando para más adelante el análisis detallado del dispositivo bajo comentario, lo cierto es que el art. 12 fue consecuencia también, a nuestro criterio, de la experiencia histórica en materia de “deberes de cautela” en el *medio* peruano, básicamente en aquél vinculado al ámbito del trabajo. En efecto, si nos remontamos hasta los años en que Manzanilla y Miro Quesada abogaban por la dación de una ley de accidentes de trabajo, la “actividad laboral”, en dicho momento específico, significó en la esfera del trabajador no otra cosa que la realización de una “actividad peligrosa” para su vida y su integridad física.

La “óptica patrimonialista” respecto de este fenómeno se tradujo (1911) en el reclamo a una tutela específica y concreta, la resarcitoria. La idea era que toda afectación al trabajador en su vida (salud) e integridad física encontrara tutela exclusiva por la vía del resarcimiento en dinero, de modo que reducido a aquél, la protección de dichos bienes no se formulaba en forma preventiva, “resignándose” el trabajador a la exposición de su vida e integridad, no obstante contar con la posibilidad del resarcimiento.

En los años venideros, el legislador se enfocaría en “asegurar” los bienes personales de los trabajadores antes de su eventual lesión mediante la imposición de un “deber de cautela” en la esfera del empleador, encontrándose este último “obligado” a adoptar las medidas de cuidado necesarias para evitar los infortunios laborales.

Más tarde, la óptica personalista del Código Civil de 1984, sobre todo en lo que respecta al Libro de Personas, abstraería la hipótesis concreta del área del trabajo. En efecto, si en este último el asunto viró de una reparación patrimonial *ex post* a un interés del legislador en proteger *ex ante* la persona del trabajador, lo propio debía acontecer cuando el postulado que inspiró al codificador de 1984 era la “protección jurídica de la vida y de la integridad psico-física” de la persona, no solo desde

(²⁴²¹) *Ibíd.*

un ángulo estrictamente patrimonial, como lo es la responsabilidad civil, sino también desde una óptica “extra-patrimonial” (si se puede llamar así), limitando la propia libertad del sujeto en verse comprometido al cumplimiento de un contrato (una prestación, más propiamente) capaz de reportarle tales perjuicios.

En el pensamiento de Fernández Sessarego, la tutela resarcitoria no era suficiente, si es que se atendía lo esencial: la protección jurídica del “propio ser persona”. Dicha máxima debía irradiar también sobre ámbitos propiamente patrimoniales como el contrato y la responsabilidad civil, de ahí que si bien es lógico pensar que una regla en tal sentido resulta afín a la regulación del Libro VII (Sección Primera)²⁴²², la ulterior ubicación del art. 12 en el Libro I responde a una necesidad por resaltar la fórmula del referido dispositivo en el que para Fernández Sessarego es el más importante de los libros del código actual; o lo que es lo mismo, anteponer una tutela de la persona en sí misma (estimada como un valor espiritual, psicológico, inmaterial²⁴²³) por sobre otra construida desde una óptica exclusivamente patrimonial.

Esta idea en realidad forma parte de otra más compleja.

En la propuesta de Fernández Sessarego ante la Comisión Revisora, nuestro actual art. 17 había sido formulado de la siguiente manera:

“Artículo 121-A.- En los casos de desconocimiento de cualquiera de los derechos de la persona se puede accionar para obtener su más amplia protección por todos los medios adecuados a la debida y oportuna tutela del derecho lesionado.

El juez, a solicitud y por cuenta del interesado, puede ordenar la cesación de un hecho potencialmente susceptible de causar daño a la persona o la paralización de la actividad generadora del daño, siempre que el hecho se encuentre verosíblemente acreditado.

El juez, de producirse un daño a la persona, fijará la indemnización que corresponda considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso”.

(²⁴²²) *v.* **CASTILLO FREYRE, Mario**. Tentaciones académicas: la reforma del Código civil peruano de 1984... *óp. cit.*; p. 254; **BELTRÁN PACHECO, Jorge**. “Comentario artículo 12”... *óp. cit.*; p. 149.

(²⁴²³) **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos**. Derecho de las personas... *óp. cit.*; p. 69.

El objetivo era claro: “inspirada en una definida vocación personalista, pretendía poner de manifiesto que para el ordenamiento jurídico era más importante la tutela de los bienes personales que aquéllos referidos al patrimonio instrumental al servicio del hombre. Es decir, se trataba de (...) transparentar una posición definidamente humanista²⁴²⁴”, y en esa lógica, la forma de proteger al “hombre” no se reducía a una “reparación pecuniaria” (notar que Fernández Sessarego prefería en materia de personas hablar de reparación en vez de resarcimiento²⁴²⁵) sino a cualquier medio idóneo a producirla²⁴²⁶.

Pero no solo a ello, sino que en esa línea la sanción de una tutela inhibitoria era fundamental en tanto la necesidad de “anticiparse al daño que esperar la consumación del mismo. Es sensato prever las consecuencias dañinas y contrarrestarlas a tiempo que esperar que se desencadene el evento dañoso²⁴²⁷”. En buena cuenta, “debe tenerse clara conciencia que más importante y valioso es proteger al ser humano, al valor supremo de la persona, que el patrimonio que resulta ser sólo un instrumento a su servicio²⁴²⁸”.

Ahora bien, “la norma así diseñada, ubicada sistemáticamente en el Libro Primero, hacía innecesario el que el juez recurriese a los planteamientos tradicionales alojados en la normatividad relativa a la responsabilidad extracontractual²⁴²⁹”. Es por ello que en “el tercer apartado del artículo propuesto por el ponente se efectuaba una importante distinción entre el daño patrimonial y el extrapatrimonial o daño a la persona, diferenciado a su vez ambos del llamado daño moral²⁴³⁰”. La idea era que el juez fije la “reparación” del daño a la persona, “considerando independientemente las consecuencias patrimoniales de las extrapatrimoniales y del daño moral, si fuera el caso” (art. 121-A). Así, el “Título Segundo de la Sección Primera del Libro de Derecho de las Personas es sistemáticamente el lugar adecuado para cubrir, con la mayor amplitud y precisión posibles, el tema

(²⁴²⁴) Ídem, p. 73.

(²⁴²⁵) Ídem, p. 70.

(²⁴²⁶) Ídem, p. 73.

(²⁴²⁷) Ibíd.

(²⁴²⁸) Ibíd.

(²⁴²⁹) Ídem, p. 68.

(²⁴³⁰) Ídem, p. 74.

de la tutela de los derechos de la persona, sin necesidad de recurrir para el efecto a la Sección Sexta del Libro Séptimo sobre responsabilidad extracontractual²⁴³¹”.

Visto en perspectiva, pareciera que la idea del ponente del Libro I era construir un régimen autónomo de tutelas de la persona comprensiva de aquella resarcitoria en lo que refería a los daños irrogados a esta, suficientemente capaz, como premisa, de anticipar, prevenir y cesar el daño.

En esa corriente se enmarca la fórmula del art. 12, solo que en esta la persona legitimada para impedir la producción del daño a la persona en su vida e integridad física no era otra que ella misma (y no así el juez) en tanto quedaba expuesta al daño, confiriéndosele de esta manera la posibilidad de oponer (extrajudicialmente) la inexigibilidad del contrato (al acreedor de la prestación), en lo que representa una excepción al denominado principio de obligatoriedad del contrato *ex* art. 1361 del Código Civil de 1984, a menos que se garantice la protección de los bienes personales del deudor (aquellos señalados expresamente) *ex* art. 12.

Así pues, el trasfondo era evitar (de todas las maneras posibles) la producción de daños (a los bienes personales) en ocasión de los “contratos peligrosos” (sin que ello suponga alterar la “patrimonialidad” de la categoría del contrato). No obstante, no se reparó que la inserción de un deber en tal sentido motivaría cuestionarse sobre su naturaleza y relación con la tutela resarcitoria, máxime cuando pareciera que en la idea del ponente del Libro I los daños a la persona derivaban, *prima facie*, en la responsabilidad extracontractual.

Si bien a nuestro criterio la construcción del art. 12 es tributaria en gran medida de la experiencia que significó el contrato de trabajo (y su evolución) en nuestro país, lo cierto es que la amplitud de la fórmula permite dirigir la misma a otras hipótesis que merecen tal calificativo; de ahí que Fernández Sessarego diga que “un trapecista de circo podría, en aplicación de lo dispuesto por el presente artículo, sin responsabilidad alguna de su parte, rehusar cumplir con la ejecución de una determinada prestación si es que el empresario que lo contrató omite colocar una malla o un alambre

(²⁴³¹) Ídem, pp. 74-75.

de seguridad para proteger la vida o la integridad física de la persona en caso de error en la ejecución de la prueba²⁴³².

Así pues, en vez del “trapecista” podría leerse aún hoy, en actividades laborales de extrema dificultad, la palabra “empleador”. Y cuando no, la abstracción del proceso de tutela de los bienes personales habrá llegado a su máxima expresión, sancionando legislativamente una norma capaz de imponer un “deber de cautela” incluso fuera de la relación empleador-trabajador, aunque con un considerando, la necesidad de encontrarse ante un “acto excepcionalmente peligroso”, fiel expresión de la necesidad del legislador de limitar y delimitar el surgimiento de dicho deber.

II. A estas alturas, y si recapitulamos lo estudiado en el Cap. III, parece claro que cuando la norma exige que “se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias” a efectos de despojar al contrato del calificativo de “peligroso”, la ejecución de tal comportamiento no es capaz de deducirse en las posiciones jurídicas que forman parte de la “obligación” como «*sistema móvib*»; de ahí que sea posible anticipar su afiliación a lo que denominamos “deber de cautela”, y que precisamente por ello sus contornos y confines no aparecen con claridad incluso luego de su recepción legislativa en la fórmula del art. 12.

2.1. El Código Civil de 1984 significó un momento de quiebre de aquella constante que fue la vinculación inescindible del “deber de cautela” con un tipo contractual, la cual rigió desde los primeros intentos de codificación hasta bien entrado en vigencia el código actual. Si el art. 1727 fue un primer indicio de abstracción, el art. 12 confirmará una tendencia por abstraer el fenómeno de protección de los bienes ajenos, algunas veces reducido al ámbito patrimonial (la primera fórmula), otras al personal (la segunda fórmula).

En efecto, aun cuando la doctrina haya vinculado la aplicación del dispositivo del art. 12 a los convenios *et corporis*²⁴³³ o contratos sobre el cuerpo, básicamente aquellos que por importar un “acto excepcionalmente peligroso” se deducían en las actividades circenses, el box, el automovilismo, etc.,

⁽²⁴³²⁾ Ídem, p. 60.

⁽²⁴³³⁾ VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique. *óp. cit.*; p. 438.

lo cierto es que los denominados por nosotros “contratos peligrosos” no solo no representan *per se* un tipo contractual específico contenido en la legislación peruana, sino que la “peligrosidad” tampoco aparece como un rasgo típico capaz de identificarse en los “contratos nominados” del Código Civil de 1984 (incluido aquellos reconocidos en las leyes especiales).

Así pues, aunque la fórmula del art. 12 se distancie del art. 1727 en virtud de la historia formal y material que subyace en su proceso de gestación, lo cierto es que ambos contienen fórmulas abiertas (sinónimo de abstracción de fenómenos concretos y típicos) que presentan como límite inherente aquellos parámetros establecidos *ex lege*, en un caso las actividades “similares” a las que refiere el art. 1727, en otro las actividades (excepcionalmente) “peligrosas” señaladas en el art. 12. En el fondo, ni en uno ni en otro supuesto, la “abstracción” del legislador postuló la existencia de un deber general de cautela de la esfera jurídica ajena en lo concerniente a sus bienes personales y patrimoniales; dicho esto, el art. 12 ingresará entonces como una hipótesis más en la *fattispecie* del “deber de cautela” en el sistema peruano.

2.2. En esa línea, la fórmula del art. 12 del Código Civil de 1984 no encuentra un antecedente directo (a nivel normativo) en alguna de las grandes codificaciones de Europa Continental, ni en el *Code*, ni en el BGB y tampoco en el *Codice*, por más que un sector de la doctrina nacional descubra su “inspiración legislativa” en el art. 5 de este último cuerpo legislativo²⁴³⁴, obviando que si bien dicho dispositivo ha permitido a la doctrina italiana estudiar los actos con que el sujeto consiente la ofensa que el tercero ocasionará en su integridad física (entre estas, la eficacia “del consenso respecto a las lesiones que pueden ser causadas por el ejercicio de juegos deportivos violentos²⁴³⁵”, *p.e.* en el boxeo²⁴³⁶) así como aquellos otros actos por efecto de los cuales tal integridad puede resultar perjudicada como consecuencia de su propia actuación (los contratos de trabajo²⁴³⁷, especialmente,

⁽²⁴³⁴⁾ BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Comentario artículo 12”... *óp. cit.*; p. 149.

⁽²⁴³⁵⁾ DE CUPIS, Adriano. *Il diritto all'integrità fisica*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 1948, p. 263.

⁽²⁴³⁶⁾ Dado que: (i) presenta público reconocimiento; (ii) no afecta la moral; y, (iii) se haya incardinada en la costumbre social. En tal sentido, se ha dicho pues que ordenamiento jurídico tutela los intereses conexos a las competiciones deportivas, *v.* Ídem, p. 264.

⁽²⁴³⁷⁾ Ídem, p. 266. Será vetado siempre que se presente una disminución permanente de la integridad física del trabajador, sea contrario a la ley, el orden público o las buenas costumbres.

en el contrato de circo que celebra el acróbata²⁴³⁸, y en los trabajos peligrosísimos, *p.e.* fabricación de dinamita²⁴³⁹), este (en la idea del legislador peruano) funge de antecedente (normativo) directo del art. 6 del código actual²⁴⁴⁰.

Al contrario, si bien es cierto que la experiencia nacional se ha caracterizado por importar su normativa, en el caso concreto de los “contratos peligrosos” sucedió el fenómeno inverso; esto es, la exportación de la fórmula peruana al Nuevo Código Civil y Comercial argentino de 2015, en gran medida por la autoridad e influencia en dicho país del ponente del Libro Primero del Código Civil de 1984, en un acontecimiento que nos puede mostrar su lugar en un ambiente caracterizado por difundir la obligación de seguridad francesa²⁴⁴¹.

(2438) Para un sector de la doctrina italiana dicha actividad será lícita a condición de que (la otra parte del contrato) asegure el empleo de dispositivos de seguridad idóneos a fin de evitar desgracias (que resulten de la realización de la misma); de otro modo, será vetado por la disminución permanente que su ejecución puede provocar en la integridad física. Así, Ídem, p. 266.

(2439) El razonamiento formulado en la nota anterior resulta extensiva a esta hipótesis con más razón, *v.* Ídem, p. 267.

(2440) Planteado así el asunto, podría decirse que el art. 12 encuentra su fundamento no en la normativa italiana (el texto del art. 5), sino en la interpretación doctrinal que en sede italiana se puede formular respecto del art. 5 *Codice*.

(2441) A diferencia de nuestra proposición por repensar la forma de estudiar los *Schutzpflichten* y la *Obligation de Sécurité* en el *medio* nacional, la experiencia argentina, de legislación poco emparentada con el BGB, se ha decantado por importar la fórmula francesa, en gran medida por su afinidad manifiesta respecto a la doctrina y jurisprudencia de aquél país y la influencia que en su codificación ocupó el *Code*, como lo confirma un breve repaso por su doctrina citada a lo largo de este trabajo, la cual, salvo contados casos (*p.e.* Prévôt), ha estudiado el problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales a partir de la *Obligation de Sécurité*. La influencia de la experiencia argentina en el Derecho Latinoamericano (si es que podemos llamarle así), evidente por ejemplo en el caso peruano, trajo como consecuencia que en nuestro *medio* la doctrina se acerque al estudio de la materia como sucedía en dicho país; esto es, desde el lente francés (*v. p.e.* Rey de Castro, Osterling). El posterior desapego a dicha doctrina (ampliamente tomada en cuenta en nuestra experiencia jurídica), posibilitó luego a nuestros autores acceder a su par alemán de los *Schutzpflichten*, como parte de un *proceso de recomposición de la influencia de la dogmática extranjera* en sede nacional, el cual lejos de ceñirse únicamente al *medio* nacional, se ha hecho presente en otros modelos Latinoamericanos que tradicionalmente estuvieron dominados por la influencia francesa (sobre todo al momento de la actividad legislativa), de ahí que hoy se pueda observar (a partir de un acercamiento a la experiencia alemana e italiana) atentos estudios sobre los «deberes de protección», en específico, y el rol de la buena fe, en general, en países cercanos al nuestro como (i) Brasil, en donde a pesar de que para un importante autor la teoría de la responsabilidad civil en el código civil brasileño que estuvo en vigor durante el siglo XX se derivaba totalmente del *Code* francés (*v.* AZEVEDO, Antonio Junqueira De. *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro*. En: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, 1994, p. 193), los deberes de cuidado de la esfera ajena creados por Stoll, concebidos como “deberes laterais”, han sido aceptados por importantes autores como MARTINS-COSTA, Judith. *A Boa-fé no Direito Privado*. Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais, 1999, *passim*.; ID. *Oferta pública para a aquisição de ações (opa) - teoria da confiança - deveres de proteção violados - a disciplina informativa e o mercado de capitais - responsabilidade pela confiança - abuso do poder de controle. Parecer*. En: Revista de Direito Mercantil, Industrial econômico e financeiro, vol. 140, oct/diez, 2005, p. 229 y ss. (especialmente, p. 243 y ss.); ID. *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro*. En: Revista dos tribunais, janeiro, 2008, p. 11 y ss.; ID. *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação*. São Paulo: Marcial Pons, 2015, *passim*.; *v. tb.* JÚNIOR, Marcos Ehrhardt. *Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências*. En: Revista da Faculdade de Direito UFPR, núm. 56, 2012, p. 141 y ss.; SILVA, Jorge Cesar Ferreira Da. *óp. cit.*; *passim*, y recientemente, STEINER, Renata Carlos. *Interesse positivo e Interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro*. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo, 2016, f. 67 y ss. (especialmente); (ii) Colombia, en donde resalta el trabajo de RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. *Deberes de protección, 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana*. En: Revista de Derecho Privado, núm. 20, 2011, p. 301 y ss., dentro de una tendencia por revalorar y estudiar el rol de la buena fe en las relaciones jurídico-privadas, siendo expresión de ello los trabajos de NEME VILLAREAL, Martha Lucía. *El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En: Revista de Derecho Privado, núm. 11, 2006, p. 79 y ss.; ID. *La buena fe*

Para tal efecto veamos (i) el proceso formativo del art. 54 en dicho cuerpo normativo y (ii) su ubicación entre la obligación de seguridad expresa y tácita.

(i) En 1969, y con ocasión del Cuarto Congreso Nacional de Derecho Civil en Córdoba, diversos autores argentinos se reunieron para discutir, entre otros temas, un proyecto de regulación legal en materia de derechos de la personalidad, en donde el art. 4 sancionó que “están prohibidos los actos de disposición del propio cuerpo, cuando ocasionen una disminución permanente de la integridad física o pongan en peligro la vida de la persona, o sean de otro modo contrarios a la ley, al orden público o a las buenas costumbres”. Como puede verse, en esta fórmula, la cual se emparenta con nuestro art. 6 del código actual, se destaca el rechazo del “peligro” al que puede verse expuesto la vida de la persona en ocasión de los actos de disposición del propio cuerpo.

Más tarde, en la II Jornada Provincial de Derecho Civil celebrada en Mercedes en 1983, teniendo como premisa la dación del Anteproyecto y Proyecto de Código Civil peruano por parte de la Comisión Reformadora, la Comisión N° 1 recomendó incorporar en el derecho argentino un régimen integral y sistemático sobre los derechos personalísimos, proponiendo incluir, además de “los actos de disposición que entrañen un riesgo grave o un atentado a la salud de la persona y aquellos que sean contrarios a las leyes, la moral y las buenas costumbres” (II. En particular, 1), la siguiente fórmula: “4) Regular las actividades deportivas y los espectáculos públicos en los que se exponga la vida o la integridad física”. Con ello, la suerte de los “actos de disposición del propio cuerpo” se

en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2010, *passim*; en un *medio* además que luce una jurisprudencia dúctil para el acogimiento de formas de pensamiento foráneas como la relación de obligación compleja y la propia *Schutzpflichten*; o (iii) Chile, en donde recientemente un autor como **BOETSCH GILLET, Cristián**. La buena fe contractual. Santiago: Ediciones UC, 2015, p. 125, ha sostenido que la buena fe “hace nacer” «deberes de protección»; lo que no significa que la figura francesa haya sido extirpada del discurso de los autores Latinoamericanos, como puede verse en el informado trabajo de **PINTO OLIVEROS, Sheraldine**. “A propósito de la responsabilidad sanitaria”. En: AA.VV. Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015. Tomo II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015, p. 1097 (nt. 52). Si bien la evolución Latinoamericana en materia de tutela contractual de los bienes personales y patrimoniales de los *partners*, caracterizada por la pugna del binomio “obligación de seguridad”- «deberes de protección» como representación de la competencia de los modelos jurídicos por su supremacía (*v. BAR, Christian von. Concorrência entre as ordens jurídicas e “Law made in Germany”*). Trad. de José Carlos de Medeiros Nóbrega. En: *Julgär*, núm. 17, 2012, p. 153 y ss.), resulta interesante, esta excede el propósito de esta Tesis, por lo que reenviamos para mayor información a los autores citados, sin perjuicio de reafirmar, por las razones expuestas a lo largo de este trabajo, la necesidad de que en la experiencia peruana, la discusión en torno a la tutela de los bienes en el contrato se libere del binomio referido y tome una dirección particular.

terminaba de disociar de las “actividades deportivas y los espectáculos públicos” que exponían al “peligro”, en línea con lo previsto por Fernández Sessarego en su Anteproyecto.

Luego de la promulgación del Código Civil de 1984, el Anteproyecto Cifuentes-Rivera (de régimen integral de tutela de los derechos personalísimos) de 1985, como parte de los derechos a la integridad física, a la disposición del propio cuerpo y del cadáver (VII.), dispuso que “c) no serán exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”, colocándose como antecedente directo de esta disposición la fórmula del art. 12 del código actual.

La regulación del “contrato peligroso” encontró recepción en el Proyecto de 1993 a cargo de la Comisión integrada por Belluscio, Bergel, Kemelmajer de Carlucci, Le Pera, Rivera, Videla Escalada y Zannoni, en donde su art. 123 sancionó que “no es exigible el cumplimiento de los contratos que tengan por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

La fórmula bajo comentario encontró una ulterior precisión en el art. 115 del Proyecto de 1998, en donde se señalaba que “no es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

Más tarde, en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012, aunque ahora en su art. 54 (actos peligrosos), la fórmula permanecería inalterada en lo esencial conforme el siguiente tenor:

“no es exigible el cumplimiento del contrato que tiene por objeto la realización de actos peligrosos para la vida o la integridad de una persona, excepto que correspondan a su actividad habitual y que se adopten las medidas de prevención y seguridad adecuadas a las circunstancias”.

La redacción del art. 54 del Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 es idéntica a aquella del Nuevo Código Civil y Comercial argentino, y visto en perspectiva, esta es resultado de un inusitado fenómeno de exportación del art. 12 del Código Civil de 1984, pero sobre todo de la interacción de sus autores con la obra del ponente del Libro I.

(ii) Una vez en vigor el nuevo código argentino, su doctrina le dedicó también algunas líneas al asunto de los “contratos peligrosos²⁴⁴²”. Sin embargo, más que un hecho aislado y novedoso, ello debe verse dentro de un contexto, el argentino, en donde la explotación del “deber de seguridad” resulta una característica inherente a gran parte de su doctrina, no solo la reciente, sino incluso la más añeja.

Así pudimos advertir (Cap. I) cuando comentamos la exportación de la solución francesa a sistemas foráneos (*p.e.* el argentino) producto de una “extensión extraordinaria, incontrolada e imprevisible²⁴⁴³”, en donde no resultaba extraño encontrarse con diversos autores que recogiendo la *Obligation de sécurité* como “deber de seguridad²⁴⁴⁴”, terminaron por arraigarla en el *medio* argentino, en gran medida porque doctrina y jurisprudencia seguían muy de cerca el modelo francés²⁴⁴⁵, lo que finalmente derivó en el surgimiento de una “verdadera pasión por esa categoría²⁴⁴⁶” que motivó

(2442) **LAMM, Eleonora.** “Comentario al art. 54”. En: AA.VV. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I. Buenos Aires: Infojus, 2015 p. 132; **GUIRADO, Diego y Marcelo GIULIANI.** *Implicancias de la inexigibilidad de realizar actos peligrosos establecida en el artículo 54 del Código Civil y Comercial de la Nación en la protección de la salud e integridad psicofísica del trabajador.* En: Revista de derecho laboral, I, 2016, p. 449 y ss.; **MULLER, Enrique Carlos.** *El derecho a no cumplir obligaciones que impliquen actos peligrosos.* En: Revista derecho de daños, I, 2017, p. 341 y ss.; **SAUX, Eduardo Ignacio.** Cap. II – Derechos y actos personalísimos. En: AAVV. Tratado de derecho civil. Parte general. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni, 2018, p. 117 y ss. (*v.* especialmente p. 258 y ss.); entre otros.

(2443) **PRÉVÔT, Juan Manuel.** *Obligación de seguridad. breves apostillas y estado actual de la cuestión.* S/A. En web: <https://www.personaedanno.it/articolo/obligacin-de-seguridad-breves-apostillas-y-estado-actual-de-la-cuestin-juan-manuel-prevot>, pp. 4-5 (del documento digital anexo).

(2444) *v.* **MAYO, Jorge.** *Sobre las denominadas obligaciones de seguridad.* En: La Ley, 1984, p. 951 y ss.; **VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto.** *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo.* Rosario: Editorial Vélez Sársfield, 1988, *passim* (este autor tiene varios escritos sobre la materia); **BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.** *La obligación de seguridad en el contrato denominado juegos de feria.* En: La Ley, 1988, pp. 106-109; **CAVALLERO, Francisco.** *La obligación de seguridad, una obligación contractual secundaria.* En: La Ley, 1996, p. 1513 y ss.; **RINESI, Antonio Juan.** *El deber de seguridad.* Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores, 2007, *passim*; **KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.** “Las infecciones hospitalarias y la obligación de responder por los daños causados”. En: AA.VV. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2008, p. 261 y ss. (*v.* especialmente p. 266 y ss.); **CALVO COSTA, Carlos.** *Incorrecta invocación de la obligación de seguridad en la responsabilidad médica.* En: La Ley, 2012, pp. 604-610; entre otros.

(2445) **PICASSO, Sebastián.** *Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común.* En: Revista Código Civil y Comercial, julio, 2015, f. 1 (de la versión digital).

(2446) *Ibíd.*

sobrepasar los límites del contrato para proyectarlo también en el ámbito de lo pre y post-contractual²⁴⁴⁷.

De esta manera, la solución francesa en el *medio* argentino acarreó su imposición “a cargo del médico, del odontólogo, de las clínicas, de las obras sociales, del transportista; del explotador de juegos de feria, del organizador de espectáculos deportivos, de los propietarios de casinos, bingos y locales bailables, de los jardines de infantes, de los centros comerciales, de los supermercados, etc.²⁴⁴⁸”, al punto que esta “categoría”, consolidada en la *praxis*, motivó a que en el Proyecto de 1998 encuentre recepción expresa en los siguientes dispositivos:

“Art. 1668.- Obligación tácita de seguridad. Quien realiza una actividad, se sirve u obtiene provecho de ella, tiene a su cargo la obligación tácita de seguridad: a) Si de la actividad, o de un servicio prestado en razón de ella, puede resultar un daño a las personas que participan de la actividad o reciben el servicio, o a sus bienes. b) Si, además, puede prevenir ese daño de manera más fácil o económica que si lo hace el damnificado”.

“Art. 1669.- Liberación de la obligación tácita de seguridad. Salvo disposición legal o estipulación de partes, quien está sujeto a la obligación tácita de seguridad se libera si prueba haber actuado con diligencia, a cuyo fin debe haber adoptado las medidas de prevención razonablemente adecuadas”.

A pesar de ello, lo cierto es que posteriormente la figura de la obligación tácita de seguridad no encontraría consagración en el Proyecto de Código Civil y Comercial de 2012 y por ende en el Nuevo Código Civil y Comercial, lo que ha motivado a un sector de la doctrina a solicitar un *réquiem* para ella²⁴⁴⁹ desde que deviene innecesaria por cuanto²⁴⁵⁰: (i) la consagración de un régimen unificado de responsabilidad sugiere un tratamiento indistinto para las hipótesis de responsabilidad por cosas, actividades riesgosas, hechos del dependiente; y (ii) las normas especiales reconocen obligaciones de seguridad expresas y ya no tácitas, *p.e.* en el derecho de consumo.

Frente a ello se ha dicho que si bien son ciertas las premisas formuladas, no debe reducirse todo el universo de la obligación de seguridad a aquellas que son expresamente reconocidas por el

(²⁴⁴⁷) *Ibíd.*

(²⁴⁴⁸) *Ídem*, f. 4.

(²⁴⁴⁹) *Ídem*, f. 12.

(²⁴⁵⁰) Es la síntesis de **PIZARRO, Ramón**. *¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?* En: *La Ley*, 2015, f. 2 (de la versión digital).

legislador, sino que la obligación tácita de seguridad viviría aún “en el ámbito de los contratos cuya ejecución prestacional genere riesgos para la otra parte, con basamento, entre otros argumentos, en el principio de la buena fe²⁴⁵¹” *ex arts. 9, 729 y 961*. De hecho, “conserva utilidad en otros aspectos relevantes, que no han sido modificados por el nuevo código, tales como acción de cumplimiento, resolución y suspensión por incumplimiento, estándar de previsibilidad agravada en caso de incumplimiento doloso y responsable²⁴⁵²”.

No es menester nuestro entrar a tallar y decidir el debate, por el contrario, nos interesa advertir que en la doctrina argentina, lo que parece ser objeto de discusión no es si es admisible o no la idea de una “obligación” destinada a proteger la integridad ajena, sino si esta precisa ser “expresa²⁴⁵³” o puede resultar del acuerdo tácito (“a través de su interpretación en base al principio de buena fe²⁴⁵⁴” y por reconocimiento jurisprudencial²⁴⁵⁵). Sobre lo último ya hemos expresado nuestras discrepancias para la experiencia peruana, de modo que lo primero merece mayor atención, desde que un argumento en tal sentido no es otra cosa que reconocer que el “deber de seguridad” tiene por fuente la ley, como lo reconociera Prévôt²⁴⁵⁶.

Así, en materia de contrato de trabajo²⁴⁵⁷ se dispone que:

“Art. 75. Deber de Seguridad. El empleador debe observar las pautas y limitaciones a la duración del trabajo establecidas en la ley y normas reglamentarias, y adoptar las medidas que, según el tipo de trabajo, la experiencia y la técnica sean necesarias para tutelar la integridad psicofísica y la dignidad de los trabajadores, debiendo evitar los efectos perniciosos de las tareas penosas, riesgosas, o determinantes de vejez o agotamiento prematuro, como así también derivadas de ambientes insalubres o ruidosos.

Está obligado a observar las disposiciones legales y reglamentarias pertinentes sobre higiene y seguridad en el trabajo. El trabajador podrá rehusar la prestación de trabajo, sin que ello le ocasione pérdida o disminución de la remuneración, si el mismo le fuere exigido en transgresión a tales condiciones, siempre que exista peligro inminente de daño o se hubiera configurado el incumplimiento de la obligación, mediante constitución en mora, o si habiendo

(2451) *Ibíd.*

(2452) *Ídem*, f. 4.

(2453) **VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto.** *óp. cit.*; pp. 105-106.

(2454) *Ibíd.*

(2455) **PRÉVÔT, Juan Manuel.** Obligación de seguridad. breves apostillas y estado actual de la cuestión... *óp. cit.*; p. 44.

(2456) *Ídem*, p. 10.

(2457) Ley N° 27323 que modifica el art. 75 de la Ley de contrato de trabajo.

el organismo competente declarado la insalubridad del lugar, el empleador no realizara los trabajos o proporcionara los elementos que dicha Autoridad establezca”.

Aunado a otras hipótesis de obligaciones expresas de seguridad (en donde aparece *p.e.* el consumo o el transporte -según lo reconoce la doctrina argentina²⁴⁵⁸⁻), resulta claro que el legislador argentino impone obligaciones de protección en beneficio de sujetos determinados de acuerdo a ciertos contratos y actividades económicas.

Ahora bien, si la doctrina observa en el art. 54 un instrumento “destinado a la prevención y disminución de los peligros propios de la actividad mediante la adopción de todas aquellas medidas adecuadas a las circunstancias en que el acto comprometido deba ser ejecutado (v. gr. la colocación de lonas o redes para un trapecista)²⁴⁵⁹”, de modo tal que realiza “la función de prevención que este código consagra en el sistema de derecho de daños (arts. 1710 y ss.)²⁴⁶⁰”, ¿no es acaso posible extender nuestras consideraciones acerca del art. 12 al art. 54 del Nuevo Código Civil y Comercial? En otras palabras, ¿el art. 54 no consagra una hipótesis más de “deber de seguridad”?

Si para tal efecto traemos a colación los argumentos que hemos expuesto de forma precedente, y si se entiende por “deber de seguridad” “aquella en virtud de la cual una de las partes en el contrato se compromete a devolver al otro contratante, ya sea en su persona o sus bienes sanos y salvos a la expiración del contrato, pudiendo ser (...) impuesta por la ley (...)”²⁴⁶¹ la respuesta es afirmativa, aun cuando la doctrina argentina no haya incidido mayormente sobre este asunto, en gran medida por limitarse a estudiar, preferentemente, el citado dispositivo desde la teoría de los “derechos personalísimos”²⁴⁶² antes que desde el ámbito de las obligaciones, tal y como sucedía con el ponente del Libro I, en lo que supone un encuentro teleológico entre uno y otro legislador.

(²⁴⁵⁸) **PIZARRO, Ramón.** *óp. cit.*; f. 2; **PRÉVÔT, Juan Manuel.** Obligación de seguridad. breves apostillas y estado actual de la cuestión... *óp. cit.*; p. 10.

(²⁴⁵⁹) **HOOFT, Irene.** “Cap. 3. Derechos y actos personalísimos”. En: Código Civil y Comercial comentado bajo la dirección de Julio Cesar Rivera y Graciela Medina. Tomo I. Buenos Aires, La Ley, 2015, p. 129; **LAJE, Alejandro.** “Capítulo 3. Derechos y actos personalísimos”. En: Código Civil y Comercial de la Nación bajo la dirección de Alberto Bueres. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi, 2014, p. 99 (antes de la promulgación del Nuevo Código Civil y Comercial).

(²⁴⁶⁰) **HOOFT, Irene.** *óp. cit.*; p. 129.

(²⁴⁶¹) **VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto.** *óp. cit.*; pp. 105-106.

(²⁴⁶²) **LAMM, Eleonora.** *óp. cit.*; p. 132; **HOOFT, Irene.** *óp. cit.*; pp. 128-129; **LAJE, Alejandro.** *óp. cit.*; p. 99.

2.3. La especialidad de la fórmula del art. 12 en el Derecho Continental, reproducida ahora en el Nuevo Código Civil y Comercial argentino, no significó que detrás de ella se presente un discurso unánime del legislador del Código Civil de 1984, al contrario, y dado que como metodología la confección de los diversos libros de dicho cuerpo normativo fue reservado para individualidades específicas, no debe sorprender que aquello que justificó la inserción de este artículo en el Libro de Personas, no conversara con el Libro VI y Libro VII (Sección Primera), por más que en el fondo la regulación del art. 12 incidiera tanto en el derecho de personas como en las relaciones de obligación de fuente contractual.

En efecto, si en Fernández Sessarego, el binomio persona-contrato resulta totalmente conciliable al punto que la óptica humanista impone la prevalencia de la primera sobre la segunda desde su connotación patrimonial, en Arias Schreiber, más allá de su intento por seguir con la “filosofía del resto del Código²⁴⁶³”, la construcción legislativa del Libro VII (Sección Primera) muestra con claridad una categoría construida sobre el patrimonio antes que sobre la persona, en línea con las diversas codificaciones del Derecho Continental, sin que ello suponga desconocer que en la idea del legislador, la concepción individualista, propietaria y de absoluta libertad aparezca restringida dada la positivización en el Código Civil de 1984 de ciertos institutos jurídicos como la excesiva onerosidad de la prestación o la lesión.

De cualquier forma, lo cierto es que la construcción del contrato y también la obligación no puede desvincularse del “patrimonio” como antítesis de la persona (en la óptica de Fernández Sessarego), de lo contrario, la actuación del sujeto de derecho en su vinculación intersubjetiva o en la conformación de la “relación jurídica patrimonial” de la que habla el art. 1351 no podría haber sido regulada. En los hechos, no se trata de que una prevalezca sobre la otra, sino, a lo sumo, de atemperar (si es que así se considera) el “individualismo” del Código Civil de 1852 y del Código Civil de 1936, promoviendo una más amplia regulación del Libro I sin que ello importe vedar en el Código Civil de

(²⁴⁶³) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max.** Exégesis del Código Civil peruano de 1984 I... *óp. cit.*; p. 98.

1984 toda “óptica materialista”, máxime cuando hablamos (en estricto) de relaciones de índole patrimonial.

A diferencia de Osterling (Libro VI) y Arias Schreiber (Libro VII, Sección Primera), quienes no abordaron la problemática en torno a la interacción entre el contrato (como principal fuente de obligaciones) y los bienes personales de los contratantes (básicamente porque desde un ángulo teórico dicha vinculación devenía una situación factual que incumbía *ex post* a la responsabilidad civil, aparentemente, delictual), Fernández Sessarego, en un giro significativo, decidió otorgar una tutela *sui generis* que funcionaría *ex ante* o en forma preventiva al hecho dañosos, relevando así de su función a la tutela extracontractual; esta postura, antes que consecuencia de una teoría jurídica, aparece como el resultado de una necesidad ideológica por maximizar la tutela de la persona a un nivel superior, aun cuando ello motive contradicciones en la legislación civil nacional.

En buena cuenta, y en perspectiva, el resultado indirecto del esfuerzo del ponente del Libro I fue alterar el régimen de las obligaciones y el contrato en el Código Civil de 1984 mediante el reconocimiento legislativo de un deber adicional que ingresaba al contenido de la relación jurídica patrimonial y que no se deducía en un deber de prestación. Como era de esperar, frente a ello, y dada la historia de los Libros VI y VII (Sección Primera), nuestro sistema no estaba preparado.

La absoluta novedad y carácter *sui generis* del art. 12 ha llevado a que nuestra doctrina, pero sobre todo nuestra jurisprudencia, haya pasado por alto su aplicación, lo que en buena cuenta explica la rareza *in extremis* de alguna ejecutoria que verse sobre tal dispositivo²⁴⁶⁴.

Sin duda, la constatación de lo anterior hace más imperioso el estudio del “deber de cautela” que se contiene en el referido dispositivo.

2.4. Antes de ingresar al estudio normativo del art. 12, es importante tener en cuenta que el divorcio antes alegado (respecto de la sistematización de los libros del código actual) no significa que la fórmula del art. 12, a nivel teleológico, no encuentre familiaridad con ciertas disposiciones relativas

(²⁴⁶⁴) Por nuestra parte no hemos podido encontrar ninguna.

a los contratos típicos o presentes en ciertas leyes especiales. Al contrario, es justamente ello lo que nos permite a nosotros identificar en esta una hipótesis más de los “deberes de cautela” que nuestra legislación actual, como consecuencia de un particular desarrollo histórico, reconoce e impone en las relaciones de índole contractual.

Sin embargo, dado que hasta ahora los deberes identificados no se han presentado en forma homogénea, es necesario desentrañar la fisonomía del “deber de cautela” del art. 12 a efectos descubrir rasgos comunes y disímiles respecto de aquellos estudiados en el Cap. III.

2.4.1. a) La estructura del art. 12 determina que el “deber de cautela” no surge en todos los contratos civiles, sino exclusivamente en aquellos que tienen por “objeto” la realización de “actos excepcionalmente peligrosos” (para los bienes personales vida e integridad física).

El ponente del Libro I no precisó qué debía entenderse por “actos excepcionalmente peligrosos”, quizá en la creencia de su obviedad, inclinándose, cuando tuvo oportunidad de comentar el referido articulado, por exponer casos concretos en donde la “peligrosidad” se hacía presente como el “toreo, las carreras de autos o motocicletas, las contiendas de boxeo o determinados números circenses²⁴⁶⁵”.

En esa misma línea se encuentra Beltrán Pacheco, quien prescindiendo de una definición de “actos excepcionalmente peligrosos”, coloca “como ejemplos de actividades habituales riesgosas: los contratos de servicios de acrobacia (en un circo), el toreo, los contratos de servicios deportivos automovilísticos, el boxeo profesional, entre otros. En la actualidad, el presente artículo cobra vigencia en la práctica de deportes de alto riesgo (conocidos como “deportes de aventura”) (...)”²⁴⁶⁶.

Ahora bien, en un contexto en donde el tratamiento de los “actos excepcionalmente peligrosos” se reduce (a nivel de doctrina) a su potencial casuística, ¿cuál es el valor de esta expresión en la fórmula del art. 12?

⁽²⁴⁶⁵⁾ **FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.** Derecho de las personas... *óp. cit.*; p. 59.

⁽²⁴⁶⁶⁾ **BELTRÁN PACHECO, Jorge.** “Comentario artículo 12”... *óp. cit.*; p. 152.

Para nosotros, su valor es únicamente descriptivo, no presentado una connotación que trascienda el significado literal de los términos (en sustantivo) “acto”, “excepcional” y “peligro”. Sin embargo, contrario a lo que pudiera pensarse, ello es resultado intencional del legislador, quien para tal efecto, y teniendo en cuenta la finalidad del art. 12, confirió una expresión imprecisa pero descriptiva capaz de envolver un sinnúmero de supuestos de hecho potencialmente cualificados para provocar la lesión de los bienes a la vida y la integridad física.

Si el asunto clave, visto en función de los bienes personales a proteger, residía en rechazar “actos peligrosos”, ¿por qué estos debían ser “excepcionales”?

Aun cuando la inclusión de la “excepcionalidad” pareciera deberse al conflicto que al interior del ponente del Libro I se sucedió al discernir sobre la prohibición o no de actividades capaces de afectar los bienes personales del deudor (admisión excepcional), lo cierto es que una vez incorporada a la fórmula del art. 12, la “excepcionalidad” se constituiría como el límite de los actos peligrosos que, permitidos legislativamente, se encontraban enraizados en la cultura de la comunidad. Esto significaría que gradualmente es posible identificar actos que siendo peligrosos entrañaban (excepcionalmente) mucho más riesgo para la persona que otros actos (“solamente”) peligrosos.

Sin embargo, la oposición de unos “actos peligrosos” a otros “actos excepcionalmente peligrosos” parece meramente retórica. En efecto, al ser la “peligrosidad” y la “excepcionalidad” datos estrictamente de la experiencia, estas no se dilucidan a nivel teórico, sino a nivel práctico. En este escenario, la diferencia entre “actos peligrosos” y “actos excepcionalmente peligrosos” pierde sentido y relevancia desde que el dato de la experiencia únicamente es capaz de mostrar al intérprete la contraposición entre aquél acto que es peligroso de aquél otro que no lo es, mas no la gradualidad entre “actos peligrosos”, toda vez que el elemento que permite distinguir (e identificar) a tal evento es su consecuencia (estrictamente) empírica: el accidente y su reiteración.

Así pues, desde el lente del intérprete, el único conocimiento capaz de ser adquirido en forma inductiva es aquél mediante el cual identifica el acto peligroso, mas no así la escala de gradualidad entre estos (en donde el punto más alto sería lo excepcionalmente peligroso). En ese entendido, a

nuestro criterio, el “acto peligroso” (desprovisto de “excepcionalidad”) será aquél que se encuentra potencialmente apto para promover (repetitivamente) el acaecimiento de un accidente capaz de lesionar los bienes protegidos en la fórmula del art. 12 del Código Civil de 1984.

En nuestro *medio*, el problema con la sola referencia a “actos peligrosos” era que esta podía dar a entender que la posición personal de Fernández Sessarego se había impuesto en forma irrestricta, de modo que la realización de diversas actividades “peligrosas” pero usuales conforme la cultura peruana podrían verse desfavorecidas (aunque no prohibidas) a partir de la regla de la “inexigibilidad” en beneficio del torero, el corredor de autos, entre otros (lo que supondría desincentivar indirectamente la actividad). En la idea de mostrar flexibilidad y concesión al momento de codificar, se agregó el término “excepcional”.

Lo dicho explica porqué en otro *medio*, sin la personalidad del ponente del Libro de Personas, la fórmula de los contratos peligrosos prescinde de su “excepcionalidad”, como sucede en Argentina y su art. 54 del Nuevo Código Civil y Comercial.

Ahora bien, de cualquier forma, los “actos peligrosos”, al ser consecuencia de la experiencia práctica, son capaces de mudar y variar a partir del dato de la evolución científica, de modo que lo que hoy resulta peligroso en un momento y escenario concreto, puede dejar de serlo con el devenir del tiempo, siendo muestra de ello el campo del trabajo, en donde la continua perfección de la técnica ha llevado a retirar el rótulo de “peligroso” a ciertas actividades que antes sí pudieran haber representado ello, como *p.e.* el empleado que labora como conductor en los ferracarriles (recuérdese los accidentes de fines de siglo XIX).

Por lo expuesto, creemos que la “excepcionalidad” del art. 12 debe entenderse subsumida (o comprendida) dentro de la propia noción de “acto peligroso” antes que significar “mayor gradualidad del peligro”. Dicho acto, de orden eminentemente empírico, se autentifica a partir del dato del accidente y su potencialidad, fluctuando entre diversas actividades de orden económico según el *medio* concreto (y consecuente evolución científica) en el que sean observados.

2.4.2. b) Un aspecto adicional que debemos abordar es la identificación del sujeto obligado al “acto peligroso” y la naturaleza de esta actividad.

En la fórmula del art. 12 el “acto peligroso” aparece como “objeto” del contrato. Más allá de toda discusión en torno a tan compleja materia, que en nuestra evolución histórica encontró diversas alternativas, ya sea en la cosa/bien (“objeto de la obligación” *ex art. 1403*, entre otros) o la prestación (*v. p.e.* nuestro actual art. 1221, aun cuando también refiera al “objeto de la obligación”), y en defecto de la solución del Código Civil de 1984, el cual agudiza el problema a partir de lo dispuesto en el art. 1402, lo cierto es que el ponente del Libro I habló de “objeto del contrato” para referirse a la prestación materia de la “actividad habitual del sujeto que los realiza²⁴⁶⁷”.

Si la prestación representa el objeto del contrato en el caso del art. 12, no cabe duda que la conducta “peligrosa” yace en la esfera del deudor de la relación de obligación. En ese sentido, no es cualquier persona (como pareciera desprenderse del propio dispositivo) la que se encuentra compelida a cumplir con el “acto peligroso”, sino únicamente quien ocupa la posición de deudor.

Dicho esto, habiendo identificado al deudor como el sujeto obligado del “acto peligroso”, resta determinar la naturaleza de dicho acto en el cuadro de las posiciones jurídicas que se contienen en la relación contractual.

Esta interrogante no debería revestir mayor problema, y es que como puede preverse, si nos limitamos a la redacción de la fórmula, el “acto peligroso” se deduce, en tanto prestación, en el “deber central de ejecutar la conducta debida²⁴⁶⁸”. En ese sentido, y a contrario, podemos decir que el “acto peligroso”, en la idea del legislador del Libro I, no se deduce en un “deber accesorio”, toda vez que: (i) la sola conducta calificada de “peligrosa” debía representar la actividad económica que pretendía limitar el legislador, como sucedía con el comportamiento debido del boxeador, el corredor de autor, el torero, entre otros; y (ii) la única forma para que el “deber accesorio” concentre un “acto peligroso” era que el deber principal a cuya realización este coadyuvaba también represente un “acto peligroso”

(²⁴⁶⁷) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos. Derecho de las personas... *óp. cit.*; p. 59.

(²⁴⁶⁸) BELTRÁN PACHECO, Jorge. “Comentario artículo 12”... *óp. cit.*; p. 149.

sancionado en el art. 12; en otras palabras, si la actividad económica era “peligrosa” al punto de extender dicho calificativo al deber de conducta principal, devenía irrelevante construir la tutela preventiva a partir de la sola inexigibilidad del deber accesorio, cuando basta evitar el deber principal para provocar la misma consecuencia en el accesorio.

Demás está indicar que quien se exponía al “acto peligroso” no podía ocupar la posición del *creditoris* en la relación de obligación.

2.4.3. c) La capacidad lesiva del “acto peligroso” *ex* art. 12 motivó a que el ponente del Libro I disponga, como medida *ex ante* (a diferencia de aquella resarcitoria), la “inexigibilidad” del contrato, siendo esta pasible de ser alegada por el sujeto obligado al “acto peligroso” siempre que concurren dos circunstancias: (i) que el “acto peligroso” no se corresponda con su actividad habitual, y (ii) que el *creditoris* no ofrezca “las medidas de prevención y seguridad” tendentes a mitigar los potenciales efectos nocivos del “acto peligroso”.

Visto así el asunto, es posible reparar prontamente que la “inexigibilidad” aparece en la fórmula del art. 12 como *la consecuencia* de la ausencia de las dos circunstancias señaladas por el legislador, de modo que corresponde, en primer término, profundizar sobre estas, sobre todo en lo que respecta al surgimiento del “deber de cautela” en la esfera del acreedor, para luego, en un segundo término, abordar la “inexigibilidad” de la que habla el citado dispositivo.

En cuanto respecta a la primera circunstancia, el legislador exige de parte del deudor una determinada característica; esto es, su “habitualidad” para con la actividad que se deduce en la realización de un “acto peligroso”. Sin embargo, que el “acto peligroso” devenga la “actividad habitual” de una persona no garantiza que con relación a su persona, el riesgo de tal acto se disemine, toda vez que bien puede ocurrir que un sujeto repita una misma actividad pero no consiga dominar la técnica.

En ese sentido, cuando el art. 12 habla de “actividad habitual”, no solo busca identificar una característica exógena al sujeto, sino una cualidad inherente a él; o lo que es lo mismo, que el “acto

peligroso” represente para este su oficio y/o profesión, como sucede con el boxeador, el torero, el trapecista, entre otros.

2.4.4. d) La segunda circunstancia resulta de suma importancia para nosotros puesto que ella motiva el surgimiento del “deber de cautela”.

De la lectura del art. 12, se extrae que el acreedor *tiene que* adoptar “las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias” a efectos de que, conjuntamente con la anterior circunstancia, pueda evitar la oposición de la inexigibilidad de parte del deudor. En ese sentido, dicho articulado dispone en la esfera del *creditoris* la adopción de una conducta, un comportamiento concreto en beneficio del deudor. ¿Cuál es este beneficio? El ver inalterada su esfera jurídica, en lo que concierne a sus bienes personales, integridad física y vida.

Así pues, el comportamiento (medidas) de “previsión y seguridad” se traduce en un deber legal que en virtud del art. 12 el sujeto en la posición activa de la relación se encuentra compelido a ejecutar si es que no quiere verse desfavorecido con una eventual oposición de inexigibilidad. En la manera en que se reguló los “contratos peligrosos”, el deber legal de cautela de la esfera del deudor no adopta una fisonomía concreta, de modo que su concreción ha sido dejada al arbitrio del caso concreto (o “actividad habitual” que se traduce en un peligro para los bienes personales del deudor), correspondiendo al sujeto “obligado” *creditoris* adoptar la conducta en función al fin de la norma: la conservación de la integridad física y la vida del deudor expuesto al peligro.

En la fórmula del art. 12, el “acto peligroso” no solo define el contenido del deber (el comportamiento concreto), sino también motiva su surgimiento. La razón de ello radica en que si bien el legislador era consciente de tutelar la seguridad del deudor en la relación de obligación, se encontraba lejos de pretender instaurar una máxima o regla general de cuidado del *partner* contractual; ello explica pues su afán por restringir la hipótesis del art. 12 al “acto peligroso”. Lo cierto es que de esta manera el “deber de cautela” *ex* art. 12 quedaba circunscrito no a un tipo contractual específico, como en gran parte de nuestra experiencia jurídica, sino a una característica particular de la prestación materia de una relación contractual.

De alguna manera, el ponente del Libro I codificó una norma que se coloca entre la fórmula abstracta (o atípica) y aquella específica, concreta (o típica), siempre en vinculación con el fenómeno contractual. El problema es que si evitar lo primero significaba conciliar el régimen del Libro I con aquél del Libro VI y VII (Sección Primera), no evitar lo segundo supuso disociar (directa o indirectamente) el régimen general de las obligaciones y del contrato con la dinámica persona-contrato que Fernández Sessarego consagró en el art. 12, siendo esta circunstancia aún más palpable en lo relativo a la “inexigibilidad”, según veremos más adelante.

Este “deber de cautela” *ex* art. 12, el cual surge, dicho sea de paso, al momento de la conformación de la relación contractual, difiere del *Schutzpflicht* de Stoll, en tanto que: (i) la fuente del primero es legal (supone una construcción legislativa), mientras que el segundo radica en la buena fe (supone una construcción dogmática); (ii) el alcance del primero se encuentra circunscrito únicamente a los “contratos peligrosos” (concepto que precisa concreción según el caso concreto), al contrario del segundo, el cual es por naturaleza abstracto y absolutamente general (no dependiente de un tipo ni de un rasgo contractual); y (iii) mientras el primero se reduce a la posición del *creditoris*, el segundo comprende al deudor y al acreedor.

Añadamos dos cuestiones: los bienes tutelados y la tutela conferida. Centrándonos en lo primero, como podrá recordarse, en la óptica de Stoll, el «deber de protección» estaba destinado a garantizar la conservación del *status quo* de los *partners* contractuales, no solo en lo que incumbe a los bienes personales, sino también en lo que respecta a los bienes de orden patrimonial. Frente a ello, el “deber de cautela” *ex* art. 12 no solo se ciñe a los bienes personales dejando de lado los patrimoniales, sino que dentro de la propia gama de los primeros, solo se limita a la vida y la integridad física del deudor. En ese sentido, la incidencia de este “deber de cautela” es mucho menor a su par alemán, toda vez que al ser fruto de una construcción legislativa, su marco de acción se encuentra limitado a la voluntad del legislador; ergo, únicamente los bienes señalados en el art. 12.

A la interrogante sobre por qué sí la vida y la integridad física, y no así: (i) los bienes patrimoniales, la respuesta debe buscarse en el factor que motivó la dación del art. 12 y la consecuente colocación de la persona (y no su patrimonio) como eje del ordenamiento sobre el cual debía

conferirse la protección debida en aras de no afectar sus derechos inherentes, en una respuesta, como vimos, contestataria a la visión “materialista” o “mercantilista” que en la óptica de Fernández Sessarego imperó durante el Código Echenique y el Código Civil de 1936. Así pues, incluir el patrimonio hubiese hecho flaco favor a la “lucha” del ponente del Libro I, sobre todo si de lo que se trataba era de regular el Libro de Personas; o (ii) los demás bienes personales, en cuyo caso no creemos que exista una respuesta que no desemboque en la mera discreción del legislador, quizá en la idea que en materia de “contratos peligrosos”, ningún otro “bien personal” (que no sea la vida y la integridad física²⁴⁶⁹) quedaba expuesto.

Veamos ahora lo relacionado a su tutela.

2.4.5. e) En el significado material e histórico de la voz “inexigibilidad”, el intérprete podrá terminar de captar la especialidad de la fórmula del art. 12 del Código Civil de 1984.

2.4.5.1. En el lenguaje de nuestro código actual, si bien el legislador no refiere a dicha voz en forma expresa, si lo hace en forma indirecta al dejar constancia de la “exigibilidad” (fundamentalmente en materia de obligaciones y contratos), *p.e.*, del cargo (art. 185), del pago (art. 1234), de la pena (art. 1342), del crédito (art. 1212), del “derecho del tercero” en la cesión del contrato (art. 1458); no obstante, pese a que pareciera que esta presenta un sentido unívoco, lo cierto es que estudiado desde el ángulo de su antítesis (la “inexigibilidad”), parece más exacto observar en él un término anfibológico, desde que si bien “inexigible” -en sentido lato- es una prestación cuyo cumplimiento no puede ser, en un momento determinado, pretendido (en su acepción de “exigencia”) por el *creditoris*²⁴⁷⁰, el legislador refiere a este o bien como resultado de que el plazo (para el cumplimiento de la prestación) no ha vencido (y por tanto la prestación no es exigible), como sucede

(²⁴⁶⁹) Es importante notar que no es esta la sede para profundizar a nivel teórico sobre el significado de “integridad física”, por lo que su tratamiento en nuestro discurso se reduce a su sentido literal. Sin embargo, es cierto que un sector de la doctrina, indudablemente con mayor autoridad sobre la materia, alega que si bien en un primer momento dicha expresión parece caer en una “aparente reductividad”, una interpretación auténtica del redactor comentador (ergo, el ponente del Libro I) “permite comprender extensivamente, como integridad psicosomática, en demostración de un principio de tutela de la salud en el sentido más amplio y moderno de la palabra. *v. BUSNELLI, Francesco Donato.* “La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano”... *óp. cit.*; p. 50.

(²⁴⁷⁰) **MENGONI, Luigi.** *Responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 117.

en el caso del art. 1240 (en donde se supedita el “pago” al acaecimiento del término), o bien producto de la ocurrencia de una circunstancia que otorga al deudor la oposición de una excepción (dilatatoria), como ocurre *p.e.* con el art. 1426 del Código Civil de 1984 (en donde la excepción, y no así el plazo, hace inexigible el crédito para el acreedor).

Si la noción de “inexigibilidad”, como oposición a la “exigibilidad”, se deduce en el Código Civil de 1984 en ambos significados, ¿es posible subsumir la expresión *no son exigibles* del art. 12 en alguna de estas nociones?

La lectura del citado dispositivo no permite concluir ello, dado que si bien se acerca dicha “inexigibilidad” a aquella *lato sensu*, luego la misma se aleja de los dos significados del código actual, una vez advertido que esta busca realizar un motivo concreto del legislador; esto es, evitar que los acreedores exijan “los contratos” que supongan (potencialmente) la lesión de ciertos bienes personales del deudor.

Planteado así el asunto, intentemos explicar la naturaleza de la “inexigibilidad” del art. 12, adelantando que consciente o inconscientemente, ella también se vincula con la experiencia alemana²⁴⁷¹.

2.4.5.2. Retomando lo expuesto en el Cap. I, no cabe duda que la imposibilidad adquirió en el sistema alemán un rol central hasta antes de la Modernización del BGB, máxime si es que sobre ella se terminó de construir el régimen de perturbación de la prestación, independientemente que la

(²⁴⁷¹) Sobre el punto *v.*, entre otros, **MENGONI, Luigi**. *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico)*... *óp. cit.*; p. 280 y ss.; ID. *Responsabilità contrattuale*... *óp. cit.*; p. 87 y ss.; **COTTINO, Gastone**. *óp. cit.*; p. 144 y ss.; **COLESANTI, Vittorio**. *Poteri del giudice e cosiddetto sfondamento del negozio* (a proposito di un libro di K. Larenz). En: *Jus*, IX, 1958, p. 393 y ss.; **RESCIGNO, Pietro**. *L'abuso del diritto*... *óp. cit.*; p. 275 y ss.; **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo**. *L'esecuzione del contratto*... *óp. cit.*; p. 423 y ss.; ID. *Delle obbligazioni in generale*... *óp. cit.*; p. 337 y ss.; **VISINTINI, Giovanna**. *La responsabilità contrattuale*... *óp. cit.*; p. 81 y ss.; **CORDEIRO, António Menezes**. “*A «impossibilidade morab»*... *óp. cit.*; p. 100 y ss.; **KLAUSCH, Sebastian**. *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldenrechtsmodernisierung 2002*. Frankfurt: Peter Lang, 2004, *passim*; **FEHRE, Andrea**. *Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes*. Berlin: Duncker & Humblot, 2005, *passim*; **JÚNIOR, Eduardo Santos**. *Da “impossibilidade pessoal” de cumprir. Breve confronto do novo direito alemão com o direito português*. En: *O Direito*, 2010, p. 423 y ss.

discusión en torno a su naturaleza, haya merecido la atención y crítica de Mommsen, Windscheid, Hartmann y Savigny (por mencionar los más notables), en Alemania.

Sin embargo, dada la ausencia de un tratamiento unitario en torno a esta categoría, no sorprende que con la *Schuldrechtsmodernisierung*, el legislador alemán haya reformulado el régimen y rol de la *Unmöglichkeit* (“concepto altamente artificial²⁴⁷²”), en lo que significó tanto un intento por “alargar²⁴⁷³” la idea de la imposibilidad *ex* parágrafo 275 BGB, así como desafectarla de su condición de eje del *Leistungsstörungenrecht*²⁴⁷⁴ para dar paso a la denominada “violación del deber²⁴⁷⁵” (*Pflichtverletzung*) *ex* § 280.I BGB.

Así pues, bajo el epígrafe “exclusión del deber de prestar” (*Ausschluss der Leistungspflicht*), el legislador, en el primer párrafo del § 275 BGB, dispuso que “la pretensión a la prestación queda excluida siempre que esta sea imposible para el deudor o para cualquier otra persona²⁴⁷⁶”, en lo que supuso comprender en dicha fórmula la tradicional o “echte²⁴⁷⁷” *Unmöglichkeit* (*Impossibilia nulla obligatio*) y sus diversos “tipos” (inicial o sobreviniente, objetiva o subjetiva, parcial y total)²⁴⁷⁸.

En el § 275.II BGB, la “imposibilidad” adquirió un nuevo matiz frente a la del primer párrafo o “imposibilidad” *strictu sensu*²⁴⁷⁹, toda vez que se codificó la *faktische Unmöglichkeit* (imposibilidad fáctica²⁴⁸⁰) -en oposición a la imposibilidad económica (derivada a la *Störung der Geschäftsgrundlage*²⁴⁸¹)-

(2472) ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance...* *óp. cit.*; p. 277.

(2473) *v.* CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português II/IV...* *óp. cit.*; p. 174.

(2474) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*. En: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, Jahrg. 34, H. 8, 2001, p. 329.

(2475) ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance...* *óp. cit.*; p. 278; CORDEIRO, António Menezes. *Tratado de Direito Civil Português II/IV...* *óp. cit.*; p. 172 (nt. 385); LORENZ, Stephan. *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 2010, p. 99.

(2476) “275/I: Der Anspruch auf Leistung ist ausgeschlossen, soweit diese für den Schuldner oder für jedermann unmöglich ist”.

(2477) MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ. *Schuldrecht I...* *óp. cit.*; p. 199.

(2478) ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance...* *óp. cit.*; p. 281; y añadiendo la imposibilidad “física” y de “derecho”, *v.* JÚNIOR, Eduardo Santos. *óp. cit.*; p. 424.

(2479) ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance...* *óp. cit.*; p. 281.

(2480) CANARIS, Claus-Wilhelm. *Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz...* *óp. cit.*; p. 330; OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer*. En: *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4, 2007, p. 2 (del documento en web <https://www.ejcl.org//114/art114-2.pdf>).

(2481) Bajo los auspicios de la buena fe, y que supone un problema conceptual diverso, *v.* ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance...* *óp. cit.*; pp. 282-283.

, la cual confiere al deudor una excepción (*Einrede*)²⁴⁸² en la hipótesis que si bien la prestación resulta aún posible (en los términos del § 275.I BGB), ningún acreedor razonable esperaría que ello (la conducta comprometida) aconteciese o se ejecute (por ser “gravemente desproporcionada” respecto de su interés²⁴⁸³), conforme al siguiente tenor:

“el deudor puede rehusar cumplir la prestación siempre que para esta requiera un esfuerzo que represente una grave desproporción respecto del interés del acreedor en la prestación, teniendo en consideración el contenido de la relación obligatoria y la regla de la buena fe. Para la determinación del esfuerzo al deudor también debe tenerse en cuenta si el impedimento de la prestación debe ser imputado a este último”.

La “exclusión del deber” que nos interesa en forma particular es aquella contenida en el actual tercer párrafo del § 275 BGB. En efecto, según dicho dispositivo, “el deudor puede también rehusar la prestación cuando él deba realizarla personalmente y la misma no pueda serle exigida tomando en cuenta los obstáculos que se oponen a su realización frente al interés del acreedor en la prestación”.

¿Cómo llegó esta “imposibilidad” (concebida por un sector de la doctrina como “moral²⁴⁸⁴” o “personal²⁴⁸⁵” al BGB? En la historia de su gestación, la “inexigibilidad” ocupará un lugar preponderante.

Sabido es que aunque eje del sistema, la *Unmöglichkeit*, como constructo jurídico dogmático, apareció principalmente en modo fragmentario cuando no insuficiente, en gran medida porque todas las hipótesis que afectaban el programa obligatorio en el plano de los hechos debían quedar a merced de lo que ella connotase. Esto justificaba la necesidad, a nivel teórico, de decidir si la “imposibilidad” debía ser “objetiva” o “subjetiva”.

(²⁴⁸²) JÚNIOR, Eduardo Santos. *óp. cit.*; p. 426.

(²⁴⁸³) ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance... óp. cit.*; p. 281.

(²⁴⁸⁴) CORDEIRO, António Menezes. “A *«impossibilidade morab... óp. cit.*; p. 108; ID. Tratado de Direito Civil Português II/IV... *óp. cit.*; p. 176; ZIMMERMANN, Reinhard. *Remedies for non-performance... óp. cit.*; p. 285. Por su parte, de “normative *Unmöglichkeit*” habla MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ. *Schuldrecht I... óp. cit.*; p. 205, mientras que OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto. *The German Act to Modernize the Law of Obligations... óp. cit.*; p. 2 refiere a la misma como imposibilidad “ética”, la cual, conjuntamente con la imposibilidad práctica, representaría un tipo de imposibilidad relativa.

(²⁴⁸⁵) JÚNIOR, Eduardo Santos. *óp. cit.*; p. 424.

En un autor como Savigny, no había duda que la “imposibilidad” se consideraba a propósito del acto (evento impeditivo) considerado en sí mismo y no con relación a la persona del deudor²⁴⁸⁶. Sin embargo, aun cuando decantado por la *objektiver Unmöglichkeit*, este autor, con relación a dicha categoría, introdujo la distinción entre “imposibilidad absoluta” e “imposibilidad relativa”²⁴⁸⁷, en donde el estudio de esta última lo llevó a reclamar un tratamiento similar a la verdadera imposibilidad para el caso en que por una razón fundada en un expediente general, el hecho deducido en condición (u obligación) -de acuerdo con las relaciones ordinarias entre medios y fines- debía considerarse “imposible”²⁴⁸⁸. Para referirse a este caso, diverso de la imposibilidad subjetiva (fundada a partir del dato “particular” de una determinada persona)²⁴⁸⁹, Savigny propuso el nombre de *Unerschwingbarkeit*, en el sentido de inalcanzable (*Unerreichbarkeit*), advirtiendo que su reconocimiento ocurrirá caso por caso según la apreciación del juez²⁴⁹⁰.

De esta manera, la casuística permitirá al juez advertir en un impedimento sobrevenido una mera dificultad (irrelevante y que no libera del cumplimiento al deudor) y dicha *Unerschwingbarkeit* (en tanto imposibilidad)²⁴⁹¹, en cuanto exceso del binomio prestación-resultado, con relación a los medios con que el deudor se comprometió a ejecutarlo; en buena cuenta, esta última precisaba un desequilibrio entre la intensidad del deber (en el sentido de Hartmann) necesaria para “alcanzar” el resultado (del contrato) y la conducta prometida por el *debitoris*²⁴⁹².

La *Unerschwingbarkeit* como imposibilidad en el discurso de Savigny no se conciliaba con la idea de Hartmann, en tanto que este último partía de una noción rigurosamente objetiva de la prestación, de modo que no razonaba en términos de “imposibilidad” sino de “impretendibilidad” del acreedor (medios por encima de aquellos exigidos al deudor)²⁴⁹³. En un sector de la doctrina, la sola variación

⁽²⁴⁸⁶⁾ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Le obbligazioni... *óp. cit.*; p. 357.

⁽²⁴⁸⁷⁾ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema... *óp. cit.*; pp. 220-221; MENGONI, Luigi. *Responsabilità contrattuale... óp. cit.*; p. 107.

⁽²⁴⁸⁸⁾ Ídem, p. 108.

⁽²⁴⁸⁹⁾ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema... *óp. cit.*; p. 221.

⁽²⁴⁹⁰⁾ MENGONI, Luigi. *Responsabilità contrattuale... óp. cit.*; p. 108.

⁽²⁴⁹¹⁾ SAVIGNY, Friedrich Karl von. Sistema... *óp. cit.*; p. 221.

⁽²⁴⁹²⁾ MENGONI, Luigi. *Responsabilità contrattuale... óp. cit.*; p. 109.

⁽²⁴⁹³⁾ *Ibíd.*

de la premisa de este último autor ha permitido observar una coincidencia entre la inexigibilidad de Hartmann y la *Unerschwingbarkeit* de Savigny, ambos sobre el influjo de la *Unmöglichkeit*²⁴⁹⁴.

Advertido que la *Unerschwingbarkeit* es frecuentemente traducida en la idea de “inexigibilidad”²⁴⁹⁵, es fundamental dar cuenta de esta desprolijidad que finalmente trae como consecuencia equiparar el hecho “inalcanzable” materia de imposibilidad de Savigny en el significado *lato sensu* de “inexigibilidad”²⁴⁹⁶, y que conforme el lenguaje de nuestro código actual presenta los dos significados antes referidos. Frente a estos, la “inalcanzabilidad” a la que refiere la *Unerschwingbarkeit* significa “no debido”, “no debido *in obligatione*”, lo que implica que el comportamiento del deudor, bajo los medios dispuestos *ex contractu*, es incapaz de satisfacer el interés del acreedor (deviene “inalcanzable”/“irrealizable”)²⁴⁹⁷; básicamente, el desencuentro entre el “esfuerzo” ideal (que por ser estrictamente posible es realizable a nivel teórico) y el “esfuerzo” real (que traduce el esfuerzo comprometido por el deudor en el contrato).

Centrado sobre el ángulo de la “inexigibilidad”, un importante autor ha hecho notar que con ella se pierde de vista la función significativa que cumple el revés del concepto de imposibilidad relativa (que corresponde a la *Unerschwingbarkeit*)²⁴⁹⁸, más aún cuando se la alarga al punto de comprender en ella los casos de dificultad “extraordinaria” o “desmedida” de la prestación (en los que su superación -esfuerzo- no puede ser “en buena fe” exigido), confundiendo de esta manera la imposibilidad relativa con aquella subjetiva, y correspondientemente, el criterio de buena fe con el de diligencia²⁴⁹⁹.

De cualquier forma, lo cierto es que la “inexigibilidad” en el sentido de “inalcanzabilidad”, o sea de *Unerschwingbarkeit*, se vincula, desde Savigny, con la imposibilidad desde el plano “conceptual”²⁵⁰⁰.

(²⁴⁹⁴) Ibíd.

(²⁴⁹⁵) Ídem, p. 117.

(²⁴⁹⁶) Ibíd.

(²⁴⁹⁷) Ibíd.

(²⁴⁹⁸) Ibíd.

(²⁴⁹⁹) Ibíd.

(²⁵⁰⁰) Ídem, p. 118.

Sin embargo, la “inexigibilidad”, dissociado de la *Unerschwingbarkeit* y de su sentido lato (con los significados antes atribuidos), presentará un ulterior desarrollo a partir de un intento por “atenuar” la imposibilidad liberatoria²⁵⁰¹, no obstante que, veremos, aquella tendrá poco que ver con la *Unmöglichkeit*.

En efecto, luego de promulgado el código alemán, la jurisprudencia y doctrina fueron advirtiendo una casuística particular en donde el deber de cumplir con la prestación se veía enfrentado a hipótesis incapaces de ser consideradas como *objektiver Unmöglichkeit*, como en el caso referido por Heck de la cantante que rehusaba el cumplimiento por preferir cuidar a su hijo convaleciente, o aquél otro en donde la trabajadora de una tipográfica se negaba a colaborar (prestar sus servicios) en la producción de obras de contenido pornográfico²⁵⁰². En ambos casos, el elemento que fundaba el “rehusamiento” recaía en una circunstancia exógena a la relación deudor (conducta debida) - prestación (interés creditorio).

Para dar solución a esta circunstancia, los tribunales alemanes comenzaron a recurrir, una vez más, a la buena fe *ex* § 242 BGB, de modo que, en línea con lo acontecido con la *Unerschwingbarkeit*, la “inexigibilidad” -en tanto *Unzumutbarkeit*- pasaba a ser definida a partir de dicho criterio, siendo que en las decisiones del BGH, esta aparecía como un “sugestivo *deus et machina*²⁵⁰³”.

Más tarde, la *Unzumutbarkeit* pasaría a experimentar una expansión inusitada. Para nuestro propósito, su punto álgido llegó cuando fue destinada a evitar que la ejecución de la prestación por parte del deudor comporte el sacrificio de bienes o intereses dignos de tutela preeminente sobre aquél creditorio²⁵⁰⁴. En otras palabras, la conducta devenía “inexigible” por el *creditoris* cuando su realización traía consigo un menoscabo a un interés (del deudor), no solo digno de tutela sino incluso superior al propio derecho de crédito del acreedor, como acontecía con el citado caso de la cantante, u otro distinto como del trabajador que se ausenta por luto familiar, o donde no se restituye el inmueble

(²⁵⁰¹) VISINTINI, Giovanna. La responsabilità contrattuale... *óp. cit.*; p. 85.

(²⁵⁰²) JÚNIOR, Eduardo Santos. *óp. cit.*; p. 425.

(²⁵⁰³) COLESANTI, Vittorio. *óp. cit.*; p. 421.

(²⁵⁰⁴) DI MAJO, Adolfo. Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 337 (nt. 8); MENGONI, Luigi. *Responsabilità contrattuale*... *óp. cit.*; p. 118.

arrendado por encontrarse el locador inmovilizado (figurativamente) por una enfermedad²⁵⁰⁵. Y con ello se imponía *ex bona fides* un límite al ejercicio del derecho de crédito o pretensión del *creditoris*²⁵⁰⁶.

Este tránsito ha permitido sostener a un sector de la doctrina que la buena fe en su relación con la “inexigibilidad” presenta una función limitativa o de control de derechos de las partes²⁵⁰⁷, sobre todo en lo que respecta al comportamiento del *creditoris*, toda vez que se encarga de filtrar algunos intereses fundamentales sobre los cuales se erige el sistema²⁵⁰⁸, denegando efectos a los comportamientos que se revelan contrarios con ellos²⁵⁰⁹, más precisamente -en este caso-, el del acreedor que exige la conducta comprometida al deudor a pesar que ello pueda desencadenar la lesión de un bien jurídico (superior) de este último.

2.4.5.3. La expansión no terminó ahí, puesto que además de cubrir los casos de “objeción de conciencia”, la “inexigibilidad” en Italia (importada desde Alemania), a partir de su -renovada-elasticidad, pasó a ser asunto constitucional, desde que la Corte afirmara que una relectura de los institutos del *Codice* de conformidad con el precepto constitucional de solidaridad en las relaciones intersubjetivas (art. 2 Constitución italiana) permite identificar “un principio de inexigibilidad como límite (superior) a la pretensión del acreedor”²⁵¹⁰, por el cual,

“cuando en relación a un determinado cumplimiento, el interés del acreedor entra en conflicto con un interés del deudor tutelado por el ordenamiento jurídico, o incluso por la Constitución (italiana), como valor preeminente, o en cualquier caso, superior a aquél subyacente a la pretensión del acreedor, entonces el incumplimiento, en la medida y en los límites en que se encuentra necesariamente vinculado al interés de valor preeminente, resulta jurídicamente justificado” (Sent. 19/1994).

Según informa Mengoni, una solución en términos de *Unzumutbarkeit* ya se encontraba prevista por el código prusiano de 1794, en donde se “equiparaba la misma a la imposibilidad

(²⁵⁰⁵) Ibid.

(²⁵⁰⁶) Ibid.

(²⁵⁰⁷) **DI MAJO, Adolfo.** Delle obbligazioni in generale... *óp. cit.*; p. 337.

(²⁵⁰⁸) **DI MAJO GIAQUINTO, Adolfo.** L'esecuzione del contratto... *óp. cit.*; p. 423.

(²⁵⁰⁹) Ibid.

(²⁵¹⁰) **LIPARI, Nicolò.** “Le singoli fonti del diritto privato”. En: AA.VV. Diritto Civile. Vol. I – Fonti, soggetti, famiglia. I – Le fonti e i soggetti. Milano: Giuffrè, 2009, p. 61; **PALADINI, Mauro.** “L'estinzione dell'obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell'adempimento e inesigibilità della prestazione”. En: AA.VV. L'estinzione dell'obbligazione senza adempimento a cura di Mauro Paladini. Torino: UTET, 2010, p. XXIII.

sobrevenida en los casos en donde la obligación no podría ser cumplida sin poner en peligro la vida, la salud, la libertad o el honor del deudor²⁵¹¹". Sin embargo, parece cuestionable (por decir lo menos) que las hipótesis de "inexigibilidad" en el sentido ahora tratado pertenezca conceptualmente a los impedimentos objetivos de la prestación que calificaban como *Unmöglichkeit* en el BGB (previo a la reforma), el código italiano de 1942 y, por qué no decirlo, el Código Civil de 1984 (de momento en lo que respecta a sus Libros VI y VII), el cual vincula en forma inescindible el evento que imposibilita el cumplimiento a la "obligación" en su acepción de prestación; esto es, el *casus* impide realizar la conducta prometida, lo que no ocurre cuando el factor de la inexigibilidad yace en un juicio *ex bona fides* que termina, a veces en virtud de una lectura de orden constitucional, por desafectar al *debitoris* de una obligación posible *strictu sensu*.

2.4.5.4. De ahí que podamos concluir, secundando a lo dicho por un renombrado autor, que la inexigibilidad en tanto *Unzumutbarkeit* no pertenece al ámbito de la imposibilidad (*Unmöglichkeit*), tanto que ella podría configurarse incluso respecto de obligaciones pecuniarias (solo falta la casuística y la recepción jurisprudencial)²⁵¹², como de intereses no patrimoniales inherentes a la persona o peligro de daños sobre sus bienes²⁵¹³. Se configura de esta forma como un límite distinto a aquél previsto en los arts. 1315 y 1316 del Código Civil de 1984, en donde el ejercicio del derecho de crédito de una prestación "inexigible" encontraría una respuesta del ordenamiento a partir de la fórmula del abuso del derecho²⁵¹⁴ *ex art. II* (Título Preliminar).

Por ende, la inexigibilidad, en el sentido precisado, es equiparable a la imposibilidad aunque no sobre el plano "conceptual", como pretendía Savigny con la *Unerschwingbarkeit*, sino solo *quoad effectum*²⁵¹⁵.

Conviene ahora agregar pues que dicha "inexigibilidad" -conocida bajo la óptica de la imposibilidad como "imposibilidad moral" o "personal"- es pues la que finalmente encontró lugar en

(²⁵¹¹) **MENGONI, Luigi.** *Responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 118.

(²⁵¹²) *Ibíd.*

(²⁵¹³) *Ídem*, p. 119.

(²⁵¹⁴) **RESCIGNO, Pietro.** *L'abuso del diritto...* *óp. cit.*; p. 276; en esa misma línea, *v. VISINTINI, Giovanna.* *La responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 89.

(²⁵¹⁵) **MENGONI, Luigi.** *Responsabilità contrattuale...* *óp. cit.*; p. 119.

el sistema positivo alemán con la reciente *Schuldrechtsmodernisierung*. Esto demuestra asimismo porqué la modernización del BGB supuso un “alargamiento” de la noción de imposibilidad, toda vez que no solo se trató de incluir en el parágrafo 275 BGB la imposibilidad moral o personal, sino de forzar una hipótesis que no pertenece al género de la *Unmöglichkeit* dentro de un dispositivo destinado a dicha figura.

Probablemente, atendiendo a que en realidad lo que se estaba codificando era la “inexigibilidad” (*Unzumutbarkeit*) de la prestación, el legislador, a fin de evitar mayores inconvenientes, dispuso como rótulo del § 275 BGB la expresión *Ausschluss der Leistungspflicht* o, simple y llanamente, “exclusión del deber de prestar”, el cual podía surgir como efecto de la imposibilidad en sentido técnico (primer párrafo), de la excepción (*Einrede*) en que se deduce la “imposibilidad fáctica”, y la inexigibilidad de la prestación conforme el tercer párrafo (que también aparece como una *Einrede*).

Para finalizar, si las tres hipótesis, diversas entre sí, son ordenadas únicamente desde el ángulo del efecto, ¿cuál sería este, dado que estamos hablando de una excepción material cuyo efecto -según analizamos en el Cap. I- es el dilatorio?

Esta interrogante nos permite pues aclarar que el efecto al que se pretende “equiparar” las hipótesis del actual § 275 BGB es el de la imposibilidad; esto es, aquél liberatorio (no obstante que esta pueda contradecirse dogmáticamente con el efecto dilatorio y no perentorio de la *exceptio*).

2.4.5.5. Con este bagaje conceptual, es posible sostener que la “inexigibilidad” a la que refiere el art. 12 del Código Civil de 1984:

a) No se deduce en los dos significados que el lenguaje del Código Civil de 1984 atribuye al término “inexigibilidad”. En efecto, en el caso del art. 12, la “inexigibilidad” prevista por el legislador no es resultado de que: (i) el plazo no haya vencido, puesto que la misma es capaz de ser alegada antes de que se despliegue la conducta prometida por el deudor, o (ii) del efecto “dilatorio” (resaltémoslo) de una excepción contenida en el cuerpo normativo peruano.

b) La “inexigibilidad”, según lo visto, tampoco aparece en el art. 12 como *Unerschwingbarkeit*, desde que los eventos que motivarían dicho escenario -esto es, la falta de la cualidad requerida por la ley en la persona del deudor y la ausencia de las medidas de previsión y seguridad por parte del acreedor- se encuentran divorciados de la “posibilidad” (fáctica) de que el deudor cumpla con la prestación debida en beneficio del acreedor, desde que tales eventos no se constituyen como razón para que el deudor entregue un esfuerzo mayor que aquél comprometido al momento de contratar, el cual, según la teoría de Savigny, haría “inalcanzable” (deber de esfuerzo mayor al razonable) el resultado pretendido por el acreedor.

Dicho de otro modo, no se atestigua -a propósito de la redacción de la norma sobre los “contratos peligrosos”- un desencuentro entre los medios y el resultado que permita determinar que ejecutar la prestación comprometida (“peligrosa”) demanda un esfuerzo “ideal” superior a aquél “real” previsto al momento de contratar.

Estas premisas nos llevan a pensar que la “inexigibilidad” a la que hace referencia el art. 12 se emparenta con la *Unzumutbarkeit*, escindiéndose de esta forma del aspecto conceptual de la imposibilidad, y tomando de ella únicamente lo relativo a su efecto. Para mayor claridad basta observar en los eventos que desencadenan la imposibilidad no un limitante para la consecución del resultado previsto (ergo, no es que vuelvan la prestación imposible), sino más bien una decisión (arbitraria) del legislador por colocar el interés del deudor a su seguridad y protección de su esfera jurídica (en lo que respecta a su integridad personal y vida) en un plano superior al interés del acreedor en ver satisfecho su crédito (mediante la realización del acto “peligroso”). En ese sentido, la ley peruana dispone que cuando el interés del deudor en los “contratos peligrosos” se vea amenazado por el hecho mismo de cumplir con la conducta prometida, el crédito del acreedor devenga “inexigible”.

Así pues, nuestro codificador reconoce en forma implícita en el art. 12 del Código Civil de 1984 no un “principio de inexigibilidad como límite (superior) a la pretensión del acreedor”, como en la experiencia italiana, sino, en menor grado -porque reconocer un principio no es otra cosa que el máximo acto de abstracción-, la existencia de “un” caso de inexigibilidad como límite (superior) a

la pretensión del acreedor en el supuesto concreto de peligro para la integridad física y la vida del deudor.

Esta “inexigibilidad” es pues una hipótesis de “exclusión del deber de prestar” y que encontramos ahora codificado en el § 275.III BGB dentro de la lógica de la imposibilidad personal o moral, la cual representa *strictu sensu* no otra cosa que la *Unzumutbarkeit* bajo el ropaje de la *Unmöglichkeit*, no desde un ángulo conceptual sino de sus efectos, claro está. Y en esa línea, la “inexigibilidad” que Fernández Sessarego dictó para el art. 12 aparece en sentido técnico como una “excepción”, no obstante que su efecto, alejado del aquél (natural) dilatorio, se emparenta más al de la imposibilidad liberatoria (lo que exhibe su carácter *sui generis*).

c) De esta forma, la “inexigibilidad” del art. 12 se disocia a su vez de la experiencia del Derecho Continental, básicamente aquella alemana e italiana, desde que no es resultado de la actividad jurisprudencial civil o constitucional peruana, sino de la opción del legislador patrio por proteger al deudor expuesto al peligro con el “contrato peligroso” a partir de un recurso que, empleado en clave política antes que jurídica, parece apto para satisfacer cualquier “principio” o “fundamento” *a priori* del legislador, sin importar si con ello la construcción de las obligaciones y el contrato termina cediendo a nivel conceptual. La “inexigibilidad” ingresa en este escenario como una “herramienta”, un “instrumento”, un auténtico “recurso” para concretar el postulado legislativo y garantizar su consecución.

d) La escasa trascendencia de una solución como la anterior en nuestro *medio* responde lógicamente en que al no ser fruto de la jurisprudencia o de la doctrina, su ámbito de aplicación queda exclusivamente reducido a la hipótesis del art. 12. La situación aparece más gravosa cuando se advierte que la propia incidencia de este último dispositivo en la realidad jurisprudencial civil peruana es prácticamente nula.

Sin duda, en este contexto, no debe sorprender que la *fórmula* del art. 12 haya devenido en una *regla* inaplicada.

e) Finalmente, un ulterior rasgo que termina de mostrarnos el distanciamiento de la fórmula de Fernández Sessarego con el desarrollo de la experiencia del Derecho Continental es que a diferencia de esta, el legislador peruano no se limita a “sancionar” la “inexigibilidad” del contrato peligroso en beneficio del deudor, sino que en un intento por flexibilizar el contenido preceptivo del art. 12 (descartando un absolutismo de los bienes protegidos que parece el presupuesto en las demás experiencias), dispone no solo una cualidad específica para el deudor, sino una conducta concreta en la esfera del acreedor: prestar la “seguridad” necesaria al *debitoris* para ejecutar el contrato peligroso. En aras de evitar la oposición de la “excepción de inexigibilidad” *ex* art. 12, el acreedor se encuentra obligado por disposición de la norma a cumplir con un “deber de cautela” concreto, bajo riesgo de que en cualquier momento el deudor decida oponer la excepción con consecuencias liberatorias.

Las experiencias ajenas a la peruana se concentran únicamente en ofrecer al deudor la “solución” de la “inexigibilidad” (no incidiendo el acreedor en la existencia o desaparición del interés “superior” del deudor); la realidad nacional ofrece la misma solución, pero otorga al acreedor la posibilidad de evitar la “inexigibilidad” desde su origen; esto es, contratando al deudor cualificado y cumpliendo un “deber de cautela” en su favor.

Aunque parece a estas alturas obvio, en este caso, el “deber de cautela” del *creditoris* encuentra su fuente únicamente en el imperativo legal del art. 12 del Código Civil de 1984; o lo que es lo mismo, ella es consecuencia directa del pensamiento y política de su autor, Fernández Sessarego.

He ahí un ejemplo más de la *Spezialität* del modelo del “deber de cautela” en sede nacional.

III. En lo complejo de la fórmula del art. 12 no quedo reservado un lugar para el tratamiento de la responsabilidad derivada de la contravención de la misma, quizá porque en la idea del ponente del Libro I, la posibilidad de ello quedaba descartada desde que la construcción de la referida norma adoptaba un ribete preventivo de los daños en ocasión de los “contratos peligrosos”. En buena cuenta, la violación del deber de cuidado *ex* art. 12, aparejado a la producción del daño en la esfera del deudor, debía ser evitado a partir del recurso a la inexigibilidad.

¿Siempre es así?

Ciertamente, en el plano teórico, la lógica es que las consecuencias negativas de los “contratos peligrosos” nunca lleguen a producirse, de ahí que el deudor, propio y absoluto interesado en tal empresa, pueda oponer la inexigibilidad cuando considere que ejecutar la conducta comprometida apareja el riesgo inherente a ver afectada su esfera jurídica personal (vida e integridad física), sea porque el acreedor omite (totalmente) el “deber de cautela” (o en el grado y medida que se requiera en el caso concreto), porque no cuenta con la cualidad requerida o porque aun con lo anterior el peligro no se difumina. Aunque resulte obvio, en este caso, siempre que el deudor sea capaz de advertir en forma previa a la ejecución el “peligro”, podrá valerse del dispositivo del art. 12 y cautelar dichos bienes jurídicos en forma preventiva, realizando el fin de la norma.

En tal supuesto, el análisis ocurre *ex ante* (a la ejecución del “contrato peligroso”); sin embargo, en el plano de lo fáctico, puede darse el caso en que este recién encuentre lugar *ex post*, de dos formas: (i) que acreditados los actos materiales realizados por el acreedor para garantizar su seguridad, el deudor (cualificado para estos efectos), luego de ejecutar su deber de prestación, no vea afectado ni su integridad física ni su vida, y (ii) que acreditada la ejecución del “deber de cautela”, los actos materiales de seguridad previstos por el acreedor no hayan sido suficientes para evitar que el deudor, en el cumplimiento de su prestación, termine lesionado en su integridad física o vida. En el primer supuesto, el fin de la norma también se ve realizado, puesto que al final de cuentas se garantizó los bienes personales del deudor, por el contrario, en el segundo supuesto, aun cuando estuvo presente la cualidad y se ejecutó el “deber de cautela”, la actuación de este último no sirvió para ver inalterada la esfera del deudor en el contrato peligroso; en otras palabras, la puesta en escena del “deber de cautela”, dejado al arbitrio del acreedor y al juzgamiento *ex ante* del deudor, fue “defectuosa” y por tanto el *debitoris* terminó con una lesión en su integridad física o, peor aún, perdió la vida, o lo que es lo mismo, no se realizó el fin de la norma.

A efectos de estudiar la responsabilidad derivada de la violación del “deber de cautela”, conviene centrarse exclusivamente en el segundo supuesto, careciendo de relevancia los otros mencionados, incluso en los casos en donde aun cuando no se haya presentado sintonía entre la

actuación del “deber de cautela” y la actividad realizada por el deudor, este último no haya experimentado (“por fortuna”) daños.

De momento, en los casos en que el *creditoris* garantice al deudor su seguridad (al momento de ejecutar la prestación) en base al despliegue de ciertos actos concretos en favor suyo (en donde el segundo no cuenta con los medios para advertir que el comportamiento del acreedor podría no ser suficiente o pertinente), y, pese a ello, se verifiquen daños en la esfera personal (integridad física y vida) del *debitoris*, estos -daños- (consecuencia de la violación del “deber de cautela”, ejecutado en forma inexacta) precisarán ser resarcidos por el acreedor; sin embargo, la fórmula del art. 12, aun cuando traza las líneas fundamentales respecto de tal deber (“de cautela”), se agota únicamente en la solución *ex ante* (“inexigibilidad”), sin mencionar la posibilidad de que el deudor pueda recurrir a la tutela *ex post* de la responsabilidad, ni precisar si aquella presenta naturaleza contractual o extracontractual.

Se aprecia de esta manera un caso más en donde la existencia (innegable a nuestro criterio) de un deber (impuesto por el imperio de la ley) que no se deduce en la prestación ni en las demás posiciones jurídicas del contrato, es susceptible de ser violado y cuya tutela, fuera de la “inexigibilidad” antes referida, no encuentra expresa referencia en el dispositivo del art. 12, por más que su surgimiento y actuación depende única y exclusivamente del hecho mismo de la relación contractual creada entre deudor-acreedor; en buena cuenta, un deber que en la mentalidad de Fernández Sessarego ingresa en la relación de obligación a partir de una particular visión del Derecho y que solo abstrayéndolo de su contexto pareciera poder ser reconducido a los confines de la tutela delictual *ex art. 1969 del Código Civil*.

De cualquier forma, el silencio del legislador (rasgo compartido con las demás hipótesis de “deber de cautela” en el *medio* peruano) exige abordar la naturaleza de la responsabilidad derivada de su violación, pero no en forma fragmentaria, como podría ser el tratar simplemente el “deber de cautela” *ex art. 12*, sino global, previa presentación y conceptualización de la *fattispecie* del “deber de cautela” (estudiada en los anteriores capítulos en forma singular y) que vive en nuestro ordenamiento jurídico.

IV. Pasemos entonces a presentar la *fattispecie* del “deber de cautela”.

4.1. Explorada las manifestaciones del “deber de cautela” en el *medio* peruano a propósito de la promulgación del Código Civil de 1984, hemos advertido que visto en perspectiva histórica, la “categoría” (en sentido figurado) ha sido presa de una evolución turbulenta, variada y poco clara, la cual se explica desde que ella aparece en la óptica del intérprete claramente dissociada (por ausencia de aquél) de un referente conceptual preconcebido por el legislador peruano al momento de emprender la labor codificadora, lo que ha derivado finalmente a que esta “categoría” (denominada por nosotros “deber de cautela”) adquiera el calificativo de *sui generis* si se la contrasta con la experiencia alemana de los *Schutzpflichten* y también con aquella francesa de la *Obligation de sécurité*.

En buena cuenta, estamos sin duda ante una “categoría” particular de la experiencia nacional y que presenta a primera vista una composición marcadamente heterogénea, lo que no supone negar el hilo “homogéneo” en sus diversas manifestaciones que justifica su aglomeración en dicha “categoría”.

Dicho esto, la *fattispecie* del “deber de cautela”²⁵¹⁶ (hasta ahora analizada) se presenta (legalmente) en nuestra óptica de la siguiente manera:

(i) Típica/atípica.-

Por pertenecer o no a los esquemas contractuales reconocidos por el legislador peruano, los “deberes de cautela” aparecen:

a. De forma típica, en los contratos “nominados” (o “típicos”) de arrendamiento, hospedaje²⁵¹⁷, comodato y mandato que aparecen en el Libro VII (Sección

(²⁵¹⁶) En principio, esta afirmación se sustenta en los casos analizados en este trabajo. No dudamos que una investigación más amplia podrá derivar en que se adviertan otras hipótesis de “deber de cautela” a las aquí tratadas. De una u otra manera, creemos que los caracteres del “deber de cautela” aquí presentados podrán ser extendidos a cualquier otra manifestación de dicho deber en nuestro ordenamiento jurídico; no obstante ser este razonamiento resultado de un proceso inductivo.

(²⁵¹⁷) Dándole calidad de «deber de protección», **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee**. *óp. cit.*; f. 245 (“nosotros proponemos la construcción de la estructura compleja de la relación obligatoria (conformada por un deber de prestación y deberes de protección o de seguridad) a partir de lo prescrito en los artículos de hospedaje del Código Civil”).

Segunda) del Código Civil de 1984, así como en la normativa especial del sector laboral (relación de trabajo), en materia de transporte ferroviario (relación transportista-pasajero), en lo relativo al contrato de estacionamiento (como actividad principal); o,

- b. De forma atípica²⁵¹⁸, en el caso de los “contratos peligrosos” *ex art. 12*, en donde lejos de vincular el “deber de cautela” a un tipo contractual o a una relación de particular naturaleza, otorga la posibilidad a que dicho deber surja en cualquier vínculo contractual, sin importar si el mismo recae en un esquema típico (Código Civil y normativa especial) o atípico, bastando que para tal efecto la prestación a cargo del *debitoris* suponga un peligro para su integridad física y vida.

En esa misma línea, los casos comprendidos en el art. 1727 del Código Civil 1984²⁵¹⁹, a partir de los cuales se identifica diversas actividades no necesariamente reconducibles al esquema de los contratos típicos o nominados en los que alguna de las partes involucradas se encuentra gravada con el “deber de cautela”.

- (ii) Concreta/Abstracta.-

(²⁵¹⁸) Puede comprenderse *ib.* en este supuesto los deberes que surgen de la “relación de consumo”(Ley 29571, *p.e.* el art. 25: “Los productos o servicios ofertados en el mercado no deben conllevar, en condiciones de uso normal o previsible, riesgo injustificado o no advertido para la salud o seguridad de los consumidores o sus bienes”), no obstante los inconvenientes que genera el hecho que el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual no pueda otorgar “resarcimientos” en favor de los damnificados (*v. Ídem*, f. 252). Otro autor incluso ha afirmado la existencia de los *Schutzpflichten* (en materia de consumo) a partir del criterio de la diligencia criticado por nosotros, *v. HOWARD DEJO, Paul Iván. óp. cit.*; f. 165.

(²⁵¹⁹) **GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.** *óp. cit.*; f. 247, para quien “la normativa del contrato de hospedaje se aplicará a los estacionamientos de los establecimientos comerciales porque al igual que en el hospedaje, en dichos establecimientos el estacionamiento es una prestación accesoria. De esta manera, cuando los clientes estacionen sus vehículos, el deber de custodia es un deber de protección o de seguridad. En este orden de ideas, ante el hurto de los vehículos, de sus partes integrantes o de sus bienes accesorios -siguiendo lo señalado en el artículo 1727 del Código Civil- se aplicaría las normas del contrato de hospedaje (artículos 1713 al 1726 del Código Civil) en lo que sea aplicable. Nosotros consideramos que es aplicable el art. 1718, el cual señala que el hospedante responde como depositario. De este modo, en el caso de hurto de los vehículos, de sus partes integrantes o de sus bienes accesorios en los estacionamientos de los establecimientos comerciales los propietarios y los administradores responderían como depositarios imputándoseles responsabilidad por incumplimiento de obligaciones cuando no observen lo prescrito en el artículo 1824 del Código Civil”. Para entender la razón de vincular el depósito con la “obligación de cautela”, *v.* nuestro análisis anterior.

Debido a su afinidad con un esquema típico o no, el “deber de cautela” aparece respecto del intérprete de manera:

- a. Concreta (o precisa), en donde el mandato legislativo (fórmula legal) es autosuficiente para identificar la hipótesis de hecho en el cual surge y actúa dicha posición jurídica, como sucede en el arrendamiento, hospedaje, mandato, comodato, relación laboral, transporte ferroviario; supuestos que por su especificidad, no precisan auxilio jurisprudencial o doctrinal (mediante construcciones “ficticias”); o,
 - b. Abstracta, en el cual la fórmula del legislador no es autosuficiente para agotar el supuesto de hecho en el cual surge y actúa el “deber de cautela”, como se extrae de lo dispuesto en los arts. 12 y 1727 del Código Civil de 1984, por lo cual se requiere que la jurisprudencia y la doctrina (a partir del reconocimiento del deber de cautela *ex lege* que emana de dichos dispositivos) coadyuven con tal empresa²⁵²⁰.
- (iii) Patrimonial/personal.-

Por encontrarse dirigidos a proteger una determinada calidad de bienes de los contratantes, los “deberes de cautela” pueden aparecer:

- a. Destinados a cautelar los bienes patrimoniales, como en el caso del arrendamiento (el bien arrendado *ex art.* 1681.4), hospedaje (bienes patrimoniales del huésped), comodato (*art.* 1735.2), mandato (*art.* 1796.4), transporte ferroviario (en beneficio de la empresa de transporte y los pasajeros), estacionamiento (lectura sistemática *art.* 1726 y Ley N° 29461) y las hipótesis contenidas en el *art.* 1727 del Código Civil de 1984; o,
- b. Destinados a proteger los bienes personales, tal y como sucede en el comodato *ex art.* 1735.2, mandato (*art.* 1796.4), en materia laboral (Ley N° 29783),

(²⁵²⁰) Lo que no supone negar que sea la ley la que habilite su surgimiento.

transporte ferroviario (en beneficio de los pasajeros) y el art. 12 en tema de “contratos peligrosos” (vida e integridad física).

Como puede verse, en algunos casos, la protección recae o bien en el ámbito personal o bien en el ámbito patrimonial; en otros casos, la tutela es capaz de abrazar la protección de ambos tipos de bienes jurídicos.

(iv) Preventiva/compensatoria

Por la forma de su tutela, los bienes objeto del “deber de cautela”, según la construcción de nuestro legislador, encuentran protección de manera:

- a. Preventiva (*ex ante*)²⁵²¹, en el caso del “deber de cautela” contenido en el art. 12 del Código Civil de 1984, en el que se dispone la “inexigibilidad” de la prestación (o contrato, en el lenguaje del ponente del Libro I).

No sucede lo mismo en materia de contrato de trabajo, en donde si bien el legislador dispone una “política de prevención de accidentes” a cargo del

(²⁵²¹) A pesar que más adelante nuestra investigación derivará en reconducir el “deber de cautela” al dominio contractual, lo cierto es que el hecho de tratarse de una obligación “contractual” no significa que respecto de ella sean aplicables los institutos de la excepción de incumplimiento o la resolución del contrato, desde que una conclusión en tal sentido significaría: (i) desconocer el dato de la fórmula legal concentrada en la noción de “prestación” (a diferencia de lo previsto en el Libro VI); y (ii) reconfigurar implícitamente la función de ambos institutos en el sistema peruano. De hecho, la dificultad de recurrir *p.e.* a un instituto como la excepción de incumplimiento o a otra especie de autotutela, trajo consigo que el legislador del Libro I se vea compelido a regular una especial “inexigibilidad” en los “contratos peligrosos”. Dada la propia particularidad del “deber de cautela”, resulta imperioso que su tutela, además de aquella resarcitoria, sea sancionada expresamente por la ley, toda vez que su naturaleza *sui generis* sugiere que cualquier tutela (*ex ante*) conferida podría generar un desencuentro conceptual con la “armonía” del Código Civil de 1984, siendo el único justificativo (no necesariamente compartido) para ello la propia autoridad del legislador; ergo, su arbitrariedad.

empleador (arts. 4²⁵²², 50²⁵²³ y ss. de la Ley 29783 y arts. 5²⁵²⁴, 82²⁵²⁵ y ss. de su Reglamento), la consecuencia de su “inejecución” no yace (*ex lege*) en la “inexigibilidad” del art. 12 (ni en ningún otro instrumento análogo que actúe *ex ante* la comisión del daño, como podría pensarse que sucede con la “interrupción” a la que refiere el art. 63²⁵²⁶ de la Ley 29783), sino en una eventual responsabilidad

-
- (²⁵²²) Art. 4.- “El Estado, en consulta con las organizaciones más representativas de empleadores y de trabajadores, tiene la obligación de formular, poner en práctica y reexaminar periódicamente una Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo que tenga por objeto prevenir los accidentes y los daños para la salud que sean consecuencia del trabajo, guarden relación con la actividad laboral o sobrevengan durante el trabajo, reduciendo al mínimo, en la medida en que sea razonable y factible, las causas de los riesgos inherentes al medio ambiente de trabajo”.
- (²⁵²³) Art. 50.- “El empleador aplica las siguientes medidas de prevención de los riesgos laborales: a) Gestionar los riesgos, sin excepción, eliminándolos en su origen y aplicando sistemas de control a aquellos que no se puedan eliminar. b) El diseño de los puestos de trabajo, ambientes de trabajo, la selección de equipos y métodos de trabajo, la atenuación del trabajo monótono y repetitivo, todos estos deben estar orientados a garantizar la salud y seguridad del trabajador. c) Eliminar las situaciones y agentes peligrosos en el centro de trabajo o con ocasión del mismo y, si no fuera posible, sustituirlas por otras que entrañen menor peligro. d) Integrar los planes y programas de prevención de riesgos laborales a los nuevos conocimientos de las ciencias, tecnologías, medio ambiente, organización del trabajo y evaluación de desempeño en base a condiciones de trabajo. e) Mantener políticas de protección colectiva e individual. f) Capacitar y entrenar anticipada y debidamente a los trabajadores”.
- (²⁵²⁴) Art. 5.- “El reexamen periódico, total o parcial, de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo, a que hace referencia el artículo 4 de la Ley, es prioridad del Estado, y debe realizarse por lo menos una (1) vez al año con la participación consultiva del Consejo Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo. El resultado del reexamen se considera en las modificaciones de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo”.
- (²⁵²⁵) Art. 82.- “El empleador debe identificar los peligros y evaluar los riesgos para la seguridad y salud de los trabajadores en forma periódica, de conformidad con lo previsto en el artículo 57 de la Ley. Las medidas de prevención y protección deben aplicarse de conformidad con el artículo 50 de la Ley. La identificación se realiza en consulta con los trabajadores, con la organización sindical o el Comité o Supervisor de Seguridad y Salud en el Trabajo, según el caso”.
- (²⁵²⁶) Desde que el control de la “interrupción” no parece recaer en la esfera del trabajador como sí en la del empleador (quien incluso debe prever el costo económico de la “paralización”), como se desprende del art. 63.- “El empleador establece las medidas y da instrucciones necesarias para que, en caso de un peligro inminente que constituya un riesgo importante o intolerable para la seguridad y salud de los trabajadores, estos puedan interrumpir sus actividades, e incluso, si fuera necesario, abandonar de inmediato el domicilio o lugar físico donde se desarrollan las labores. No se pueden reanudar las labores mientras el riesgo no se haya reducido o controlado”; y en el art. 99 del Reglamento.- “La interrupción de las actividades en caso de inminente peligro previsto en el artículo 63 de la Ley no debe originar perjuicio económico al trabajador, salvo que ésta se deba a caso fortuito o fuerza mayor, en cuyo caso es de aplicación el artículo 15 del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad laboral, aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-97-TR”.

administrativa *ex art.* 95 de la Ley 29783²⁵²⁷, de ahí la importancia de la “supervisión²⁵²⁸”.

Respecto de lo señalado, en la construcción de Stoll este punto era clave, de ahí su necesidad por extender el receso a ciertos casos de *Schutzpflichten*. Sin embargo, la idea de este autor era evitar que la sola exposición al peligro que crea el otro *partner* contractual termine en una concreción del daño personal o patrimonial. Para ello, el receso debía dar la posibilidad a que la parte perjudicada se aparte del peligro creada por la otra a propósito del vínculo obligatorio creado con el contrato. Una vez producido el daño personal o patrimonial, la solución era el resarcimiento (tutela *ex post* conforme el siguiente numeral).

En la normativa peruana, un efecto similar al pretendido por Stoll (dada las particularidades del supuesto de hecho regulado) es logrado con la inexigibilidad del art. 12 (destinado a mitigar la puesta en peligro). Sin embargo, al tratarse el “deber de cautela” de una construcción particular legislativa, esta tutela preventiva reclamada (inexigibilidad) precisa un reconocimiento legal tal y como lo dispuso el ponente del Libro I, no siendo por tanto factible su extensión a las

(²⁵²⁷) Art. 95.- “El Sistema de Inspección del Trabajo, a cargo del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, tiene a su cargo el adecuado cumplimiento de las leyes y reglamentos relativos a la seguridad y salud en el trabajo, y de prevención de riesgos laborales. La inspección del trabajo está encargada de vigilar el cumplimiento de las normas de seguridad y salud en el trabajo, de exigir las responsabilidades administrativas que procedan, de orientar y asesorar técnicamente en dichas materias, y de aplicar las sanciones establecidas en la Ley 28806, Ley General de Inspección del Trabajo”.

(²⁵²⁸) Art. 87.- “La supervisión y la medición de los resultados deben: a) Utilizarse como un medio para determinar en qué medida se cumple la política, los objetivos de seguridad y salud en el trabajo y se controlan los riesgos. b) Incluir una supervisión y no basarse exclusivamente en estadísticas sobre accidentes del trabajo y enfermedades ocupacionales. c) Prever el intercambio de información sobre los resultados de la seguridad y salud en el trabajo. d) Aportar información para determinar si las medidas ordinarias de prevención y control de peligros y riesgos se aplican y demuestran ser eficaces. e) Servir de base para la adopción de decisiones que tengan por objeto mejorar la identificación de los peligros y el control de los riesgos y el Sistema de Gestión de la Seguridad y Salud en el Trabajo”.

Art. 90.- “La revisión del sistema de gestión de la seguridad y salud en el trabajo se realiza por lo menos una (1) vez al año. El alcance de la revisión debe definirse según las necesidades y riesgos presentes”.

demás hipótesis de “deber de cautela” aquí estudiadas, a pesar que respecto de algunas categorías podría parecer lógica su aplicación²⁵²⁹.

- b. Compensatoria (*ex post*), de forma residual, en tanto que la violación de los “deberes de cautela” en cada una de las hipótesis estudiadas, incluso aquellas materia de legislación especial, como la laboral²⁵³⁰, es susceptible de comportar la lesión de un bien jurídicamente tutelado y por tanto el daño sufrido ser resarcible en sede civil.

Dicho esto, el estudio, uso y aplicación (en la doctrina y la jurisprudencia) de la “categoría” del “deber de cautela” es válido siempre que quede circunscrito a lo que consideramos la *fattispecie* de la misma.

Sin perjuicio de ello, presentada esta última corresponde ahora tentar una explicación (jurídica, por así decirlo) para tal mezcolanza, la cual resalta enseguida por el hecho que nuestra “categoría” ha estado enfrentada en este trabajo con la “uniforme” construcción dogmática que significó la categoría de los *Schutzpflichten* de la experiencia alemana.

4.2. No hay explicación.

La “razón” de esta “inexplicable” conformación de la *fattispecie* del “deber de cautela” obedece a una razón formal y a otra material:

- (i) En cuanto a lo formal, la ausencia de cohesión interna en el propio seno de la Comisión Reformadora de 1984 en lo que respecta al interés por proteger la esfera de las partes contractuales, la cual derivó en que las disposiciones contenidas en el Libro I, VI y VII (Sección Primera y Sección Segunda) no encuentren armonía a partir de la existencia de una norma genérica que comprenda y

(²⁵²⁹) Es el caso del contrato de trabajo, máxime cuando en la construcción del citado dispositivo (art. 12), las actividades peligrosas se vinculan inescindiblemente con el universo laboral.

(²⁵³⁰) Art. 94.- “Para efecto de lo dispuesto en el artículo 53 de la Ley, la imputación de la responsabilidad al empleador por incumplimiento de su deber de prevención requiere que se acredite que la causa determinante del daño es consecuencia directa de la labor desempeñada por el trabajador y del incumplimiento por parte del empleador de las normas de seguridad y salud en el trabajo”.

“explique” las diversas hipótesis estudiadas, máxime cuando con posterioridad al Código Civil de 1984, las normas especiales seguirían identificando atisbos de protección en diversas relaciones jurídicas.

De esta forma, los supuestos de “protección o “cautela” aparecen en nuestro *medio* (y desde la óptica del intérprete) de forma disgregada y dispersa en específicos artículos del código actual, coadyuvando a esta ausencia de sintonía y “sistematización” la proliferación de normas sectoriales en sentido análogo.

(ii) En cuanto a lo material, y aun cuando a nivel legislativo hubiese existido una tendencia por ofrecer un cuerpo sistemático, lo cierto es que tal intención legislativa, por más que en el plano fáctico hubiese prosperado, se hubiese visto contrapuesta con los rudimentos de la teoría de las obligaciones y el contrato que hasta mediados la década de 1980 imperaba en el *medio* peruano no obstante excepciones singulares.

El desencuentro entre lo teórico y lo que el subconsciente pretendía con la codificación fragmentaria del “deber de cautela” es razón suficiente para entender lo controvertido de esta última “categoría”, no obstante que en el devenir histórico, el calificativo devenga meramente superficial.

De esta manera, la experiencia peruana en materia de “deberes de cautela” se sintetiza en: (i) el *continuidismo* de la tradición inveterada, el cual se materializa en la positivización de deberes de conducta diversos a la prestación y sus sucedáneos accesorios en tipos contractuales particulares; (ii) la *innovación* que supuso la codificación del art. 12 como prueba concreta de la intención del legislador (propriadamente el ponente del Libro I) por cautelar la esfera ajena sin que ello importe una contradicción con la regulación del Libro VI y VII (Sección Primera), los cuales se constituyen como los pilares de la relación jurídica intersubjetiva; (iii) la *fragmentación* de la idea de “cuidado” de la esfera ajena en el ordenamiento peruano, unas veces presente en el Código Civil de 1984, otras en las leyes sectoriales; y (iv) la *insuficiencia* de la propia idea de cuidado, la cual lejos de descansar en un postulado dogmático, aparece como resultado de una “intención”; una que por ser tal es incapaz de

agotar toda la problemática que en torno a ella puede formarse, como sucede con la naturaleza derivada de su propia violación.

El reconocimiento de los “deberes de cautela” en sede nacional es fruto de una técnica inductiva antes que deductiva, lo cual explica pues que en el sustrato final de esta mezcla o “categoría”, yace una cuestión puramente “política” del legislador peruano (no reducible a aquél del Código Civil de 1984).

¿Qué implica que detrás de la positivización fragmentaria de los “deberes de cautela” aparezca la política del legislador como elemento no solo decisorio sino fundante?

El recurso a la política no es nuevo. De hecho, a lo largo de este trabajo, hemos identificado materias en las que nuestro legislador, pero no solo él, sino incluso nuestra propia doctrina, construye conceptos y relanza el uso de ciertas instituciones a partir de lo que en un determinado tiempo y lugar cree correcto; “creencia” que recae, en última instancia, no en un aspecto técnico jurídico, sino personal, más propiamente, moral o ético.

Sucede con la buena fe, en donde el postulado dogmático pierde terreno ante el fundamento *a priori*; ocurre con el “deber de cautela”, porque no se trata de la valía técnica o dogmática de la figura, de si ella -en tanto posición jurídica- pertenece al contenido de la relación de obligación, sino si ella es capaz de traducir la voluntad de legislador. Ello se corrobora si atendemos nuestra evolución histórica. En efecto, esta nos ha permitido comprender que la figura del “deber de cautela” ha sido fruto no de una elucubración dogmática sino de una “simple” decisión del legislador, quien consideró necesario proteger a una de las partes, o ambas, en determinados contextos (relaciones contractuales).

No hemos encontrado razones, de orden dogmático o ideal, que justifique ello.

Por otra parte, esto no debería sorprender. Sucedió en Alemania, en Francia, y también en Perú, aunque de distinta manera. En lo que respecta a nosotros, el legislador peruano, en todas sus etapas codificadoras, alteró la “tranquilidad” dogmática que existía en la zona de confín entre el contrato y el ilícito. Para ello no se apoyó en razones de orden técnico-jurídico, sino que anteponiendo

una política (no estatal, sino personal, al menos en lo que respecta al Código Civil de 1984) destinada a brindar protección, subordinó las consecuencias que a nivel dogmático se produciría en el *medio* (jurídico) nacional. Qué duda cabe, otro legislador (en plural, porque fueron varios), en otro momento y en otro tiempo, podría haber legislado diferente, pero ello no fue el caso.

La historia del origen y expansión de esta figura en Perú no puede prescindir de cada uno de los momentos en que se producía la realización del ideal legislativo a costa del ideal dogmático, así pasó en 1852 cuando se destinaron fórmulas legales para proteger al arrendador, huésped, pasajero, trabajador (en medio del desencuentro entre la *realidad normativa* y la *necesidad extrajurídica*); en 1936, con la inclusión de la indemnización laboral en el contenido del contrato de trabajo; en 1984, con el art. 12 o el art. 1727; y en general, con las leyes en materia de transporte o trabajo.

Se presentó así una necesidad legislativa por “reforzar” la protección brindada por la cláusula general de responsabilidad *ex art.* 1969, en un contexto como el peruano en donde para entender la connotación de tal “necesidad” no resulta necesario “hallar” “la” razón jurídico-dogmática, basta - luego de estudiado el asunto con profundidad- ver los hechos; de ahí lo imprescindible de una investigación en clave histórica.

En ese sentido, al fundarse el “deber de cautela” en la política del legislador, como revés ético jurídico, no sorprende la forma en la que se expresa; esto es, como una compleja mezcla de hipótesis caracterizadas por su heterogeneidad, en buena cuenta, una *fattispecie sui generis*.

4.3. Si al momento de estudiar los «deberes de protección» habíamos concluido que en el plano teórico estos no coincidían con el deber *ex contractu*, ¿es posible extender dicha conclusión al “deber de cautela”?

En primer término, es fundamental tener en cuenta que no estamos refiriéndonos a la misma “categoría”.

A diferencia del «deber de protección», el “deber de cautela” no se configura en nuestro discurso como una categoría genérica y abstracta conforme lo planteado por Stoll en Alemania. En

efecto, si el primero aparece como regla (en la dogmática alemana), el segundo se presenta en nuestra concepción como un supuesto de excepción. Esto quiere decir que el marco de actuación del «deber de protección» es mucho mayor al del “deber de cautela”, toda vez que no precisa de una disposición legislativa que reconozca su existencia. En otras palabras, mientras que el *Schutzpflicht*, como categoría general, pretende copar (a nivel de dogmático) el espacio de la responsabilidad extracontractual, en lo que se ha denominado fenómeno (ilimitado) de “contractualización”, el “deber de cautela” se divorcia de tal pretensión, encontrándose limitado únicamente a cuanto dispone el legislador (y cuanto pudiera explotar la doctrina y jurisprudencia en los supuestos atípicos previstos *ex lege*; ciertamente en ningún caso al nivel de una categoría abstracta y genérica).

Ahora bien, si como puede verse los «deberes de protección» de Stoll no son reconducibles al ámbito del contrato, restando como única alternativa, en desmedro de las tesis que alientan su calidad de “tercera vía”, su adscripción al dominio extracontractual, esta misma conclusión no puede ser extensible en forma *a priori* al “deber de cautela”, desde que si bien la defensa (por nosotros) de la existencia de esta clase de deber (“excepcional”) presupone, en forma subrepticia, la reafirmación (indirecta) de que -por regla general- los daños que sufren las partes en ocasión del contrato y que no se deducen en una lesión al interés de prestación deben ser resarcidos según las reglas de la responsabilidad delictual, nada impediría (en teoría), a tenor con su propia configuración, que los “deberes de cautela” representen supuestos de excepción a la regla general de la responsabilidad *ex delicto*, en lo que vendría a significar el ensanchamiento de la responsabilidad contractual por imperio (inconsciente, ciertamente) del legislador (y no de la doctrina).

Lo que resulta claro, de cualquier forma, es que lo que corresponde analizar no es la “regla general” (de que los daños en el contrato se reconducen al ámbito delictual; conclusión nuestra luego del estudio de los «deberes de protección» de Stoll), sino la posibilidad de que los “deberes de cautela” supongan una “regla excepcional” (a dicha máxima) en el sistema peruano, en lo que significaría la *coexistencia* de un “universo” genérico y absoluto en donde los daños a la integridad -en el contrato- son tutelados por la responsabilidad extracontractual («deberes de protección», en la terminología de Stoll, aquilianos que se identifican en el deber genérico de no dañar) y otro, mucho menor, limitado

a los confines de la voluntad del legislador (y su fundamento “ético-jurídico”) en donde las reglas se invertirían bajo el dominio de la tutela *ex contractu* (“deberes de cautela” contractuales²⁵³¹).

Corroborado lo primero, verifiquemos lo segundo.

4.3.1. Si hay algo absolutamente cierto en materia de “deberes de cautela” es que el legislador no resolvió si su violación se deducía en una responsabilidad contractual o extracontractual.

Las diferencias entre ambos regímenes (adelantada en parte en el Cap. III y sin ánimos de ser reiterativos en un asunto que aparece como lugar común en nuestra literatura), puede ser formulada brevemente -siguiendo a nuestra doctrina más autorizada- en los siguientes términos:

a) El “origen” del resarcimiento²⁵³²: (i) en la responsabilidad contractual, según vimos, la “obligación de resarcir” aparece como un deber secundario, el cual existiendo al momento de la conformación de la relación de obligación, actúa una vez acaecido el fenómeno del incumplimiento; y (ii) en la responsabilidad extracontractual, la “obligación de resarcir” surge y actúa (instantáneamente) con la producción del daño en perjuicio de la víctima.

b) Los daños resarcibles²⁵³³: (i) en la responsabilidad contractual se resarce el daño emergente, el lucro cesante y el daño moral; y (ii) en la responsabilidad extracontractual, además de estos, el daño a la persona.

(²⁵³¹) Lo que supone que, únicamente cuando el legislador dispone un deber de cautela para determinada relación contractual, los daños a la integridad (que surgan como consecuencia de la expresa previsión legislativa) encontrarán, en defecto de la regla general, tutela *ex contractu*.

(²⁵³²) **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 58 (aunque en distintos términos); **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 418.

(²⁵³³) **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”. En: ID. La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico, 2017, p. 158; **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Sobre la (pretendida) distinción de la responsabilidad civil contractual (*rectius*: por inejecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana”... *óp. cit.*; p. 1383; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 59.

c) La extensión del resarcimiento²⁵³⁴: (i) en la responsabilidad contractual el resarcimiento alcanza los daños que resultan consecuencia inmediata y directa del incumplimiento, en donde de mediar culpa leve, se resarcirá los daños previsibles (que pudieran haberse previsto al momento del surgimiento de la *relación ex contractu*), caso contrario (culpa grave o dolo), el resarcimiento alcanzará incluso los daños imprevisibles; y (ii) en la responsabilidad extracontractual el resarcimiento alcanza todos los daños efectivamente sufridos (sin importar si fueron previstos o imprevistos).

d) La carga de la prueba²⁵³⁵: (i) en la responsabilidad contractual, se presume la culpa leve del deudor, quedando en el acreedor la carga de probar la culpa grave y el dolo; y (ii) en la responsabilidad extracontractual, el art. 1969 establece que “el descargo por falta de dolo o culpa corresponde a su autor”, lo que ha motivado a observar en dicho dispositivo una (cuestionable ciertamente) presunción de culpa y dolo²⁵³⁶.

e) La mora²⁵³⁷: (i) en lo que refiere al surgimiento de la obligación resarcitoria, en la responsabilidad contractual se precisa la interpelación (art. 1336), salvo opere mora automática o lo dispuesto en el art. 1333, mientras que en la responsabilidad extracontractual, no es necesaria dicha interpelación, identificándose el momento de surgimiento de la responsabilidad con su propio origen,

(²⁵³⁴) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 418; **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 158; **OSTERLING PARODI, Felipe.** “Inejecución de daños y perjuicios”... *óp. cit.*; pp. 415-416; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 58; **PAYET, José Antonio.** La responsabilidad por productos defectuosos. Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. III. Lima: Fondo Editorial PUCP, 1997, p. 483.

(²⁵³⁵) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** “Sobre la (pretendida) distinción de la responsabilidad civil contractual (*rectius*: por inejecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana”... *óp. cit.*; p. 1383; **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 158; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 65.

(²⁵³⁶) **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; pp. 184-188; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 66.

(²⁵³⁷) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 418; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 70; **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”... *óp. cit.*; p. 261.

ergo, el daño; y (ii) en lo que refiere a los intereses²⁵³⁸, estos se devengan en la responsabilidad contractual en caso medie interpelación en mora del deudor, mientras que en la responsabilidad extracontractual los intereses (respecto del monto resarcitorio) surgen desde el momento en que acaece el daño²⁵³⁹.

f) La prescripción²⁵⁴⁰: (i) en “inejecución de obligaciones”, el plazo de prescripción (de la acción personal) es de diez años (art. 2001.1); y (ii) en la responsabilidad delictual el plazo se reduce a dos años (art. 2001.4).

Sea que las diferencias entre una y otra especie se agoten en aquellas que hemos mencionado, o se anoten otras de similar envergadura²⁵⁴¹, lo cierto es que el solo proceso de subsunción de estas respecto de los “deberes de cautela” no alcanza para dilucidar su naturaleza contractual o extracontractual, básicamente porque los rasgos distintivos de una y otra especie de responsabilidad, más allá de responder a una “razón de ser²⁵⁴²” (que la explica), se ubican -en su mayoría- en el plano estrictamente normativo antes que en el ideal; esto quiere decir que la distinción (normativa) planteada aparece (por sí misma) como una consecuencia de un juicio previo (*a priori*) y extra-normativo, el de la disquisición conceptual – teleológica que “causa” en el legislador la necesidad de reconocer las dos

(2538) **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 159; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 70.

(2539) **CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos.** “Reflexiones a propósito de la mora del deudor: algunos temas puntuales”. En: AAVV. Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor. Buenos Aires: La Ley, 2010, p. 180 (haciendo énfasis en que tales interés no son moratorios sino compensatorios).

(2540) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 418 (quien precisa que en materia de responsabilidad contractual el plazo de prescripción varía entre 3 y 10 años); **PAYET, José Antonio.** *óp. cit.*; p. 483; **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 158; **OSTERLING PARODI, Felipe.** “Inejecución de daños y perjuicios”... *óp. cit.*; p. 416; **OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.** “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”... *óp. cit.*; p. 60; **FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.** “Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad”... *óp. cit.*; p. 261.

(2541) *v. p.e.*, **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 419 (en materia de Derecho Internacional Privado); **OSTERLING PARODI, Felipe.** “Inejecución de daños y perjuicios”... *óp. cit.*; p. 416 (a diferencia de la solución contractual, en materia aquiliana rige la solidaridad. En esa misma línea *v.* **PAYET, José Antonio.** *óp. cit.*; p. 483).

(2542) **LEÓN HILARIO, Leysser.** “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 159.

especies de responsabilidad, diferenciándolos en el derecho positivo desde la construcción presente en el Código Civil de 1984.

Para la identificación de la naturaleza del “deber de cautela” no alcanza con enfocar el análisis en el plano de la consecuencia o de la distinción normativa (supuestos *b-f*), sino en el de la “causa” (fundamento) o de la distinción teórica (supuesto *a*), por más que la diferencia, en dicho nivel, parezca reducida a ser “un concepto elemental de la ciencia jurídica, que aprenden los estudiantes de primer año: la responsabilidad contractual es la derivada del incumplimiento de un contrato, mientras que la responsabilidad extracontractual se deriva de actos no contractuales²⁵⁴³”.

En seguida veremos que aunque “la evidencia de tal distinción se desvanece tan pronto nos acercamos (...)”²⁵⁴⁴, es a partir de ella (en su connotación), y a la larga, que la “categoría” del “deber de cautela” podrá encontrar afinidad con alguna de las dos especies de responsabilidad.

Nuestra doctrina ha tenido presente que abordar el fundamento de la distinción exige indagar sobre la “esencia” de ambas responsabilidades. Así, durante la vigencia del Código Civil de 1852, un autor (receloso de justificar la diferencia a partir de la noción de “culpa” contractual y extracontractual²⁵⁴⁵), sugirió distinguir ambas especies por la naturaleza diversa de su objeto²⁵⁴⁶:

“cuando la ley impone una obligación á todos los hombres de una manera general, se trata ordinariamente de una obligación puramente negativa; el objeto de nuestra obligación es una abstracción pura y simple; ahora, en cualquier forma que se contravenga á esta obligación la culpa existe, porque toda obligación de abstenerse es necesariamente absoluta. Al contrario, casi todas las obligaciones convencionales tienen un objeto positivo; son obligaciones de hacer y por consiguiente son susceptibles de mayor ó menor extensión; y esta variabilidad en la extensión de las obligaciones del deudor, le dá ocasiones más ó menos fáciles de incurrir en culpa²⁵⁴⁷”.

(²⁵⁴³) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 417.

(²⁵⁴⁴) *Ibíd.*

(²⁵⁴⁵) Sobre el punto, *v.* **BADANI CHÁVEZ, Rosendo.** *óp. cit.*; p. 115 y ss.

(²⁵⁴⁶) **RAMÍREZ, Carlos Aníbal.** Las modernas tendencias del derecho en materia de responsabilidad civil. Facultad de Jurisprudencia UNMSM. Tesis (Dr.). Lima: Tip. del Panóptico, 1911, p. 73.

(²⁵⁴⁷) *Ibíd.*

En realidad, la distinción esbozada se ceñía a la fuente de la cual surgía la “obligación” violada, en este caso, la ley y la voluntad, en donde la primera aparecía en forma “abstracta” y “negativa”, mientras que la segunda se mostraba en forma “positiva”.

Más tarde, una vez promulgado el Código Civil de 1936, Cornejo, luego de exponer diferencias de orden normativo entre ambos regímenes de responsabilidad, argüiría que en la responsabilidad civil (extracontractual) “la víctima no está ligada al autor (del ilícito) por una obligación contractual²⁵⁴⁸”, mientras que en la otra clase de responsabilidad dicha obligación preexiste (al surgimiento del daño)²⁵⁴⁹.

Desde otro ángulo, León Barandiarán era de la idea que “la responsabilidad delictual supone, pues, un ataque indebido contra un derecho que la ley protege, imponiendo la reparación consiguiente. (...) Así, teniendo su origen directo en la ley y no en (sic) declaración de voluntad, se distingue la responsabilidad aquiliana de la convencional, que en el Código es materia del Título IX, titulado “De la inexecución de las obligaciones”, de la Sección segunda del libro quinto (artículo 1318 y siguientes)²⁵⁵⁰”.

En el fondo, el binomio “ley” y “voluntad” volvía a aparecer como elemento clave en la discusión. De hecho, se consolidaría en el ideario nacional, puesto que hacia mediados de la década de 1950, un importante autor, aparte de las diferencias en el plano normativo, sustentaría que “la responsabilidad contractual se origina en un contrato, en un vínculo jurídico anterior. La extracontractual tiene su origen en la ley; no reconoce vínculo jurídico anterior; y nace porque el deudor ha cometido un acto ilícito²⁵⁵¹”. Con ello, la responsabilidad “voluntaria” supondría un “vínculo jurídico anterior”, mientras que la responsabilidad “no voluntaria” o legal no.

En esa línea, Rey de Castro, recordando la “doctrina clásica”, recordaba que:

(²⁵⁴⁸) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 371 (paréntesis nuestro).

(²⁵⁴⁹) *Ibíd.*

(²⁵⁵⁰) **LEÓN BARANDIARÁN, José.** Comentarios al Código Civil peruano II... *óp. cit.*; pp. 223-224.

(²⁵⁵¹) **CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.** Instituciones de derecho civil. El derecho de las obligaciones. Tomo II... *óp. cit.*; p. 75.

“la obligación incumplida, retardada o mal ejecutada no se extingue, ni aun cuando el incumplimiento haya sido total o definitivo. No queda pues un vacío que tenga que ser ocupado por una nueva obligación indemnizatoria; antes bien, mantiénese el vínculo original pero el objeto, total o parcialmente, se transforma en la indemnización que debe prestar el deudor culpable. Esta transformación (...) no es más que un efecto de la propia obligación; una emanación de la fuerza obligatoria del vínculo (...).

En cambio, en el acto ilícito la obligación indemnizatoria que origina la responsabilidad, se presenta como una creación de la norma legal, y de ahí que se atribuya a la ley la categoría de fuente de esta clase de obligaciones. Es la ley la que señala al responsable cuando con sus actos o abstenciones, o con los elementos materiales o con las personas que de él dependen, causa un daño cuya reparación exige la víctima, quien así se convierte en acreedor de una prestación indemnizatoria puesta a cargo del agente del daño. La norma legal, en consecuencia, ha creado esta obligación que antes no existía entre el acreedor-víctima y el deudor-causante del daño²⁵⁵²”.

De esta manera, “en su origen, pues, ambas responsabilidades muestran notorias diferencias. La preexistencia de un contrato entre la parte que sufrió el daño y la que lo causó, al modificar o incumplir culpablemente su prestación, es pródiga en peculiares consecuencias que no se dan en la responsabilidad extracontractual²⁵⁵³”. Operan ahí recién las diferencias de orden normativo (consecuencia) a las que hemos hecho mención y que -como puede verse- se emparentan en algunos casos, y otros no, con las esbozadas por estos autores durante el periodo que va de 1936 a 1984.

Como indica Rey de Castro,

“nada de esto se da en la responsabilidad extracontractual. Aquí el autor del daño no lo ha causado en la ejecución de un contrato que lo vinculaba anticipadamente a la víctima; sin duda jamás se propuso dar nacimiento a obligación alguna que iba a pesar sobre sus espaldas; luego no hay por qué atenerse a ninguna voluntad expresa o presunta de las partes, sino, cuando más, a la voluntad del legislador, vale decir al texto de la ley de la cual fluyen deberes específicos y determinados (...) o el mandato tácito y universal de prudencia y diligencia²⁵⁵⁴”.

Se reafirmó de esta forma el binomio antes referido, caracterizado por el “contrato” como elemento concreto que delimitaba (figurativamente) la existencia de una obligación voluntaria y otra

⁽²⁵⁵²⁾ REY DE CASTRO, Alberto. *óp. cit.*; pp. 86-87

⁽²⁵⁵³⁾ Ídem, p. 87.

⁽²⁵⁵⁴⁾ Ídem, pp. 87-88.

legal; una relación pre-existente otra no; una obligación “absoluta” otra “relativa” o *erga omnes* como oposición a aquella *inter partes*.

¿Esta visión varió en la doctrina de nuestro código actual?

A poco de entrada en vigor el Código Civil de 1984, el ponente del Libro VI retornaría al binomio voluntad-ley, desde que “en esencia, en la responsabilidad contractual las partes están vinculadas por una obligación convencional, mientras que en la responsabilidad delictual no²⁵⁵⁵”.

Luego, otro importante autor sustentaría que:

“en la responsabilidad contractual, las dos partes involucradas en el daño -el causante y la víctima- han tenido un trato previo. Esto significa que se han vinculado voluntariamente y que han buscado en común ciertos propósitos: su reunión no es causal o accidental; y esta reunión se ha producido en torno a obtener un cierto resultado (las respectivas prestaciones recíprocas). Por consiguiente, tenemos una situación en la que el elemento de intencionalidad o de voluntad predomina.

Pero, además, esta voluntad se encuentra de alguna manera documentada, es decir, presenta un antecedente textual. Por “documento” no queremos significar aquí necesariamente la existencia de un texto escrito: basta que exista un “texto” (es decir, el contenido de un acuerdo), cualquiera que sea la forma- verbal o escrita- como se encuentre expresado (...)²⁵⁵⁶.

Frente a ello, “en la responsabilidad extracontractual no existe delimitación previa de causante y víctima: uno y otro pueden ser cualquiera, sin que los una necesariamente ninguna relación anterior al daño. Tampoco hay ninguna intencionalidad subyacente a la relación entre ambos ni, consiguientemente, hay un “texto” o acuerdo que pueda servir de pauta para establecer la razón por la que ahora están en contacto²⁵⁵⁷”.

De esta manera, las ideas de relación “pre-existente” (que motivaría “la delimitación previa de causante y víctima”) y “voluntad” (“intencionalidad subyacente”) seguían reafirmando la línea de frontera entre ambas especies de responsabilidad.

(2555) **OSTERLING PARODI, Felipe.** “Inejecución de daños y perjuicios”... *óp. cit.*; p. 415.

(2556) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 449.

(2557) *Ibíd.*

Posteriormente, otro autor, crítico respecto de la distinción basada en la pre-existencia de la relación (en la medida que en las dos especies de responsabilidad, visto desde el ángulo de la culpa, la conducta del sujeto estaría en contradicción con el ordenamiento), propondría reconducir el asunto y fijar nuestra atención en la “distinta concreción de las normas jurídicas con las cuales entra en contradicción la conducta que da origen a la responsabilidad, en los ámbitos contractual y extracontractual²⁵⁵⁸”.

Así pues,

“según la extensión de los derechos subjetivos, se clasifican éstos en absolutos y relativos. Son derechos subjetivos absolutos “aquellos que atribuyen al sujeto un poder que puede ser hecho valer frente a todos los terceros (*erga omnes*), y una correspondiente defensa, contra actos de violación, de quienquiera que provengan (...). En cambio, los derechos subjetivos relativos, “son los derechos que pueden hacerse valer frente a una persona (o frente a varias personas) determinada o determinable y puede pretenderse su observancia, solamente por parte de aquella persona. Al derecho subjetivo relativo corresponde, como deber, una especial obligación de persona determinada, mientras que al derecho absoluto corresponde solamente el deber general de todos los hombres de abstenerse de realizar cualquier acción que inquiete al titular del derecho²⁵⁵⁹”.

Con ello, bajo la premisa que la distinción entre ambos regímenes se percibe a partir de la distinta naturaleza de las normas violadas, este autor concluiría que “se da la responsabilidad extracontractual cuando se viola un derecho de otro a una situación jurídica tutelada de manera absoluta, esto es, contra todos los ciudadanos²⁵⁶⁰”; en otras palabras, cuando se lesiona “el deber que se impone a todos los ciudadanos de no atentar contra los derechos absolutos de otros²⁵⁶¹”. Por el contrario, la responsabilidad contractual ocurriría cuando “se viola un derecho relativo de otro; es decir, cuando la lesión se refiere a una precedente y específica relación obligatoria, cualquiera que sea, a su vez, la fuente de la obligación violada²⁵⁶²”.

⁽²⁵⁵⁸⁾ **PAYET, José Antonio.** *óp. cit.*; p. 484

⁽²⁵⁵⁹⁾ Ídem, pp. 485-486.

⁽²⁵⁶⁰⁾ Ídem, p. 486

⁽²⁵⁶¹⁾ Ídem, p. 487

⁽²⁵⁶²⁾ Ídem, pp. 486-487.

En la idea por descartar la relación “pre-existente”, este autor retornó a ella aunque por una vía auxiliar, la oposición de la naturaleza del deber violado, uno *inter partes* (o relativo) y otro *erga omnes* (o absoluto).

De una u otra manera, los “elementos” que (tradicionalmente) sustentaban la distinción parecían invariables, más aún luego de que un autor como Taboada Córdova, férreo defensor del estudio de la responsabilidad civil desde una “óptica unitaria²⁵⁶³” (“la responsabilidad es una sola, existiendo como dos aspectos distintos la responsabilidad civil contractual y extracontractual, teniendo ambas como común denominador la noción de antijuridicidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causador²⁵⁶⁴”), sostenga que:

“(…) la diferencia esencial entre ambos aspectos de la responsabilidad civil radica en que en un caso el daño es consecuencia del incumplimiento de una obligación previamente pactada, y en el otro caso el daño es producto del incumplimiento del deber jurídico genérico de no causar daño a los demás. Esta distinción justifica las diferencias de matiz en la regulación legal de ambos aspectos de la responsabilidad civil (...)”²⁵⁶⁵.

Otro autor, incidiendo en el “deber violado”, sustentó que los deberes cuya violación motiva el surgimiento de la responsabilidad contractual presentan “características particulares”; entre estas: (i) son específicos porque se impone a sujetos determinados *ex ante*, y no (como en la responsabilidad aquiliana) a la generalidad de individuos²⁵⁶⁶; (ii) son deberes de carácter positivo, en cuanto su realización comporta el sacrificio de un particular interés, el cual no debe ser confundido con el deber genérico de no dañar a otros (situación pasiva del derecho absoluto²⁵⁶⁷); y (iii) el cumplimiento del deber específico es preciso para la satisfacción del interés del acreedor en la responsabilidad *ex contractu*, por el contrario²⁵⁶⁸, en la tutela aquiliana, “la función del deber reviste una función diversa

(²⁵⁶³) **TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.** Elementos de la Responsabilidad Civil. 3era ed. Lima: Grijley, 2013, pp. 35-36.

(²⁵⁶⁴) Ídem, p. 36.

(²⁵⁶⁵) Ibíd.

(²⁵⁶⁶) **SAAVEDRA VELAZCO, Renzo.** “La responsabilidad precontractual en debate. Panorama de la doctrina jurídica nacional”. En: AA.VV. Responsabilidad Civil Contemporánea. Lima: ARA Editores, Ius et Veritas, 2009, p. 553.

(²⁵⁶⁷) Ibíd.

(²⁵⁶⁸) Ibíd.

en cuanto sirve como medio de protección externa, dirigido a impedir la lesión del interés tutelado, sin resultar per se el instrumento para su realización²⁵⁶⁹”.

Más tarde, y en esa idea por captar la distinción entre ambas especies de la responsabilidad, León Hilario advertiría 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 incumplimiento, en cambio, garantizan al acreedor la armónica ejecución comprometida en la relación obligatoria²⁵⁷⁰”.

En ese sentido, “la responsabilidad por incumplimiento deriva de la privación al acreedor de aquella ventaja que él tenía la legítima expectativa de obtener. (...) En oposición, lo que se presenta en la responsabilidad extracontractual es un empeoramiento no querido, como es obvio, del *status quo* de un sujeto²⁵⁷¹”. Así pues, “el sistema, entonces, prevé coherentemente formas de tutela distintas, por un lado, para la protección de una expectativa planificada, para asegurar la ejecución de algo que se prometió; y por otro lado, para la protección de la situación del sujeto que se ve empeorada contra la voluntad del mismo. Por ello, el resarcimiento es solo uno de los remedios ante el incumplimiento en el ámbito contractual, donde se dispone, así mismo, de la excepción de incumplimiento y de la resolución por incumplimiento; en los actos ilícitos, ajenos a las relaciones obligatorias, el remedio por excelencia es el resarcimiento²⁵⁷²”.

Sin duda, “cuando se presenta el incumplimiento, el acreedor dispone de una pretensión que solo puede oponer, en tanto derecho a la prestación, al deudor. Distintamente, las situaciones jurídicas subjetivas, por cuya integridad vela el ordenamiento, y cuya infracción activa la tutela resarcitoria de la responsabilidad extracontractual, son oponibles a todos²⁵⁷³”.

(²⁵⁶⁹) Ibid.

(²⁵⁷⁰) LEÓN HILARIO, Leysser. “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 160.

(²⁵⁷¹) Ídem, p. 161.

(²⁵⁷²) Ibid.

(²⁵⁷³) Ibid.

Frente a ello, otro autor, soslayando la “determinabilidad (...) *a priori* de los sujetos²⁵⁷⁴, sostiene que el elemento capaz de distinguir una especie de otra yace en la función que ambas presentan en el ordenamiento jurídico²⁵⁷⁵. Así, mientras que la responsabilidad contractual cumple una función “traslativa”²⁵⁷⁶, la responsabilidad *ex delicto* cumple una función conservativa, “la cual supone que la riqueza deba permanecer precisamente allí donde ya se encuentra²⁵⁷⁷”. En buena cuenta, la tutela de la expectativa versus la tutela del *status quo*.

En fin, también hay quien alega que “existe una diferencia funcional entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual. En la primera, se regula la hipótesis en que el evento dañoso se produce prescindiendo de un precedente proyecto e interviene como específica reacción al daño injusto, imponiendo el deber de reintegrar la esfera del sujeto lesionado por el hecho dañoso. En la segunda se configura como peculiar medio en que el derecho impone un deber resarcitorio para suprimir las consecuencias perjudiciales del incumplimiento para el acreedor insatisfecho²⁵⁷⁸”.

Lo cierto es que bien visto el asunto, parece que a lo largo de nuestra historia, la distinción entre ambas especies de la responsabilidad civil ha recaído principalmente en cuatro aspectos:

(i) Respecto a su surgimiento, la responsabilidad contractual deriva de la voluntad y la responsabilidad extracontractual de la ley. Esto significa que la “obligación resarcitoria” encuentra en el primer caso razón de ser en el incumplimiento de un deber asumido (típicamente mediante contrato) *ex voluntate*; en el segundo caso, la imposición de la obligación de resarcir prescinde de la voluntad para concentrarse en la propia entidad del daño.

La diferencia, como adelantó con razón De Trazegnies Granda, parece simple; agreguemos, es simple. O al menos así lo fue. Para entender esta aparente “relatividad” es importante tener en cuenta el momento en que comienza a forjarse esta distinción. Colocados en Roma, la dinámica

(²⁵⁷⁴) MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 434.

(²⁵⁷⁵) Ídem, pp. 434-435.

(²⁵⁷⁶) Ídem, pp. 435-436 (nt. 121), bajo la influencia de Barcellona.

(²⁵⁷⁷) Ídem, p. 435.

(²⁵⁷⁸) MORALES HERVIAS, Rómulo, *Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada*... *óp. cit.*; pp. 26-27.

socioeconómica de dicha civilización era exigua si se contrasta con la actualidad. En ese sentido, la interacción (con resultado patrimonial) de los sujetos no resultaba favorable en una estructura que no estaba construida para propiciar los intercambios al nivel en que ahora se presenta, y con ello la potencialidad de un “contacto” entre ciudadanos quedaba reducida al contrato y al delito. Dentro de este esquema, parecía lógico construir los modelos de responsabilidad a partir de una línea divisora que aunque hoy parezca tenue, en su momento no lo fue, porque visto en perspectiva, nada más claro que una responsabilidad fundada en el “compromiso” previo, en el contrato, en la voluntad, de otra en donde todo ello no se presentaba.

A medida que en las sociedades modernas la economía y su desarrollo comienzan a ocupar un lugar privilegiado, la propia dinámica del progreso a nivel técnico (de una sociedad industrial a otra post-industrial) coadyuvó a que las hipótesis dañosas se multiplicaran, no solo aquellas que surgían de los accidentes (ahora más frecuentes), sino también de las provenientes de las relaciones intersubjetivas, que lógicamente se intensificaron (*p.e.* en materia laboral, transporte, relaciones médicas, entre otros)²⁵⁷⁹.

Sin duda, una realidad como esa exigía (y exige aún) repensar la construcción legislativa de las dos especies de responsabilidad, más aún cuando en experiencias foráneas se propugna incluso por reconocer incluso una tercera vía. No obstante, lejos de ello, nuestro sistema, salvo que pretendamos incentivar una reforma legislativa, y tal como la mayoría de los ordenamientos jurídicos civiles, sigue concentrado en los modelos de la responsabilidad contractual y extracontractual. Es ahí en donde el intérprete precisa construir el razonamiento lógico, bajo la legislación actual, capaz de concentrar en uno de los dos dominios los casos que aparecen dentro de la denominada *zona gris*.

Y en el modelo de responsabilidad civil peruano, la distinción sustentada en la fuente de la obligación resarcitoria sigue vigente, como lo comprueba no solo la doctrina presentada, sino, sobre

(²⁵⁷⁹) **HUET, Jérôme.** *Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations.* En: *Revue des contrats*, núm. 1, 2007, p. 32. Para mayor profundidad, es imprescindible consultar un trabajo anterior de este autor, ID. *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle (Essai de delimitation entre les deux ordres de responsabilité).* Thèse (2 tomes). Paris: Université de droit, d'économie et de Sciences sociales de Paris, 1978, *passim*.

todo, la *praxis* diaria materializada en los diversos pronunciamientos de nuestra judicatura²⁵⁸⁰. La regla *responsabilidad contractual = contrato / responsabilidad extracontractual = no contrato* sigue vigente.

Por supuesto que la viabilidad de una distinción como la planteada dependerá en gran medida de cómo se conciba la “obligación resarcitoria”. En efecto, para nosotros (en la responsabilidad contractual) ella forma parte de la relación de obligación en tanto deber secundario (*v. cap. I y III*) y por tanto surge (*ex ante* el daño), sin embargo, para otro sector, esta podría “surgir” (como posición jurídica) una vez incumplido el deber primario, de modo que la obligación resarcitoria (no derivada de la voluntad por abocarse las partes a definir la prestación) sería efecto de la ley como en la responsabilidad extracontractual (*ex post* al daño), descartándose también la idea de la relación “pre-existente”.

Como vemos, el asunto depende de la posición del intérprete en gran medida, lo que explica (la gran acogida que en su momento tuvieron) los intentos por unificar²⁵⁸¹ los regímenes de responsabilidad.

(2580) Así *p.e.* en la CAS. N° 464-2018-La Libertad se refiere como fundamento de la sentencia de Segunda Instancia (Primera Sala Especializada en lo Civil de Trujillo de la Corte Superior de Justicia de La Libertad) lo siguiente: “es necesario precisar que la responsabilidad civil extracontractual no solo se configura cuando el daño se produce sin que exista ninguna relación jurídica previa entre las partes, también cuando existiendo ella, el daño es consecuencia, no del incumplimiento de una obligación contenida en ella, sino simplemente del deber jurídico genérico: *Alterum Nom Laedere (Sic)*” (deber jurídico general de no causar daño a otro), que se desarrolla en la medida que exista un menoscabo o detrimento en la esfera patrimonial o extrapatrimonial de la víctima, es decir, la responsabilidad contractual opera únicamente en el caso en que el daño ocasionado derive del incumplimiento obligacional al que se ha comprometido mediante el contrato celebrado entre las partes, mientras que la responsabilidad extracontractual opera en todos los demás supuestos” (fj. 9).

De igual forma, en la CAS. N° 3611-2015-Loreto se refiere como fundamento de la sentencia de Segunda Instancia (Primer Juzgado Especializado en lo Civil de la Corte Superior de Justicia de Loreto) el siguiente razonamiento: “en los supuestos (*sic*) de responsabilidad extracontractual, la relación jurídico material se configura a partir de la realización de una conducta dañosa que cause un perjuicio injusto a otro sujeto, sin necesidad que exista vínculo alguno con anterioridad entre ambas partes (auto y víctima); por tanto, al demandante le bastará con ocupar el lugar del dañado dentro de la relación jurídica que detalla en su demanda; sin embargo, debe tenerse en cuenta que si bien la amputación de la pierna derecha de la recurrente fue a consecuencia de su accionar ello no excluye de responsabilidad a la demandada toda vez que debe ser resarcida el detrimento ocasionado advirtiéndose que la responsabilidad civil busca la tutela de situaciones jurídicas de desventaja, producida por la lesión o puesta en peligro de un bien o interés jurídico, que se genera por el deber jurídico genérico de no causar daño a otro” (fj. 7 y 27).

Por su parte, en la CAS 9625-2014 CALLAO (Fundamento Décimo Tercero), se indica que: “Con relación a la responsabilidad contractual podemos decir que se trata de una obligación preconstituida, aquella que se manifiesta ante el incumplimiento de una obligación preexistente. Nótese que se trata de una obligación de reparar el daño causado por la inexecución de las prestaciones a cargo de los contratantes. (...) Entonces, si bien el daño extracontractual deriva del incumplimiento de una obligación específica preexistente, el daño extracontractual deriva de la trasgresión del principio *neminem laedere*”.

(2581) Al respecto, nuestra jurisprudencia, CAS. 2559-2017-AYACUCHO, señala que: “la responsabilidad civil es única y que solamente existen algunas diferencias de matiz entre la responsabilidad contractual y extracontractual, y que

(ii) Respecto a su presupuesto, en la responsabilidad contractual se presentaría una relación pre-establecida entre el deudor que resarce y el acreedor que es resarcido, mientras que en la responsabilidad extracontractual, dicha relación recién se establece con la obligación de “cumplir” con el resarcimiento. Básicamente se trata de presentar: (a) en la tutela *ex contractu*, una identificación entre los sujetos de la “relación de resarcimiento” y aquellos del contrato, caracterizados por representar el anverso y reverso de la relación de obligación en su etapa de cumplimiento e incumplimiento (perturbación), y (b) en la tutela aquiliana, la constitución de una relación entre el agente lesivo y la víctima a partir del surgimiento de la obligación resarcitoria extracontractual, la cual gira en torno al daño, sin importar si entre ambos sujetos existe a la fecha una relación de obligación o de distinta naturaleza sobre una materia ajena a la resarcitoria.

En otras palabras, no se trata que en la responsabilidad extracontractual los sujetos no hayan o se encuentren vinculados contractualmente, sino que la obligación resarcitoria no tenga por fuente aquella; cuestión diversa en la responsabilidad contractual, en donde esta última es una expresión más de la actuación de la relación de obligación.

(iii) En lo relativo a su alcance, la responsabilidad contractual, precisamente porque ella encuentra por fuente la voluntad y como presupuesto “teórico” la relación “pre-existente”, cuenta con un alcance menor y específico: se limita al deudor de la obligación y se manifiesta como reacción a la violación de un deber específico; al contrario, la responsabilidad extracontractual, desprovisto de la voluntad y la relación “pre-existente”, presenta un alcance mayor y genérico: se extiende a todos a partir de la imposición de un deber no específico sino genérico. De ahí que haya quien indique que a diferencia de la *tutela ex delicto*, en la responsabilidad contractual aparece un “diafragma de irrelevancia²⁵⁸²” que separa (figurativamente) la relación de obligación pre-existente de los terceros

la actual regulación tradicional de nuestro Código Civil, no es impedimento para entender el sistema de la responsabilidad civil desde una óptica única, en la medida en que se respeten las diferencias de orden legal, teniendo en cuenta que el denominador común entre ambos, es la noción de antijuricidad y el imperativo legal de indemnizar los daños causados” (Fundamento Séptimo).

(²⁵⁸²) **BETTI, Emilio.** *Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana.* En: Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale pubblicata da Lorenzo Mossa, 1951, I, p. 146.

ajenos cuya actuación lesiva de la esfera ajena adquiere relevancia desde que se configura el rechazo al daño.

La razón para ello yace en que la construcción de la responsabilidad contractual se reduce a los sujetos de la relación de obligación y se muestra en favor de tutelar un interés específico. Acá, el legislador busca otorgar tutela al derecho de crédito, en tanto derecho relativo, del acreedor mediante la imposición de un deber dirigido a un único sujeto: el deudor. Frente a ello, en la responsabilidad extracontractual, la inexistencia de la relación “pre-existente” así como el desconocimiento del derecho materia de lesión, motiva a que el legislador construya la tutela aquiliana en aras de cautelar a la generalidad (a todos los ciudadanos) ante la lesión de un derecho; de esta manera, el deber genérico de no dañar a otros deviene *erga omnes* y su contenido se definirá en función al derecho sobre el cual incida.

Demás está decir que la potencialidad de la cláusula de responsabilidad *ex delicto* en nuestro sistema se maximiza desde que el legislador peruano recogió un sistema de atipicidad del ilícito y en donde la tutela delictual no se reduce a los derechos absolutos, encontrando cabida en sede nacional la tutela del patrimonio (*Economic loss*).

(iv) Con relación a su “objeto”/finalidad, el instituto de la responsabilidad contractual persigue la realización de las expectativas de los contratantes mediante la actuación de la relación de obligación; por el contrario, el modelo de la responsabilidad aquiliana busca evitar que los sujetos indeterminados de la sociedad vean comprometidas sus esferas jurídicas (detrimento) a partir del accionar de alguno de los otros miembros de la comunidad jurídica.

Para tal efecto, la obligación resarcitoria sirve como instrumento para materializar (en la medida de lo posible) las primeras y evitar (en la medida de lo posible) las segundas; o lo que es lo mismo, incentivar la circulación de la riqueza y desincentivar el empobrecimiento de la sociedad.

Esto explica porque la responsabilidad contractual cumple una función garantista (como extensión del “principio de obligatoriedad del contrato”), permitiendo al acreedor satisfacer su interés al crédito incluso si es que el mismo deviene incumplido en el plano fáctico, mientras que la

responsabilidad extracontractual una distinta función represiva de las consecuencias negativas que surjan a partir de actos capaces de alterar la posición de los sujetos en comunidad (daños) y protegiendo así su *status quo* de manera *ex post*.

De ahí que se diga que la responsabilidad *ex contractu* encierra una obligación *positiva* y aquella aquiliana una obligación *negativa* (de protección); distinción que solo es válida desde el plano figurativo.

Para nosotros, en realidad, estas diferencias que motivan la especialidad de ambos regímenes, deben ser vistos de forma unitaria, en tanto que si se observa con atención, cada uno es consecuencia lógica y necesaria del anterior, de modo que podemos concluir que nuestro sistema sí soporta la distinción conceptual (a nivel de esencia) entre la responsabilidad contractual y extracontractual, por lo que la violación del “deber de cautela” precisa ser reconducido al dominio de uno u otro.

4.3.1.1. Aun cuando pudiera pensarse que una vez delimitados ambos regímenes, correspondería una sencilla subsunción de los caracteres del “deber de cautela” en alguno de estos a fin de lograr una plena identificación, la realidad dista de ello en la medida que parece compartir rasgos de uno y otro, tal y como sucede con la categoría de los «deberes de protección» alemán.

En efecto, si nos ceñimos al proceso de su surgimiento, el “deber de cautela” no aparece en la experiencia nacional como resultado de la actividad volitiva de las partes de las relaciones contractuales en las cuales está se ve inserta; al contrario, el legislador, consciente de dicha realidad, dispuso su regulación a partir de la autoridad de la ley, lo cual podría hacer pensar a alguno que al compartir su fuente de surgimiento, el “deber de cautela” se aproximaría al deber genérico de no dañar a otro *ex lege*.

En esa lógica, una perspectiva en tal sentido podría verse fortalecida si atendemos a la finalidad del “deber de cautela”, toda vez que ella presenta una dirección negativa que consiste en evitar que la esfera jurídica del titular del derecho protegido se vea alterada mediante la intromisión ajena; en otras palabras, se trata de la prevalencia del *status quo*, independiente y diverso del interés de prestación propio de la relación de obligación.

Pronto reparamos, sin embargo, que aunque lo anterior parezca evidente, no es menos cierto que a diferencia de la tutela aquiliana, la protección del *status quo* que caracteriza al “deber de cautela” aparece en forma limitada en cada fórmula legal en la que se consagra esta última, de tal suerte que se deduce en última instancia en la sola figura (previamente determinada) de uno de los contratantes. Vale decir pues que en lo relativo a su alcance, el “deber de cautela” se reduce a la relación *inter partes*, encontrándose desprovisto de los efectos *erga omnes* propio de la responsabilidad extracontractual, en tanto consecuencia de la propia eficacia de la ley.

En esa misma línea, el “deber de cautela” se aleja de la lógica de la responsabilidad extracontractual puesto que entre el agente dañoso y la víctima (en el “deber de cautela”) se presenta una relación pre-existente, pero esta no resulta “accidental” como podía sostenerse a propósito de los *Schutzpflichten*, sino que ella deviene el presupuesto material para la aplicación del mandato legal efectuado por el legislador; es decir, el “deber de cautela” surge únicamente en tanto dicha relación (seleccionada por el legislador por una pura cuestión de política del Derecho, según vimos) se conforme (por voluntad de los particulares), de lo contrario, el mismo (el mandato legal) no encontraría el presupuesto (supuesto de hecho) sobre el cual incidir.

Así pues, el “deber de cautela” en cabeza del arrendatario, empleador o acreedor en los “contratos peligrosos”, surge siempre que dichas personas decidan, en actuación autónoma, conformar la relación contractual, la cual, a criterio del legislador, expondrá a su contraparte a los riesgos de una alteración en su *status quo*, y que según su pensamiento precisa ser, primero evitado *ex ante*, mediante la actuación conforme a un deber en sentido negativo, y luego mitigado *ex post*, a través de la imposición de una obligación resarcitoria.

Desde otro ángulo, la ausencia de una identificación absoluta del “deber de cautela” con ambas especies de responsabilidad se ratifica si contrastamos dicho deber con aquellos cuya violación motiva la actuación de la tutela resarcitoria, más propiamente, el deber de prestación (en la lectura clásica y el deber genérico de no dañar a otros).

Lo anterior nos invita a pensar que una construcción de tal naturaleza presenta elementos comunes de uno y otro régimen que impide desde el ángulo dogmático ubicarla en uno u otro polo de la responsabilidad civil. El problema es que una conclusión en tal sentido también era posible de ser extendido a los *Schutzpflichten* alemanes, lo que incluso motivó el surgimiento de las posiciones que (teniendo en cuenta lo anterior y concentrados desde el ángulo puramente dogmático) observan en ella un *dritte Spur* de la responsabilidad.

Frente a ello, es conveniente recordar que la razón para no reproducir la posición que asumimos para los «deberes de protección» de Stoll a propósito del estudio del “deber de cautela” yace en la diferencia sustancial que supone el hecho que el primero sea una teoría y el segundo una realidad normativa; ergo, la dogmática frente al realismo de la solución legal.

En el caso de los *Schutzpflichten*, los autores que la defienden presentan una categoría de orden abstracto capaz de colocarse a nivel teórico en el propio contenido de la relación de obligación; demuestra así una pretensión de “universalidad”, y como tal, se opone a cualquier desencuentro de orden dogmático con los postulados sobre los que se construye un determinado sistema civil (*v.* Cap. III). Frente a ello, y a diferencia de la categoría alemana, el “deber de cautela”, sin dicha pretensión (principalmente por no representar una categoría de orden dogmático), aparece en el escenario jurídico como una consecuencia de la política del legislador, siendo natural (y previsible) a ella por consiguiente su desencuentro con los postulados dogmáticos sobre los que se construyó el sistema de Derecho Civil (máxime en un *medio* como el peruano en el que fueron varios los ponentes que intervinieron fácticamente en la construcción de la “categoría” del “deber de cautela”). En el caso de la teoría alemana, el desencuentro conceptual (alegado por nosotros para el *medio* nacional) del «deber de protección» significa su propia contradicción; en la hipótesis del “deber de cautela”, tal caracteriza (como rasgo distintivo) permite identificarla y observar en ella un producto legislativo (y no así el resultado de un esfuerzo dogmático por teorizar sobre el asunto).

4.3.2. Dicho esto, aun cuando a nivel teleológico se presente una identidad entre el «deber de protección» alemán y el “deber de cautela” (incluyamos también a la *Obligation de sécurité*), y más allá de lo anterior, lo cierto es que la diferencia que dirime el destino de uno con otro es que a diferencia

de la experiencia alemana y francesa, el “deber de cautela”, lejos de representar resultado de la doctrina o la jurisprudencia, aparece en el sistema peruano como consecuencia de la ley, constituyéndose así (y a diferencia de la tesis de Stoll y el recurso francés), como una obligación *ex lege*.

A lo lejos, una conclusión como esa pareciera acercar el problema al ámbito de la solución extracontractual, desde que aquella y esta última compartirían su fuente: la ley. ¿Qué tan cierto es ello?

4.3.2.1. En los últimos años, el interés de nuestra doctrina por la “obligación *ex lege*” se ha reavivado²⁵⁸³.

En un inicio, la labor de la doctrina nacional pareció concentrarse en determinar su posición con relación al problema de las fuentes de las obligaciones que comentamos en su debida oportunidad. Así sucedió durante la vigencia del Código Civil de 1852, en donde el asunto mereció especial tratamiento a raíz de que en dicho dispositivo se destinó el art. 1219 para ubicar a la ley (en oposición a los hechos del hombre, en tanto obligaciones voluntarias) como una de aquellas.

Retomando lo expuesto anteriormente, García-Calderón, aunque de forma tautológica, afirmaba que las obligaciones legales “son (...) las impuestas por la ley²⁵⁸⁴”, siendo que podían surgir como consecuencia de que “el obligado se haya sometido expresamente á ellas²⁵⁸⁵” o “ya provenga de que ha aceptado un cargo²⁵⁸⁶”, de modo que, contrariamente a lo que se podría pensar, la obligación resarcitoria derivada del cuasi-delito no surgía de la ley (como hipótesis de obligación *ex lege*), sino del “hecho del hombre”, “que pudo ó no practicarse²⁵⁸⁷”.

(²⁵⁸³) v. fundamentalmente los trabajos de **GABRIEL RIVERA, José**. *Obligaciones de fuente legal: ¿contractual o extracontractual?* En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 26, 2015, p. 213 y ss.; **CAMPOS GARCÍA, Héctor**. *Daños derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente legal (ex lege): ¿responsabilidad contractual o extracontractual?* En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 30, 2015, p. 157 y ss.; **ESPINOZA ESPINOZA, Juan**. *La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege*. En: *Rev. UNMSM*, vol. 73, 2016-2017, p. 63 y ss. (*tb.* publicado en *Aequitas*, *núm.* 1, 2018, p. 53 y ss.; en adelante, el citado corresponderá a esta versión).

(²⁵⁸⁴) **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco**. “Voz: Obligación”... *óp. cit.*; p. 714.

(²⁵⁸⁵) *Ibíd.*

(²⁵⁸⁶) *Ibíd.*

(²⁵⁸⁷) *Ibíd.*

La razón de ello estribaba en que las obligaciones legales eran “las que la ley crea sin que exista ningún hecho personal de ninguna de las partes, y no aquellas cuya existencia la ley se limita á sancionar como resultado de un hecho personal de una parte²⁵⁸⁸”; entre estas últimas, el acuerdo contractual *ex art. 1226* y el hecho ilícito *ex art. 2190*.

Por lo demás, la categoría de las obligaciones legales devino controvertida en nuestro *medio*, básicamente por el hecho que si se tomaba como ejemplos de esta “la obligación que tienen los padres de alimentar á sus hijos, y de instituirlos herederos, (...) la del marido de alimentar a su mujer; la de los llamados por la ley o por nombramiento del consejo de familia a ejercer la guardaduría de los menores o de los mayores incapaces, de aceptar el cargo; la del propietario que ha construido una pared medianera de ceder la mitad de ella al propietario vecino que la solicita pagando su valor²⁵⁸⁹”; o la “obligación del propietario de un fundo dar pasaje al vecino que se halla encerrado²⁵⁹⁰”; se advertía que intervenía (en su ocurrencia) necesariamente el “hecho del hombre”. En tal sentido, “no puede concebirse una obligación jurídica que no provenga de la ley y que no tenga al mismo tiempo como base el hecho del hombre²⁵⁹¹”.

Lo cierto es que “el Código (de 1852) no trata de modo especial de (sic) las obligaciones legales²⁵⁹²”, aun cuando estas tendrían por “causa en que la Sociedad, como efecto necesario de la convivencia social, tiene que poner limitaciones a la voluntad del hombre²⁵⁹³”.

Frente a ello, y como se indicó, la ley también aparecía como fuente de obligaciones en la experiencia francesa, sin embargo, a decir de un importante autor, con una característica particular, según la lectura clásica: su carácter residual, siendo resultado así de las obligaciones que no pudieron

(²⁵⁸⁸) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 13. *v. tb.* **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Obligación legal”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda, 1862, p. 715.

(²⁵⁸⁹) **CORNEJO, Lino.** De las obligaciones extracontractuales... *óp. cit.*; pp. 5-6.

(²⁵⁹⁰) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.** Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 13.

(²⁵⁹¹) **CORNEJO, Lino.** De las obligaciones extracontractuales... *óp. cit.*; p. 6.

(²⁵⁹²) Ídem, p. 5 (paréntesis nuestro).

(²⁵⁹³) **OLAECHEA, Manuel Augusto.** Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 2.

encontrar un lugar dentro de las otras fuentes de la obligación²⁵⁹⁴ (de ahí la tendencia incluso por desconocerla como fuente autónoma²⁵⁹⁵). De este modo, eran obligaciones legales, por descarte, todas aquellas que no ingresan dentro del género obligaciones voluntarias, de ahí que la obligación legal, polifacética y heterogénea, encuentre diversos “objetos²⁵⁹⁶”: algunas son obligaciones de dar, otras de hacer o de no hacer²⁵⁹⁷; en buena cuenta, la ley imponía una *abstention* cuando no una *prestation*²⁵⁹⁸.

No tardaría la doctrina francesa, representada en Planiol, en ofrecer una relectura del asunto. Así, este autor se propuso invertir el lugar de la ley en el esquema de las fuentes de obligación, pasando de ser la última y residual, a la cabeza de las que denomina *obligations non contractuelles* (cuasi-contractuales, cuasi-delictuales y delictuales), en donde el dato común que subyacía a todas ellas era que representaban obligaciones legales pre-existentes que al resultar *inexécutee* o *violée* se transformaban en dinero; en buena cuenta, se trasladaba a la obligación legal la aplicación del principio por el cual se reemplaza la obligación contractual por la obligación de pagar daños²⁵⁹⁹.

Con ello, la obligación legal pasaba a convertirse en la categoría primordial en el cuadro de las fuentes de la obligación, en oposición a aquellas *obligations contractuelles*²⁶⁰⁰, y para “resumir todo este sistema”, este autor afirmaría que “toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley²⁶⁰¹” (*toute obligation qui ne dérive pas d'un contrat n'a d'autre cause que la loi*). En este escenario, la obligación legal aparecía frente al temor de una *lésion injuste pour autrui*, la cual debía evitarse, si aún no se había realizado, mientras que debía repararse, de haberse ya realizado²⁶⁰².

(²⁵⁹⁴) **PLANIOL, Marcel.** *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 224; ID. *Traité élémentaire de droit civil. Tome II avec la collaboration de G. Ripert.* 11e ed. Paris: LGDJ., 1931, p. 280; **ZIMMERMANN, Reinhard.** *The law of obligations...* *óp. cit.*; p. 19.

(²⁵⁹⁵) **CORNEJO, Ángel Gustavo.** *Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1...* *óp. cit.*; p. 67.

(²⁵⁹⁶) **PLANIOL, Marcel.** *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 230.

(²⁵⁹⁷) *Ibíd.*

(²⁵⁹⁸) *Ibíd.*

(²⁵⁹⁹) *Ídem*, p. 231.

(²⁶⁰⁰) **PLANIOL, Marcel.** *Traité...* *óp. cit.*; p. 280; ID. *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 231.

(²⁶⁰¹) **PLANIOL, Marcel.** *Traité...* *óp. cit.*; p. 281; ID. *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 231.

(²⁶⁰²) **PLANIOL, Marcel.** *Traité...* *óp. cit.*; p. 281; ID. *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 231.

Surgía de este modo el clásico binomio *obligación contractual* – *obligación legal* que dominaba todo el espectro de las *sources des obligations*, el cual encontró posterior recepción en nuestra doctrina más avanzada²⁶⁰³, y que permitió advertir el sentido inverso adoptado por el codificador peruano, quien reconoció a la “ley” y a los “hechos del hombre” como fuentes de obligaciones, no obstante que a diferencia del planteamiento de Planiol, las obligaciones no contractuales no se colocaban del lado de la “ley”, sino de los “hechos del hombre” (conjuntamente con aquellas contractuales).

En fin, otros autores se decantaron por maximizar el valor de la ley, al punto de concebirla a esta como la “madre” de todas las fuentes, en un intento por tomar posición en la disputa entre fuente mediata e fuente inmediata²⁶⁰⁴.

Si hasta acá habíamos dicho que la fórmula del art. 1219 del Código Civil de 1852 no brindaba las armas necesarias para equiparar las obligaciones *ex lege* a la obligación cuasi-delictual del art. 2190, y la doctrina nacional, hasta la posterior aparición de M. A. Olaechea (a propósito de la codificación del que será el Código Civil de 1936), seguía reconduciendo la misma a los “hechos del hombre” cuando no disgregando todas las fuentes para colocarlas (aparentemente) todas en un mismo plano²⁶⁰⁵, la suerte viraría en sentido opuesto si se adoptaba el planteamiento de Planiol, por la obvia razón de que en su esquema la ley dejaba de ser residual para ser la principal fuente de las obligaciones.

Pero más importante aún, el pensamiento de Planiol remediaba el problema que ni la doctrina nacional ni la legislación había podido superar: la naturaleza de la responsabilidad derivada de la violación de una obligación *ex lege*. En efecto, según este, “cuando la obligación legal se transforma

(²⁶⁰³) Siguiendo a Planiol, evidentemente, **OLAECHEA, Manuel Augusto**. Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil... *óp. cit.*; p. 15 (quien sostenía que las únicas fuentes de las obligaciones eran la ley y la voluntad, siempre que por la primera se conciba al cuasi-contrato, delito y cuasi-delito, y por la segunda, al contrato); aunque ello es resultado de una evolución de su pensamiento, puesto que previamente sostenía la misma clasificación, no obstante vinculando la “voluntad” del hombre a los “hechos del hombre” del art. 1219, y reservando a la ley su lugar común de cláusula residual (*v. OLAECHEA, Manuel Augusto*. Apuntes de Derecho Civil... *óp. cit.*; f. 2).

(²⁶⁰⁴) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 13 (indicando que el Código Echenique regulaba la ley como fuente inmediata de obligaciones); igualmente, **CORNEJO, Lino**. De las obligaciones extracontractuales... *óp. cit.*; p. 5.

(²⁶⁰⁵) **ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo**. Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico... *óp. cit.*; p. 15 (en defecto de no poder reconducir todas a la ley, como teóricamente lo estima pertinente).

en *dommages- intérêts* como consecuencia de su inejecución²⁶⁰⁶, puede ocurrir que habiendo actuado: (i) intencionalmente, aparece el delito²⁶⁰⁷; (ii) sin intención, pero con torpeza o negligencia, aparece el cuasi-delito²⁶⁰⁸; o (iii) beneficiándose económicamente a costa de un tercero, aparece el cuasi-contrato²⁶⁰⁹. Si nos ceñimos al asunto que nos compete, la violación de una obligación *ex lege* traía consigo el surgimiento de la obligación de resarcimiento conforme las reglas del cuasi-delito -supuesto (ii)-, siempre que concurran los presupuestos normativos de la fórmula legal.

Así pues, en la lógica del autor francés, la obligación legal comportaba -en términos más cercanos- responsabilidad extracontractual.

En un *medio* cada vez más dependiente de la doctrina francesa, no debe sorprender (según veremos) la afiliación a un pensamiento de tamaño magnitud, no resultando óbice para ello el dato legislativo nacional, el cual, aun cuando menospreciado por el intérprete de la época en materia de obligación legal, brindaba al público una disposición adicional (que aunque no de forma directa, tendría su antecedente en el art. 1107 *Code*, cuya disposición, alterada sin duda, terminaría disgregada en el art. 1224 -primer párrafo- y 1234 -segundo párrafo-), conforme los siguientes términos:

“Art. 1224.- Las obligaciones de dar, hacer ó no hacer las solidarias, alternativas y demás, cuando provengan de la ley, se sujetan á las reglas generales que rigen en las obligaciones de la misma especie, cuando provienen de contratos”.

En otras palabras, “las disposiciones dadas para las obligaciones voluntarias deben aplicarse a las legales (...)”²⁶¹⁰.

Salvo mejor opinión, parece claro que el legislador de 1852 configuró el sistema de las fuentes de las obligaciones de modo tal que la ley aparezca de manera autónoma a las demás que reguló bajo la denominación “hechos del hombre”, de ahí la necesidad por extender la regulación de las obligaciones (en esencial) contractuales, a aquellas que presentando el dato común de la “especie”,

⁽²⁶⁰⁶⁾ **PLANIOL, Marcel.** *Classification des sources des obligations...* *óp. cit.*; p. 232.

⁽²⁶⁰⁷⁾ *Ibíd.*

⁽²⁶⁰⁸⁾ *Ibíd.*

⁽²⁶⁰⁹⁾ *Ibíd.*

⁽²⁶¹⁰⁾ **GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.** “Voz: Obligación”... *óp. cit.*; p. 714.

surgieran por virtud de la ley²⁶¹¹. El problema es que en el intento por salvar la “autonomía” conceptual de la ley como fuente, no advirtió que la referida “extensión” traía consigo no solo la disciplina (normativa) en lo que atañe a la etapa de “cumplimiento” o fisiológica, sino también, lo que respecta a la etapa de “incumplimiento” o patológica, por lo que al dejar el tratamiento de las obligaciones *ex lege* a las “reglas generales” del contrato, sancionó (indirectamente) el régimen derivado de su violación; esto es, el tipo de responsabilidad que surgía cuando se viola una obligación contractual, la responsabilidad *ex contractu* (art. 1265 y ss.).

Esta tendencia quedaría confirmada con el Proyecto de Código Civil de 1890, en donde se lee en su art. 1402 que “las obligaciones que provienen inmediatamente de la ley, están sujetas á las reglas que ella establece, y, en lo que no esté determinado especialmente, á lo que dispone ésta Sección”; ergo, Sección 1 – De las obligaciones en general.

Sea por esta última razón, o porque una conclusión como la de Planiol no encontraba respaldo en el dato legislativo peruano (y tampoco en la doctrina del siglo XIX), lo cierto es que una posición en el sentido de la formulada por el célebre comentarista francés, aun cuando lógica, era potencialmente capaz de hacer perder de vista que antes que una regla normativa, aparecía como un discurso de orden conceptual, cuando no retórico.

Con la promulgación del Código Civil de 1936, el discurso en clave francesa se terminará por instalar en el ideario de nuestra doctrina de esos años.

4.3.2.1.1. Advertido antes que nuestra principal doctrina asumió que en defecto de disposición expresa, las únicas fuentes de la obligación yacían en la voluntad y la ley (*v.* Cap. II), la disociación entre el dato normativo y el postulado teórico se comenzaría a manifestar.

Cornejo, luego de exponer la incidencia de la ley como fuente de obligaciones, afirmaría que:

(²⁶¹¹) Salvo que la ley haya “determinado expresamente la importancia de estas obligaciones”; mejor dicho, sus reglas específicas, *v.* *Ibíd.*

“de las disposiciones del Código que rigen la relación obligacional, dictadas principalmente para normar los negocios jurídicos o contratos, no son aplicables a las obligaciones legales las que conciernen a la estructura íntima, a lo interno de las obligaciones legales²⁶¹²”.

No obstante, “lo son, en cambio, todas las que atañen a los efectos compulsivos y a las modalidades de la relación jurídica²⁶¹³”. En ese sentido, recordando la solución del Código Echenique, “podría decirse como expresa el art. 1224 del Código abrogado, que las obligaciones de dar, hacer o no hacer, las solidarias, alternativas y demás, cuando provengan de la ley, se sujetan a las reglas generales que rigen las obligaciones de la misma especie, cuando provienen de contrato²⁶¹⁴”.

Aun cuando “esta disposición no tenía (sic) cabida en la sistemática adoptada por el Código actual, para reglamentar la parte general del derecho de obligaciones, es recordada aquí como un simple criterio de referencia para expresar la similitud en el respecto que hemos insinuado, entre la obligación legal y la obligación contractual²⁶¹⁵”.

Si en el pensamiento de Cornejo la “similitud” de la obligación legal con aquella contractual era manifiesta en línea con lo previsto en la fórmula del art. 1224 del Código Civil de 1852, resulta inexplicable el hecho de limitar (su equiparación) a lo que concernía a los efectos compulsivos y a las modalidades (de las obligaciones), dejando de lado el destino de los “efectos compensatorios²⁶¹⁶” (la “indemnización, en los términos de nuestro autor), no obstante que en el dispositivo del código derogado no aparecía tal distinción.

En otras palabras, si para Cornejo la obligación legal era equiparable a la obligación *ex contractu*, ¿cuál era el régimen derivado de su violación? A primera vista, pareciera que debiera ser la regla general que rige la obligación cuando proviene de contrato, sin embargo, una particularidad del

(2612) CORNEJO, Ángel Gustavo. Código Civil. Exposición sistemática y comentario II/1... *óp. cit.*; p. 70.

(2613) Ídem, pp. 70-71.

(2614) Ídem, p. 71.

(2615) *Ibíd.*

(2616) La idea de que dicha omisión respondía a que en su lógica primaba el cumplimiento *in natura* y, en defecto de aquél, de forma subsidiaria, el resarcimiento, no parece suficiente. *v. Ídem*, p. 225.

pensamiento del autor, en lo relativo a la relación entre las fuentes de la obligación y la responsabilidad contractual y extracontractual, permite cuestionar o dudar de dicha solución.

Cornejo coloca las siguientes interrogantes: “¿la responsabilidad derivada de un acto jurídico, distinto del contrato, es una responsabilidad contractual? Por contraposición y paralelamente ¿la responsabilidad resultante de un hecho jurídico, distinto del hecho ilícito, es una responsabilidad delictual?²⁶¹⁷”.

Según nuestro autor, de responder afirmativamente, “la solución es enteramente simple (...). Pero si se opta por la negativa, surge una cuestión trascendente de la que se derivan, por repercusión, otras consecuencias: la distinción entre una responsabilidad de Derecho Común y de una responsabilidad de excepción²⁶¹⁸”. “¿Y habrá que elegir entre la contractual y la delictual, considerando la una como la común y la otra como la de excepción? o, al contrario, ¿habrá de verse, en ambas, una responsabilidad de excepción, no siendo sino aplicación apropiada al contrato o al acto ilícito, de una noción de responsabilidad de orden general que domina a ambas y tiene fuera de ellas su dominio propio?”²⁶¹⁹.

Sin duda, “tal es el problema fundamental²⁶²⁰”. Frente a aquél, el preconcepto de nuestro autor dominará su opción.

Para Cornejo, “el derecho moderno admite que la responsabilidad delictual es la de Derecho Común y la contractual sólo es una responsabilidad de excepción. Esta regla se basa tanto en la función atribuida al acto jurídico con relación a la ley, cuanto sobre la noción del hecho jurídico en sentido lato²⁶²¹”. En efecto, “el acto jurídico al igual que el hecho jurídico, toman su fuerza de la ley, y sus efectos están por ella limitados: el acto de voluntad, por sí solo, es jurídicamente inoperante. Así pues, cuando la ley sanciona la inejecución de las obligaciones derivadas de un acto jurídico, bajo la forma de la responsabilidad contractual, no se trata sino de una responsabilidad legal adoptada a la

⁽²⁶¹⁷⁾ Ídem, p. 284

⁽²⁶¹⁸⁾ Ibid.

⁽²⁶¹⁹⁾ Ibid.

⁽²⁶²⁰⁾ Ibid.

⁽²⁶²¹⁾ Ibid.

función del acto jurídico. Y puede adelantarse que la ley, al instituirse la reglamentación de la responsabilidad en general, es decir, al sancionar las obligaciones que a cada cual incumben en mira a imponer el respeto a los derechos ajenos, ha tomado como base al acto jurídico, o mejor aún, una forma particular del acto jurídico: el contrato?²⁶²².

Según nuestro autor,

“este supuesto es imposible, porque en la gerarquía (sic) de las nociones técnicas fundamentales del Derecho Civil, la noción del acto jurídico se insume en la noción más vasta del hecho jurídico, tal como la noción del contrato se funde en la de los actos jurídicos. Y además, en el seno del acto jurídico, la noción del contrato presenta un carácter destacadamente especial, y se distingue de tal modo de los otros actos jurídicos que se impone una organización específica de la responsabilidad contractual. El contrato supone dos voluntades y, en consecuencia, un control recíproco de las dos partes. Y en estas condiciones es conveniente traducir en una reglamentación apropiada de la responsabilidad los riesgos que los contratantes saben, y en todo caso debe considerarse que conocen, van a correr desde la iniciación del convenio²⁶²³”.

Agrega que:

“esto no significa que las reglas de la responsabilidad delictual o de la responsabilidad en general no deban intervenir en este caso. Lo cierto es que no se puede erigir en responsabilidad de Derecho Común, las reglas hechas para el caso en que la víctima del perjuicio ha entrado por su propia voluntad o por la de sus causantes, en relaciones con el autor del perjuicio, a base de una operación jurídica determinada. La víctima del perjuicio está en este caso en situación de ponerse en guardia, por cualquier medio, contra posibles daños; no se encuentra en el mismo caso de aquel que fuera de todo contrato es atacado en sus intereses y que lejos de haberse elegido el terreno para sus relaciones con el autor del perjuicio, lo ha sufrido simplemente por la acción de este, en el caso de la vida social general²⁶²⁴”.

En buena cuenta, “la ausencia de una contraparte excluye en otros terrenos la posibilidad de la extensión de la responsabilidad contractual a los actos jurídicos unilaterales y a los hechos jurídicos²⁶²⁵”. Por el contrario, la responsabilidad delictual sí sería adecuada a todos los elementos

⁽²⁶²²⁾ Ídem, pp. 284-285.

⁽²⁶²³⁾ Ídem, p. 285.

⁽²⁶²⁴⁾ Ibid.

⁽²⁶²⁵⁾ Ibid.

generadores²⁶²⁶. No se trata acá de “la necesidad de optar entre las dos formas de responsabilidad reglamentadas por el Código, ni tampoco en la necesidad de pronunciarse por la responsabilidad delictual. Teóricamente, y aún técnicamente si se quiere, puede concebirse una responsabilidad dominante a las otras dos y de la que éstas no serían sino aplicaciones al contrato o al acto ilícito. La responsabilidad por acto ilícito, según el Código, representa experimental y prácticamente, la responsabilidad normal, si se tiene en cuenta el objeto del derecho y la función de la regla jurídica²⁶²⁷”.

Es así que “la ley tiene por función organizar la vida social; es, por lo mismo, la base de la situación jurídica de cada individuo y constriñe, por vía de consecuencia, a los demás a soportar las obligaciones resultantes de las relaciones jurídicas nacidas regularmente. Es este principio de organización social el que inspira el art. 1136 (...) ²⁶²⁸”, sin perjuicio que “le es permitido al legislador atemperar el rigor de este principio, y así lo ha hecho en materia contractual²⁶²⁹”.

Por ello, “la regla de la responsabilidad por acto ilícito que da el art. 1136 se impone siempre que el legislador no haya previsto de otro modo. La responsabilidad contractual se insume en cierto modo en la responsabilidad delictual, y esto porque ésta interviene cuando, bajo el manto de un contrato, se consume un ataque al derecho ajeno²⁶³⁰, lo que a los ojos de la razón y de la conciencia social sobrepasa las previsiones normales de los contratantes. (...) ²⁶³¹”.

En síntesis, para Cornejo, “la responsabilidad contractual es una responsabilidad de excepción, siempre susceptible de ser reemplazada o completada por la responsabilidad delictual (...) ²⁶³²”.

Siendo ello así, ¿se puede presumir que la violación de la obligación *ex lege*, por más que sea “equiparable” al contrato (a nivel conceptual), se encontraría adscrita al dominio de la responsabilidad

(²⁶²⁶) Ídem, p. 286.

(²⁶²⁷) Ibid.

(²⁶²⁸) Ibid.

(²⁶²⁹) Ibid.

(²⁶³⁰) Esta afirmación resulta contradictoria con su defensa del *deber secundario especial* de la esfera ajena (*v.* Cap. III).

(²⁶³¹) Ibid.

(²⁶³²) Ídem, p. 287.

delictual, por su carácter genérico (“común”) en oposición a la responsabilidad de excepción? Nada impide aceptar ello, siguiendo la posición de nuestro autor.

4.3.2.1.2. El codificador peruano de 1984 “organizó” (si se puede decir así) las fuentes de las obligaciones a partir de las categorías contenidas en el Libro VII, básicamente el contrato (Sección Primera y Segunda), la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual. En otras palabras, y empleado los términos del Código Civil de 1852, reguló el contrato, el cuasi-contrato (aunque únicamente respecto de la gestión de negocios y el enriquecimiento) y el cuasi-delito, descartando indefectiblemente -a diferencia de dicho dispositivo, el pensamiento de M. A. Olaechea (para el código abrogado) y el codificador francés-, la mención a la ley como fuente autónoma (además del “delito”).

Sin embargo, un repaso al dato normativo contenido en el Código Civil de 1984 permite observar que aunque la obligación legal no aparece de forma orgánica, sí es posible identificar sus vestigios a partir de referencias expresas a ella: (i) en materia de promesa de matrimonio *ex* art. 239; (ii) a propósito de las obligaciones del arrendatario (art. 1681.11); (iii) los “otros servicios” que contempla la ley en el hospedaje (art. 1713); o (iv) con relación al depósito necesario *ex* art. 1854.

La violación de obligaciones de tal “naturaleza” son las que despertaron el interés de Cornejo, y sobre las que la doctrina nacional posterior al Código Civil de 1984 incidirá. Pero no son las únicas ciertamente (en el Código Civil) más aún si el análisis alcanzaba las leyes especiales.

De cualquier forma, lo cierto es que durante la vigencia del código actual, nuestros autores se decantaron (para el tema de la violación de tales obligaciones) por una solución: (i) extracontractual, (ii) contractual o (iii) una que comprendía ambas.

En favor de la primera, un autor, en el año 2015, sostuvo (aunque a propósito de un Decreto de Urgencia) que “ante casos de duda o en los que la fuente de la obligación sea la ley y esta no diga que será considerado contractual, la regla a aplicar por defecto sería la del sistema de responsabilidad

extracontractual²⁶³³". Las razones que motivaban tal conclusión yacían en lo siguiente: (a) la "amplitud y alcance²⁶³⁴" de la cláusula general de responsabilidad *ex art.* 1969, lo que motiva que se constituya en la "regla²⁶³⁵" del universo de la responsabilidad civil; y (b) a nivel histórico, la responsabilidad extracontractual "ha surgido primero en el tiempo²⁶³⁶", "ha sido caldo de cultivo para el desarrollo de los criterios de imputación²⁶³⁷", "ha sido el régimen a aplicar a los daños atípicos, entre otras muchas virtudes²⁶³⁸".

Nosotros estimamos que el argumento (b) antes que justificar la solución extracontractual para las obligaciones *ex lege*, sirve para revalorar la importancia de dicho modelo de responsabilidad en el sistema de derecho privado (no necesariamente, en desmedro de la responsabilidad contractual). En efecto, el dato legislativo no ofrece al intérprete razones para otorgar mayor importancia a una especie de responsabilidad sobre otra; al contrario, ambas se colocan en un mismo plano, aun cuando actúen en distinto espacio. De hecho, nuestro propio autor se muestra contrario a una interpretación en tal sentido, cuando confiesa que:

"ojo, no estamos afirmando que el sistema de responsabilidad contractual valga menos o deba ser descartado de plano, simplemente estamos señalando que nuestro sistema de responsabilidad civil en general debe dar cabida, en primer lugar, a la cláusula normativa general contenida en el artículo 1969 del Código Civil peruano y, ya posteriormente, al sistema contractual²⁶³⁹".

En el fondo, el argumento principal es el (a).

En realidad, "la amplitud y alcance" a la cual refiere nuestro autor, que motiva que "sus efectos se irradian sobre todos los casos (y campos) en los cuales –dentro del ordenamiento jurídico peruano– se produzcan daños²⁶⁴⁰", es fiel expresión de otra idea: "el sistema de responsabilidad contractual se constituiría en la excepción a la regla (de la responsabilidad delictual) dentro de este "universo" (de

(2633) **GABRIEL RIVERA, José.** *óp. cit.*; p. 214.

(2634) *Ibíd.*

(2635) *Ibíd.*

(2636) *Ibíd.*

(2637) *Ibíd.*

(2638) *Ibíd.*

(2639) *Ibíd.*

(2640) *Ibíd.*

la responsabilidad civil); es decir, operaría siempre y cuando la ley lo señale de manera expresa o cuando las partes lo hayan establecido²⁶⁴¹”.

Sin duda, la idea de Planiol se trasluce en la posición de nuestro autor: *toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley*. Aprovechemos entonces para aprehender correctamente el sentido de esta expresión.

Como se recuerda, Planiol subsumía en la categoría de la obligación legal las *obligaciones no contractuales* en que el reproche de su lesión se deduzca a partir de una imposición legal en tal sentido. ¿Cuáles eran estas? Todas (el cuasi-contrato, el cuasi-delito y el delito), excepto una: aquella que encontraba su fuente en el contrato o la voluntad. Ergo, cuando no estamos ante un contrato surge la ley.

La obligación *ex lege* aparecía “conceptualmente” de manera homogénea por representar una reacción frente al temor de una *lésion injuste pour autrui*, solo así, la ley, en tanto fuente según el *Code*, podía comprender las demás fuentes. En ese sentido, en el plano de la responsabilidad, Planiol dictaría que la violación de la obligación legal conforma necesariamente la hipótesis de hecho de alguna de las tres fuentes (de las obligaciones) que esta comprendía (el delito, el cuasi-delito y el cuasi-contrato). Si nos ceñimos a la tutela aquiliana, podríamos decir que en la concepción de este autor, aparecía cuando la obligación legal se transformaba en un *dommages- intérêts* (a causa de su violación) “sin intención pero con torpeza o negligencia”. Solo en ese extremo la obligación legal era sinónimo de responsabilidad extracontractual.

Esto quiere decir que la máxima que dicta que *toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley* no significa que *toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la responsabilidad extracontractual*. Esta última aparece pues como una más de las reacciones contra la violación de la ley (al lado del delito y el cuasi-delito). Pero lo más importante es que la primera expresión no tiene otro valor adicional al meramente retórico-figurativo que resulta lógica consecuencia de construir el sistema de las fuentes a partir de la ley. En efecto, si esta última era la

(2641) *Ibid.* Los paréntesis son nuestros.

fuente primordial, era lógico decir que todo lo que no era ella (casi-nada), deviene obligación contractual.

En buena cuenta, a la máxima de Planiol no se le puede atribuir valor normativo. De lo contrario, se correría el riesgo de retornar, aun cuando a la inversa, a la idea que ubica a ley como fuente residual de obligaciones (y a cuya superación se avocó el propio Planiol). Y es que si *toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley*, entonces *toda obligación en la que no sea posible identificar su fuente devendrá legal*.

Lo anterior nos permite reafirmar que la *obligación ex lege* en la idea de Planiol, lejos de representar una categoría normativa *strictu sensu* (disociándose “connotativamente” de la fórmula del *Code* que incluía a la ley como una más de las fuentes de las obligaciones), aparece como un *criterio de orden retórico-figurativo* a efectos de exponer su teoría de las *sources des obligations*, y como tal, su extrapolación a un análisis de orden normativo puede conducir a dos problemas: (i) creer que la expresión obligación *ex lege* (no orgánica en nuestro *medio*) se agota en la obligación que el legislador impone a efectos de evitar la lesión a expensas del comportamiento de otro sujeto, dada la necesidad de encontrar un elemento común entre el cuasi-contrato, el cuasi-delito y el delito, más allá del solo hecho de aparecer en el *Code* como (fuentes de) obligaciones ajenas al contrato, y (ii) pensar que la obligación *ex lege*, en su etapa patológica, la cual acaece con su violación, se equipara y reduce a la obligación “extracontractual” de resarcir los daños sufridos, por el hecho que, desterrada la clásica cuatripartición, el fenómeno “indemnizatorio” se reduce (en última instancia) a la responsabilidad extracontractual (otrora, cuasi-delito), por ser ella expresión del universo (que ahora prescinde del delito y cuasi-contrato) de la obligación resarcitoria que encuentra su fundamento en la “ley” en oposición a la “voluntad”.

Con relación a lo primero, en realidad el temor a la lesión como presupuesto por el cual el legislador dispuso obligaciones *ex lege* capta solo una parte del fenómeno. En efecto, en sentido lato, la obligación de fuente legal se presenta como el mandato del legislador que impone un comportamiento específico o genérico a un sujeto en específico o a una generalidad. Así, este puede consistir en la realización de una conducta positiva u omisiva, que no necesariamente consiste en

“reparar” el perjuicio que se causó a otra persona. Para probar ello, basta pensar con todas las obligaciones que se encuentran contenidas en el Código Civil de 1984 en el Libro VI y VII, en las cuales la voluntad no aparece como fuente, sino la disposición del legislador en tal sentido, y que puede consistir en una conducta que debe desenvolverse durante la etapa fisiológica de actuación del mandato, o al contrario, una vez ingresada a la etapa patológica como (ahora sí) precepto en favor de la “reparación” del perjuicio.

Lo segundo es consecuencia de creer que la violación de la obligación legal se configura como la “responsabilidad común”, mientras que, en defecto de él, la violación de la obligación no legal o contractual aparece como la “responsabilidad de excepción”. En efecto, este planteamiento encuentra sentido si se acepta el presupuesto de que la ley es la fuente primordial de la obligación y por tanto la responsabilidad consecuente de su violación es el género, quedando reservado el carácter “especial” de la responsabilidad por violación de una obligación de fuente voluntaria. Descartado ello como presupuesto indubitable por representar *strictu sensu* un discurso dogmático, y desprovistos -por ende- de la necesidad de aceptar la relectura de la Planiol en tal sentido, la relación entre las fuentes de la obligación en el sistema peruano no admite *órdenes jerárquicos* de unos sobre otros.

Dicho esto, la “amplitud” y el “alcance general” de la responsabilidad *ex delicto* no es sinónimo de preponderancia (o superioridad); ambas son simplemente características de uno de los dos modelos de responsabilidad civil previstos en el Código Civil de 1984²⁶⁴².

Reiteramos entonces que en el sistema de responsabilidad civil peruano, tanto la responsabilidad por inejecución como la responsabilidad *ex delicto* (colocados en un mismo nivel jerárquico) representan expresiones de un fenómeno singular y -por ello- diverso entre sí, no siendo posible identificar entre estos una responsabilidad común sobre otra de excepción; esto es, la responsabilidad extracontractual (ley) no es residual, sino que su propia configuración hace que

(²⁶⁴²) De ahí que tampoco es admisible pensar que en el supuesto (muy lejano y totalmente idealista) que la sociedad se encontrase (en su gran mayoría) interconectada una con otra mediante contrato, la responsabilidad contractual primase sobre aquella extracontractual por el hecho que los accidentes, antes que la regla, aparecieran como la excepción (de una sociedad avanzada).

(conforme las circunstancias actuales de la sociedad) pueda devenir más común (o recurrente) que la otra²⁶⁴³.

Lo anterior nos permite ahora apreciar con mayor claridad las razones (de fondo) que llevaron (también) a Cornejo establecer la responsabilidad delictual como una de Derecho Común, reservando para la responsabilidad contractual el carácter excepcional antes referido, de ahí su creencia en la jerarquía superior de una fórmula construida a nivel general frente a otra que reglamenta una relación especial caracterizada por la existencia de una “contraparte”.

Un argumento adicional reclamado por el célebre autor distingue a su posición de aquella que veníamos tratando en este apartado: (a diferencia del acto ilícito) la ubicación “inferior” del contrato como especie del “acto jurídico” (negocio jurídico) en la teoría del “hecho jurídico”, según Cornejo, es óbice para considerar que una responsabilidad construida para un supuesto “excepcional” rija más allá de sus propios confines.

A esta postura (en realidad a su eventual recepción) habría que puntualizar el hecho que a diferencia del Código Civil de 1936 (Libro V, Sección Primera, Título IX), el Código Civil de 1984 no reconoce la categoría del “acto jurídico ilícito” y por tanto no existe una preponderancia de índole normativa sobre la responsabilidad “por contrato” (no obstante que en la teoría podría ocurrir lo contrario); de hecho, en el código actual, la responsabilidad contractual, regulada como “responsabilidad por inexecución de obligaciones” (Título IX), aparece dentro del Libro VI (Sección Segunda) destinado a la teoría general de las obligaciones, mientras que la responsabilidad delictual ocupa un lugar más “restringido”, como una fuente de estas en el Libro VII (Sección Sexta). El legislador peruano de 1984, a diferencia de M. A. Olaechea, no construyó la responsabilidad *ex delicto* en la idea alemana del acto ilícito. Lo cierto es que ni la solución (legislativa) de 1936 ni aquella presente en el código actual, invita a pensar que en la mentalidad del codificador una responsabilidad

(²⁶⁴³) Recientemente, **MORALES HERVIAS, Rómulo**. *Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Ius et Veritas*, núm. 57, 2018, p. 179, ha afirmado, en una opinión que compartimos, que “ambas responsabilidades regulan intereses diferentes y ello no convierte a la una superior a la otra. No hay que olvidar que “la norma jurídica, si A, entonces B es colocada por una decisión humana: o, mejor, por una decisión política, la cual se traduce en figuras atípicas y esquemas generales de una determinada valoración de los intereses en juego. Cada clase de responsabilidad mantiene su autonomía conceptual y normativa”.

se encuentre por encima de otra, ya sea que atendamos a la sistematización del código, o, incluso, si reconducimos el debate al ámbito de la doctrina, desde que una teoría como aquella del *Rechtsgeschäft* alemán y su relación con los hechos y actos jurídicos presenta valor explicativo antes que sancionatorio de la preponderancia de una categoría sobre otra. En el extremo, podría no faltar quien contradiga a Cornejo (en este extremo) por el simple hecho de “ordenar”, de diferente manera, las voces “hecho”, “acto” y “negocio”.

4.3.2.2. Las premisas anteriores nos conmina a rechazar también cualquier posición que pretenda ver en la violación de la obligación *ex lege* una responsabilidad *per se* contractual.

Aun cuando partidario por una posición intermedia, con la cual veremos luego comulgaremos en parte, un autor, en un reciente trabajo, y en la idea que el sistema peruano (distanciándose del *Code*) no construyó la responsabilidad *ex contractu* a partir de la categoría del contrato (entendida como fuente en el Libro VII)²⁶⁴⁴, como sucede en la experiencia jurídica francesa (que regula el cuasi-delito en el título destinado a los compromisos que surgen sin convenio)²⁶⁴⁵, sino (en una “adaptación” - defectuosa- de la regulación del *Codice*²⁶⁴⁶) de la “obligación” y su incumplimiento (Libro VI), ha sostenido que:

“en nuestro ordenamiento sería plenamente posible interpretar que el (mal denominado) régimen de “inejecución de obligaciones” se aplica a los daños generados por el incumplimiento de una obligación, cualquiera sea su fuente (negocial o legal)²⁶⁴⁷”.

Para ello, tuvo a bien recordarnos una de las ideas del ponente del Libro VI, según quien:

“(…) las normas sobre inexecución de obligaciones se aplican no solo a las obligaciones derivadas del incumplimiento o cumplimiento parcial, tardío o defectuoso de las obligaciones nacidas de los contratos, sino a todas las obligaciones civiles que no se encuentren expresamente reguladas en la Sección de la Responsabilidad Extracontractual. Así, se incluyen dentro de aquel Título a los contratos en general, a los contratos nominados, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y, en general, a los contratos innominados, a numerosas obligaciones previstas legalmente y a todos aquellos casos, ajenos al Derecho Civil, en que se vulnera

⁽²⁶⁴⁴⁾ CAMPOS GARCÍA, Héctor. *óp. cit.*; p. 160.

⁽²⁶⁴⁵⁾ Ídem, p. 159.

⁽²⁶⁴⁶⁾ Ídem, p. 160.

⁽²⁶⁴⁷⁾ *Ibíd.*

una relación obligacional preexistente, salvo que la ley, en esta última hipótesis, opte por una sanción específica distinta a la del Derecho Común²⁶⁴⁸;

Esto ha llevado a este autor a plantear que “bajo los términos expuestos en los párrafos precedentes, la “responsabilidad contractual” (o por incumplimiento de obligaciones, según el CC) no sería de carácter “excepcional” en nuestro ordenamiento, sino de carácter “especial”, siendo la responsabilidad extracontractual la que poseería un carácter “general y residual²⁶⁴⁹”.

Si hasta ahí llegase el asunto, y visto en perspectiva, nos encontraríamos frente a una posición que significaría el retorno a la solución contractual a partir de una suerte de “preponderancia” (no necesariamente deducida de su importancia sino por ser resultado de la obra del legislador) de la responsabilidad por inejecución de “cualquier obligación” que no caiga en la genérica y residual responsabilidad extracontractual (la cual surgía siempre y únicamente cuando la primera no era aplicable y en tanto quedaba conformaba la *fattispecie* del art. 1969).

El problema es que una línea argumentativa como esta, interesante por totalizante, resulta extremadamente concluyente y poco flexible cuando al final la conclusión de nuestro autor no conserva tales características, inclinándose al contrario por una solución intermedia. Ante el riesgo de que una premisa como la comentada pueda motivar (a algún otro autor) a reconducir *per se* la violación de la obligación legal al dominio del contrato, conviene puntualizar lo siguiente:

(i) La ubicación sistemática de las dos especies de responsabilidad en el código actual (que dicho sea de paso, resulta “inintendible²⁶⁵⁰” tratándose de un mismo fenómeno) no define la mayor preponderancia de la una sobre la otra; esto es, su carácter común en oposición a su naturaleza de “excepción”. De hecho, si así fuese, tendríamos que concluir también que la relación entre la responsabilidad contractual y delictual se presenta de cara al intérprete de forma ambivalente, puesto que la “naturaleza jurídica” de ambos tipos de responsabilidad (“común” o “excepcional”) se deduciría algunas veces en favor de la primera (como en el Código Civil de 1852 y en el Proyecto de

(2648) Citado por Ídem, p. 161.

(2649) Ídem, p. 162 (paréntesis nuestro).

(2650) **LEÓN HILARIO, Leysser.** *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos... óp. cit.*; p. 26.

Código Civil de 1890) y otras en favor de la segunda (como en el Código Civil de 1936, en donde la responsabilidad extracontractual, como “acto ilícito”, formaba parte de la Sección Segunda del Libro V -dentro de la categoría genérica del “acto jurídico-, mientras que la responsabilidad por inexecución de obligaciones se hallaba en la Sección Tercera del Libro V). En otras palabras, en algunos códigos la obligación legal se deduciría siempre en el contrato y en otros siempre en el ilícito.

Lo cierto es que incluso en los sistemas como el italiano en donde la responsabilidad *ex contractu* se configura como reacción al incumplimiento de la obligación en general, la responsabilidad derivada de la violación de una obligación “legal” genera aún hoy controversia²⁶⁵¹ (sobre todo cuando esta contiene un “deber de cautela”).

(ii) A diferencia de la época en que regía el Código Civil de 1852 (que comprende también el Proyecto de Código Civil de 1890), la tesis bajo examen, en el código actual, no dispone de un dispositivo normativo como el art. 1224 del Código Echenique (que expresamente disponía la extensión de las “reglas generales” del contrato a las obligaciones *ex lege*), que fundamente la adscripción de las obligaciones legales al dominio de la responsabilidad contractual.

Por el contrario, el Código Civil de 1984 se limita a establecer en el art. IX del Título Preliminar que “las disposiciones del Código Civil se aplican supletoriamente a las relaciones y situaciones jurídicas reguladas por otras leyes, siempre que no sean incompatibles con su naturaleza”. Esto quiere decir que la normativa peruana no anticipa una solución para la naturaleza de la violación de la obligación de fuente legal, sino que únicamente la reconduce a los confines del Código Civil de 1984; esto es, al dominio del contrato y el ilícito, en distinta medida y alcance, sin representar la regla general ni la regla excepcional, como venimos afirmando.

Descartado que entre la responsabilidad contractual y extracontractual exista una relación de preponderancia entre una y otra, de carácter común o de excepción, conviene reafirmar que en el

(²⁶⁵¹) v. el trabajo de **FAILLACE, Stefano**. La controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*. Tesi di Dottorato. Bologna: Università di Bologna, 2007, f. 182 y ss. (conclusioni).

sistema de responsabilidad civil peruano cada una se encuentra en un mismo plano aunque actúen en diverso ámbito.

Si desde un ángulo conceptual y normativo, no es posible extraer una regla (general) que derive la obligación legal al área de la responsabilidad contractual o al de la responsabilidad extracontractual, ¿acaso la solución al problema de la naturaleza de la violación de una obligación *ex lege* no precisa una postura menos rígida, sobre todo si se advierte lo difícil de observar en aquél una auténtica categoría?

4.3.2.3. Para la determinación de la naturaleza de la responsabilidad que surge como consecuencia de la violación de una obligación *ex lege* deviene un esfuerzo fútil el abocarse únicamente al concepto o significado que sobre la misma pueda postularse, desde que en dicha “categoría” *el predicado se encuentra contenido de manera (explícita, para nosotros) en el sujeto*; o lo que es lo mismo, “obligación legal no es otra cosa que una obligación que surge de la ley”. Nada más es posible aprehender de esta figura como conocimiento puro, a diferencia de la obligación contractual y extracontractual, en donde el dato de la experiencia (particularmente legislativa y su desenvolvimiento a nivel de doctrina) nos ha mostrado que el predicado no se encuentra contenido (y limitado) en el sujeto; esto es, que el ámbito de la obligación contractual y extracontractual no se agota en conocer que estas provienen del contrato y el ilícito. Lo último explica los problemas para saber la naturaleza de su violación en un caso y en el otro.

De hecho, bien visto el asunto, al ser la fuente de la obligación la “ley”, quedan comprendidas no solo las obligaciones que emanan de la normativa especial, sino también las que se contienen en el propio Código Civil de 1984, en donde serían obligaciones legales “todas” las que no emanan de la voluntad y que por pertenecer al ámbito privado no aparecen ahí enunciadas; ergo, todas las obligaciones del código actual, sin importar el libro en donde se ubiquen, porque incluso en materia de contratos, la ley impone obligaciones a los contratantes, sobre todo, en defecto de pacto, como lo corrobora la amplia regulación de los contratos típicos. Pero por el hecho que la fuente “directa” yacza en la ley civil peruana, no significa que su ámbito de aplicación (en lo que importa su violación) se tenga que reconducir, inexorablemente, al dominio de la responsabilidad delictual.

En análogo sentido, contradiciendo la posibilidad de absolutizar la solución contractual, podemos referir, como lo indica un importante autor, diversas hipótesis en las que la ley impone responsabilidad (sin establecer, *a priori*, si se trata de una de orden contractual o extracontractual), como sucede ante la violación de los derechos de la personalidad²⁶⁵², en el derecho de familia (art. 257)²⁶⁵³ o derechos reales (arts. 924, 959, 960, 961, 962, 963, etc.)²⁶⁵⁴, no obstante que la obligación violada no surge de la voluntad del agente lesivo y la víctima.

Advirtiendo este escenario, no sorprende que hayan surgido posiciones intermedias que destinen la obligación legal tanto al ámbito de la responsabilidad contractual como de la responsabilidad extracontractual, dependiendo del caso específico.

Así, De Trazegnies, quien luego de advertir que sobre ambas especies de responsabilidad se presentan principios, normas generales, normas semi-generales y normas específicas de aplicación, destina a una y a otra diversas hipótesis de violación de una obligación de fuente legal (particularmente, las que aparecen en el Código Civil de 1984), como pudo verse en los casos antes citados, en donde la solución es trasladada al dominio extracontractual²⁶⁵⁵, mientras que el ámbito contractual es extendido también aún en ausencia de voluntad, pero por imperio de la ley, a hipótesis como el rompimiento de las esponsales²⁶⁵⁶, deterioro ordinario y extraordinario del bien materia de usufructo²⁶⁵⁷, la pérdida del bien depositado o si no comunica (el depositario) la pérdida de la posesión del mismo²⁶⁵⁸, el arrendamiento (si el arrendatario no comunica al propietario la necesidad de hacer reparaciones en el bien arrendado)²⁶⁵⁹, el hospedaje por lo bienes que sean de uso corriente²⁶⁶⁰, el comodato por la venta del heredero del bien entregado²⁶⁶¹, o el mandato (si se realiza

(²⁶⁵²) **DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.** La responsabilidad extracontractual II... *óp. cit.*; p. 435.

(²⁶⁵³) Ídem, p. 436.

(²⁶⁵⁴) *Ibíd.*

(²⁶⁵⁵) *Ibíd.*

(²⁶⁵⁶) Ídem, p. 425.

(²⁶⁵⁷) *Ibíd.*

(²⁶⁵⁸) Ídem, pp. 425-426.

(²⁶⁵⁹) Ídem, p. 425.

(²⁶⁶⁰) *Ibíd.*

(²⁶⁶¹) *Ibíd.*

defectuosamente el encargo), en los que se produciría una “responsabilidad contractual genérica con relación a promesas y contratos específicos²⁶⁶²”.

En esa misma línea, otro autor, luego de reconocer la posibilidad de que la obligación legal sea reconducida al esquema de la responsabilidad extracontractual, no descarta que “si la fuente de la obligación es la ley, ello no impide que se genere un verdadero interés crediticio (propio de toda relación obligacional) que merezca ser tutelado de forma específica por las reglas de la responsabilidad “contractual”, sin que para ello sea necesario una remisión expresa a tal régimen de responsabilidad²⁶⁶³”.

Para ello (la solución contractual), “en primer lugar, el interés lesionado debe pertenecer a un sujeto determinado (o por lo menos determinable). En segundo lugar, el interés crediticio lesionado puede ser tanto patrimonial como no patrimonial; sin embargo, la conducta (del deudor) que lo lesiona debe ser siempre patrimonial. En tercer lugar, el interés crediticio debe responder, necesariamente, a las expectativas del sujeto titular (negocio unilateral) o de los sujetos que forman parte de la relación en la que se enmarque (bilateral o plurilateral)²⁶⁶⁴”.

En realidad, la conducta que se exige (la “obligación”), como vimos a propósito del “deber de cautela”, responde a un interés que el legislador presupone existe (o debería existir) en la esfera del acreedor (esta sería la expectativa a la que refiere nuestro autor), por ello, algunas veces esta se emparenta con el crédito mismo (mayormente, en realidad); sin embargo, no siempre es así, de hecho, la ley puede imponer “obligaciones” sobre cualquiera de los sujetos de la relación, por lo que este interés no se vincula únicamente con la prestación y el interés sobre esta, sino sobre cualquier interés que el legislador presuponga o considere merecedor de tutela en la esfera del *creditoris* y el *debitoris* vinculados *ex contractu*, de ahí que el interés, pero también la conducta que lo lesiona, pueda ser patrimonial o no patrimonial.

⁽²⁶⁶²⁾ Ídem, p. 424.

⁽²⁶⁶³⁾ CAMPOS GARCÍA, Héctor. *óp. cit.*; p. 163.

⁽²⁶⁶⁴⁾ *Ibíd.*

La amplia potestad del legislador nos conmina a pensar, como lo refiere otro autor, que el elemento decisorio yace, en buena cuenta, en el ámbito de incidencia de la obligación *ex lege*, básicamente, en la pre-existencia²⁶⁶⁵ (si se puede decir así) de una relación de obligación entre los sujetos sobre los cuales recaen los efectos jurídicos o fácticos del desenvolvimiento de la conducta que impone la obligación legal.

Por ello, no podemos caer “en automatismos en la respuesta (de la naturaleza de la obligación *ex lege*) por el solo hecho de que la obligación nazca por ley: es menester analizar el caso concreto para determinar si la naturaleza es contractual o extracontractual²⁶⁶⁶”. Para ello, resulta imperioso determinar si la disposición legal se inserta dentro de una obligación previamente asumida. En buena cuenta, la obligación que surge *ex lege* no transforma (en una obligación delictual) una relación jurídica obligatoria pre-existente conformada por los sujetos a los cuales afecta la disposición legal²⁶⁶⁷.

4.3.3. El “deber de cautela”, el cual a nivel teórico presenta afinidad tanto a la responsabilidad contractual como a aquella delictual, precisa, en tanto expresión de una obligación legal dispuesta por el legislador peruano, reconducirse a una u otra especie de la responsabilidad civil.

Para tal efecto, si se tiene en cuenta que para nosotros el dato que reconduce las obligaciones legales al dominio del contrato yace en que el efecto del desenvolvimiento de la conducta exigida incida sobre sujetos vinculados por una relación de obligación pre-existente, debemos concluir que el “deber de cautela”, más propiamente, su violación, se reconduce al esquema de la responsabilidad contractual. Ciertamente, esta posibilidad de incidencia sobre sujetos *in obligatione* no es privativa de la obligación legal desde que se encuentra a disposición de la responsabilidad extracontractual; sin embargo, a diferencia de estos casos, en el “deber de cautela” *ex lege*, la relación de obligación que *pre-existe* al mandato de la ley no es un dato accidental (como en la tutela delictual), sino más bien, ella (y por ende la interacción entre los sujetos que la conforman) representa el presupuesto material sobre el cual el legislador pretende incidir (de ahí que no estemos ante una obligación legal que se resuelve

(²⁶⁶⁵) **ESPINOZA ESPINOZA, Juan.** *La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege... óp. cit.*; p. 64.

(²⁶⁶⁶) *Ibíd* (paréntesis nuestro).

(²⁶⁶⁷) *Ídem*, pp. 63-64.

en la responsabilidad extracontractual y que lógicamente prescinde para su construcción del contrato y de los sujetos que intervienen en él). En otras palabras, el “deber de cautela” no busca imponer una conducta a un sujeto cualquiera o *que pasa por ahí*, sino a un sujeto que está inmerso como parte en una relación contractual específica, con determinadas peculiaridades, típicas o no, pero que resultan identificables tanto para el destinatario de la prescripción legal como para el intérprete.

Esta es la razón de porqué el legislador vincula la *fattispecie* del “deber de cautela” con una relación de obligación particular (a partir del dato de su tipicidad o por la característica de la prestación comprometida); de no existir esta última, conforme lo previsto en la fórmula legal, la necesidad por destinar una obligación legal quedaría descartada. Por supuesto, esto no significa dejar desprovisto de tutela a los ciudadanos: en ausencia de la conformación de la *fattispecie* del “deber de cautela”, actuará el régimen de la responsabilidad *ex delicto* a partir del deber genérico de no dañar a otros.

Sin perjuicio de ello, es importante precisar que si bien el calificativo de “pre-existente” podría hacer creer que la relación de obligación precisa existir antes que la norma que la afecta (no pudiéndose reconducir a esta hipótesis todos los contratos posteriores, *p.e.*, al Código Civil de 1984), en realidad, su sentido es figurativo, pretendiéndose con este marcar una diferencia con la relación de obligación que se conforma bajo el imperio de la responsabilidad delictual (recién una vez acaecido el daño). Entendamos entonces que en el caso del “deber de cautela” (en todas sus manifestaciones tratadas en esta sede), la obligación *ex lege* actúa (o ingresa) luego del nacimiento de la relación que constituye su presupuesto.

Teniendo en cuenta lo expuesto, podemos afirmar que el “deber de cautela” (de fuente legal²⁶⁶⁸) aparece como la regla excepcional en el *medio* nacional, en oposición a la regla general que se

(²⁶⁶⁸) Al ubicar en la ley la fuente del “deber de cautela”, debemos negar -según predice un autor- (*v.* MORENO MORE, César. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; p. 428.), “a su vez, que los deberes de protección tengan una aplicación general (...)”. Sin embargo, ello no supone, de ninguna manera -*v.* Cap. III-, negar “que la obligación sea siempre una relación compleja”; por el contrario, una posición en tal sentido no capta que la idea de “complejidad” de la “obligación” se disocia de la teoría de Stoll, siendo esta última un añadido más de un proceso que conceptualmente ya se encontraba consumado. Así pues, el hecho que siempre la “obligación” represente un «*sistema móvil*» no enerva la posibilidad de que una determinada “relación obligatoria acoja, además del deber de prestación, deberes de protección (en nuestra idea, deberes de cautela)”, y otros en que simplemente se agote en el primero” (Ibíd.)

encuentra representada por los «deberes de protección» interpretado como el *alterum non laedere* de la tutela delictual, en lo que (según postulamos) representa la *coexistencia* de un “universo” genérico y absoluto en donde los daños a la integridad -en el contrato- son tutelados por la responsabilidad extracontractual («deberes de protección» “aquilianos”) y otro (universo) “minúsculo” y “restringido” a la voluntad del legislador (dentro de los límites dispuestos *ex lege*) bajo las reglas de la responsabilidad *ex contractu* (“deberes de cautela” contractuales).

En esa lógica, no hay duda que ambos “universos” son capaces de comparecer ante una misma relación contractual. Sucede, *p.e.*, en la relación contractual que se instaura entre el mandante y el mandatario, en donde el “deber de cautela” se encuentra delimitado expresamente por la ley, de modo que cualquier intromisión en la esfera ajena del otro *partner* que no se deduzca en el (sentido del) mandato legislativo (que derivó en la imposición del citado deber), deberá ser reconducido a la tutela delictual.

Lo anterior se confirma cuando a propósito de otra relación contractual (trabajo) en la que se presentan deberes de cautela, nuestra jurisprudencia (EXP. N° 4350-98 - Sala de Procesos Abreviados y de Conocimiento), en línea con un Juez de Trabajo que había declarado infundada “la demanda de indemnización por daños y perjuicios interpuesta por el actor contra su ex empleadora (...) por considerar que las disposiciones legales en las que amparaba la demanda no contemplaban el pago de indemnización de daños y perjuicios por enfermedad profesional²⁶⁶⁹”, afirmara que “que la responsabilidad extracontractual también puede presentarse aun dentro del marco de la ejecución de un contrato por el incumplimiento del deber general de prevenir la comisión de daños que tiene toda persona respecto de otra²⁶⁷⁰”; o lo que es lo mismo, “que no puede estimarse que todos los daños deben considerarse provenientes de supuestos de responsabilidad contractual solo por el hecho de que las partes se hubieran vinculado por un contrato, puesto que muy bien pueden producirse eventos dañinos que excedan el marco de la relación contractual y, por lo tanto, deban ser reparados bajo el sistema de la responsabilidad extracontractual²⁶⁷¹”.

⁽²⁶⁶⁹⁾ Fundamento Primero.

⁽²⁶⁷⁰⁾ Fundamento Tercero.

⁽²⁶⁷¹⁾ Fundamento Cuarto.

En síntesis, en materia de “deberes de cautela”, es imperioso concluir que la experiencia peruana, en su evolución histórico dogmática, exhibe el giro de una *razón especulativa* (o conceptual que coloca los «deberes de protección» en el ámbito extracontractual) a una *razón práctica* de orden político-jurídico (que coloca los “deberes de cautela” en el ámbito contractual).

4.3.3.1. Cuando la obligación legal es reconducida al ámbito del contrato, la manera a través de la cual su mandato pasa a formar parte del contenido preceptivo del negocio es mediante la técnica de la integración. Esto quiere decir que el “deber de cautela” se “integra” al contenido de la relación de obligación (tal y como pretendía de diversa manera Stoll) por ser la ley (en que se deduce la obligación de cuidado) una fuente de integración.

En efecto, según el art. 1356 del Código Civil de 1984, “las disposiciones de la ley sobre contratos son supletorias de la voluntad de las partes, salvo que sean imperativas”. Más allá del carácter supletorio o imperativo de una disposición legal, que no es materia de análisis en esta sede, lo que no cabe duda (y así lo confirma la doctrina más autorizada²⁶⁷²) es que la ley, en el peor de los casos, de forma supletoria, se integra al contenido del contrato (“su aplicación será ineludible²⁶⁷³”) previsto por las partes al conformarse el acuerdo contractual.

En este caso, a diferencia de la interpretación integradora (la cual representaba propiamente “integración” en nuestro concepto) en la teoría de los *Schutzpflichten* alemán, el “deber de cautela” no se integra (al contrato) en base a la buena fe *ex art.* 1362 (según comprobamos en el Cap. III)²⁶⁷⁴, sino

(²⁶⁷²) Según un importante autor, “este último artículo tiene un cometido muy importante, pues no sólo destaca que en materia contractual las normas dispositivas son la regla y las imperativas la excepción, sino que también se orienta a poner de manifiesto dos principios que no fluyen necesariamente del contenido del artículo 1354: 1).- Que el sistema del Código civil no es dejar todo el contenido contractual, con la consabida limitación de las normas imperativas, al exclusivo arbitrio de las partes, sino proveer de un conjunto de reglas, ideadas por el legislador para diseñar un régimen que él considera justo, que se incorpora al contrato en ausencia de una estipulación de las partes que las excluya o sustituya. 2).- Que si esto ocurre, las reglas supletorias, se convierten en obligatorias una vez incorporadas al contrato, con igual fuerza que las normas imperativas, de tal manera que sería necesario un nuevo contrato para privarlas de esa fuerza”, *v. DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel*. El contrato en general. Primera Parte/I... *óp. cit.*; p. 352.

(²⁶⁷³) **ARIAS SCHREIBER PEZET, Max**. Exégesis del Código Civil peruano de 1984 I... *óp. cit.*; p. 104.

(²⁶⁷⁴) Lo cual resulta “coherente” con una postura que identifica en la ley la fuente del “deber de cautela”, como lo reconoce **MORENO MORE, César**. “Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano”... *óp. cit.*; pp.428-429. El rechazo de este autor a la tesis de la ley como fuente de los *Schutzpflichten* se reduce -en realidad- a una hipótesis concreta (Ley N° 26842). Ahora bien, ¿es posible hacer de ello una máxima? Si como el propio autor indica es necesario “identificar todas aquellas hipótesis en las que la ley impone este tipo de deberes”, ¿cómo es posible concluir para la generalidad a partir del caso especial? Sin entrar

a partir del propio mandato legislativo, de modo que, por su autoridad y arbitrariedad, no precisa (el fenómeno en cuestión) reconocerse como resultado de una “reconstrucción” (objetiva) del interés de protección en la esfera de las partes del contrato (de ahí su necesaria afinidad con la idea de “interpretación” en la experiencia alemana) que, finalmente, justifique su existencia e “integración” en el seno de la relación de obligación; al contrario, una vez integrado el “deber de cautela” (por virtud de la ley) deviene implícita la existencia de un “interés de cautela²⁶⁷⁵” (para diferenciarlo del *Schutzinteresse*) en la esfera del sujeto beneficiado por el mandato legal.

V. Como se sabe, además de lo relativo a la “inexigibilidad” (tratada anteriormente), la *Schuldrechtsmodernisierung* acogió en su seno diversas categorías *praeter legem*²⁶⁷⁶ (p.e. la *c.i.c.*, la *pVV* o la *c.p.p.f.*), encontrándose entre estas, los *Schutzpflichten* de Stoll. En adelante, expongamos brevemente esta “novedad” de la experiencia jurídica alemana para luego valorar el asunto en clave comparada con el “deber de cautela”.

La reciente *Schuldrechtsmodernisierung* ha dispuesto una “cláusula general” en el párrafo 280.1 BGB que habilita al *creditoris* a obtener el resarcimiento del daño como consecuencia de la violación de un deber de la relación de obligación, conforme el siguiente tenor:

“si el deudor incumple un deber surgido de la relación obligatoria, el acreedor podrá demandar los daños sufridos como consecuencia de ello. Esto no aplica en el caso en que el deudor no sea responsable por el incumplimiento del deber²⁶⁷⁷”.

Para determinar los “deberes” a los cuales refiere el citado dispositivo, hay que recurrir al nuevo § 241 BGB que regula los *pflichten aus dem Schuldverhältnis*. A esta norma, que antes reconocía que “en virtud de la relación obligatoria el acreedor tiene el derecho de pretender una prestación a

a discutir el caso de la Ley General de Salud, lo que parece claro es que la razón del rechazo yace en la (coherente) idea de que la ley no puede fundar los *Schutzpflichten* alemán por representar en estricto el caso particular cuando la tesis de Stoll, justamente por ser una teoría, presenta una tendencia totalizadora, abstracta. Descartada la necesidad de ajustar los *Schutzpflichten* al caso peruano y colocado el foco de estudio en los “deberes de cautela”, nada impide que, de acuerdo a las características de aquellos, la ley sea su auténtica fuente, a pesar que ello reduzca terriblemente su valor jurídico dogmático.

(²⁶⁷⁵) El cual justifica que el legislador reconozca la existencia del “deber de cautela” en ciertos casos.

(²⁶⁷⁶) **WACKE, Andreas.** *Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900 con especial referencia del Derecho de obligaciones.* Revista chilena de derecho, 2013, núm. 2, p. 707.

(²⁶⁷⁷) “(1) Verletzt der Schuldner eine Pflicht aus dem Schuldverhältnis, so kann der Gläubiger Ersatz des hierdurch entstehenden Schadens verlangen. Dies gilt nicht, wenn der Schuldner die Pflichtverletzung nicht zu vertreten hat”.

cargo del deudor. La prestación podría también consistir en una omisión”, se le agregó un segundo párrafo, en donde se establece que “una relación obligatoria puede, dependiendo de su contenido, obligar a cada parte a respetar los derechos (*Rechte*), bienes jurídicos (*Rechtsgüter*), e intereses de la otra parte²⁶⁷⁸”.

Es a partir del § 241.2 BGB que la doctrina alemana ha visto codificado los «deberes de protección» de Stoll desde que: (i) los bienes personales y patrimoniales pueden ser comprendidos en la genérica referencia a “bienes jurídicos”; (ii) el interés del acreedor no se limita a la realización de la prestación como deber primario (ex § 241.1 BGB), sino que puede extenderse más allá de aquél dada la sola referencia a “interés”, comprendiendo, sin problema, el *Schutzinteresse*; y (iii) el respeto de los bienes ajenos no se limita al deudor (pese a tratarse, en estricto, de un *Pflicht*), sino que se encuentra a cargo de ambas partes en igual sentido y medida.

La interacción entre los §§ 241.2 y 280.1 BGB se complementa con lo dispuesto en el § 282 BGB²⁶⁷⁹, en el cual se dispone que el acreedor podrá pretender el resarcimiento del daño, en lugar de la ejecución del deber, siempre que su realización “ya no sea exigible al deudor²⁶⁸⁰”.

El reconocimiento de los deberes ex § 241.2 BGB también se hace extensivo más allá del contrato, de modo que estos puedan surgir (existir): (i) con el inicio de las negociaciones contractuales (*die Aufnahme von Vertragsverhandlungen*) (§ 311.2. (1) BGB), (ii) en la preparación de un contrato mediante el cual una parte otorga a otra, en aras de una posible relación contractual, la posibilidad de poder influir en sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o²⁶⁸¹ (§ 311.2. (2) BGB),

(²⁶⁷⁸) “(2) Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten”.

(²⁶⁷⁹) “Verletzt der Schuldner eine Pflicht nach § 241 Abs. 2, kann der Gläubiger unter den Voraussetzungen des § 280 Abs. 1 Schadensersatz statt der Leistung verlangen, wenn ihm die Leistung durch den Schuldner nicht mehr zuzumuten ist”.

(²⁶⁸⁰) **ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen.** *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB.* En: Anuario de Derecho Civil, *núm.* 3, 2002, p. 1175.

(²⁶⁸¹) “die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder (...)”

(iii) ante contacto análogos a aquellos de carácter negocial (*ähnliche geschäftliche Kontakte*) (§ 311.2. (3) BGB).

Pero no solo ello, sino que “una relación obligatoria con deberes según lo previsto en el § 241.2, también puede surgir entre personas que luego no resulten partes del contrato. Dicha relación obligatoria surge especialmente cuando un tercero, apelando a una confianza especial brindada, influye significativamente en las negociaciones de un contrato o su celebración²⁶⁸²” (§ 311.3. BGB). Con ello, los «deberes de protección» *ex* § 241.2. BGB, devienen extensivos también en relación con terceros, en lo que se presenta como un reclamo directo a la *VSD*.

5.1. Que en nuestro concepto la ley sea la única capaz de alterar de forma tan significativa los cimientos sobre los que se construyó la teoría de la obligación y el contrato, no parece un dato novedoso de la experiencia jurídica comparada, si se atiende a la ulterior recepción de los *Schutzpflichten* en el BGB. De hecho, la experiencia alemana, pese a ser el escenario en donde las tesis contractualistas encontraron (mayormente) una positiva recepción (salvo las excepciones vistas en el Cap. III) tanto a nivel de doctrina como de jurisprudencia, nos muestra la dificultad de que una línea de pensamiento (sobre los «deberes de protección») en sentido afirmativo se imponga en un determinado *medio* -de forma indubitable- sin contar para ello con el respaldo del dato legislativo.

De lo contrario, si la sola teoría fuera capaz de prescindir del elemento normativo (en materia de «deberes de protección»), la “reciente” modernización no hubiera tenido como objetivo, entre otros, reconstruir el modelo de perturbación del programa obligatorio del BGB, colocando a la violación del deber en el centro del sistema, y a partir de este, dar espacio para la consagración legislativa de aquél deber que sin deducirse en la prestación ni en los *Nebenschlichten*, tiende a cautelar la integridad ajena de los contratantes. En otras palabras, si la experiencia peruana se caracterizó por construir el “deber de cautela” como obligación *ex lege*, siendo esta el elemento común u homogéneo entre cada una de sus hipótesis acá estudiadas, el legislador alemán, consciente de la necesidad de la

(²⁶⁸²) “Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst”.

ley para legitimar los *Schutzpflichten* (aceptados en gran medida por la doctrina), se distanció de aquél no en lo que respecta el recurso a la ley, sino por disociar del “deber de cautela” su carácter de “regla de excepción” (como sucede en nuestro sistema) para colocarla como regla general en materia de daños a la integridad en el contrato.

Si la “ley” aparece como el factor que distancia los *Schutzpflichten* de Stoll (concentrados en la buena fe del § 242 BGB) con los deberes que surgen (legalmente) *ex* § 241.2 BGB en beneficio de los bienes (patrimoniales o no patrimoniales), derechos (absolutos o relativos) e intereses (ergo, de protección) de las partes, el elemento que los reencuentra (desde una evaluación histórica) es el ánimo de pretensión o absolutismo que el «deber de protección» *ex lege* del reformado BGB (también) presenta en el modelo alemán, el cual, lejos de representar una teoría, ingresa al Derecho como un dato legislativo que reconstruye el sistema de lesión del crédito, tal y como hubiese querido Stoll hace más de 85 años. Esta última característica, curiosamente, es la que aleja la “reciente” experiencia alemana con aquella peruana, porque si bien nuestro modelo se sirve de la ley, lo cierto es que nuestra construcción, *per se* heterogénea en todas sus manifestaciones y características, salvo por aparecer en todos los casos como una obligación *ex lege*, no busca colocarse como “regla general” sino como “regla excepcional” en el cuadro de la tutela de la integridad.

Las razones del destino no común entre una y otra experiencia están por demás explicadas líneas atrás. Basta reiterar que cuando la “creación legislativa” se antepone a la “creación dogmática”, el resultado es una institución fragmentada por carecer de unidad conceptual; por el contrario, cuando la “creación dogmática” se antepone a la “creación legislativa”, la consecuencia es una categoría jurídica *strictu sensu*. La pulcritud “procedimental” (en la reforma del BGB en tema de *Schutzpflicht*), vale aclararlo, no subsana los defectos de sustancia que hemos objetado en las páginas anteriores: el fundamento político antes que jurídico (a nivel ontológico) de la categoría del «deber de protección» o el “deber de cautela”.

Frente a ambos sistemas, en la reciente experiencia francesa, a propósito de la *Ordonnance* N° 2016-131 del 10 de febrero de 2016 (*portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*), la *Obligation de sécurité* no ha encontrado lugar. Al contrario, si bien construida

tradicionalmente bajo los cimientos de la potente jurisprudencia de la *Cour de Cassation*, pero refrendada, a nuestro criterio, mediante diversas normas especiales en las que al igual que la experiencia peruana se reconocían -en ciertas ocasiones- una “deuda de seguridad”²⁶⁸³, su autonomía (en su calidad de recurso jurídico) podría verse severamente contradicha si es que se atiene a lo dispuesto en el nuevo art. 1100-2:

“Les faits juridiques sont des agissements ou des événements auxquels la loi attache des effets de droit. Les obligations qui naissent d’un fait juridique sont régies, selon le cas, par le sous-titre relatif à la responsabilité extracontractuelle ou le sous-titre relatif aux autres sources d’obligations”.

En efecto, la *Ordonnance* regula *les actes juridiques* en oposición a *les faits juridiques*, añadiéndose a ello la ley como fuente de obligaciones. Mientras los primeros se rigen mediante las reglas del contrato (Subtítulo I, Título III), los segundos, por disposición expresa del legislador, “se rigen, según sea el caso, por el subtítulo relativo a la responsabilidad extracontractual (Subtítulo II, Título III) o el subtítulo relacionado con otras fuentes de obligaciones”, entendiendo por estos últimos aquellos comprendidos en el (Subtítulo III, Título III); esto es, la gestión de negocios (Cap. I), el pago indebido (Cap. II) y el enriquecimiento sin causa (Cap. III).

En buena cuenta, el citado dispositivo no es otra cosa que la consagración (en el derecho positivo) de la regla “*toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley*”, desde que la ley, al pasar a representar “la fuente primordial” en defecto de su anterior condición de “fuente residual”, cuenta con la potencialidad suficiente para abrazar las obligaciones que la ley impone (como “efecto”) en los casos en que *les faits juridiques* causen una *lésion injuste pour autrui*. Con ello, la ley y las obligaciones que de ella se derivan se verían contrapuestas con aquellas derivadas de *les actes juridiques*, siendo que a diferencia de este último caso donde la regla de responsabilidad sería la del contrato, la responsabilidad por *les faits juridiques* seguiría lo dispuesto ya no por Planiol (como vimos anteriormente), sino ahora directamente por el art. 1100-2, vale decir, la *responsabilité extracontractuelle*

(²⁶⁸³) Art. L4121-1 - Code du Travail, “L’employeur prend les mesures nécessaires pour assurer la sécurité et protéger la santé physique et mentale des travailleurs (...)”.

como “regla general” (las hipótesis de cuasi-contrato son específicas), quedando así la *responsabilité contractuelle* como la “excepción”²⁶⁸⁴.

No revierte esta tendencia el reconocimiento legislativo de un “deber de información” (tipo de «deber de protección» en la teoría de Stoll) en la etapa pre-contractual *ex art. 1112-2*, desde que, “cualquier persona que use o divulgue información confidencial obtenida durante las negociaciones sin autorización, asume su responsabilidad bajo las condiciones del *droit commun*”. Acá parece lejana la posibilidad de que *droit commun* signifique derecho contractual o “especial” que acarrea responsabilidad por *actes juridiques*; al contrario, más próxima parece la idea de que detrás de dicha expresión radique la idea de la responsabilidad extracontractual como responsabilidad “común²⁶⁸⁵” o “general” (coadyuvando a ello el hecho que el art. 1178 *Code* señale que “indépendamment de l’annulation du contrat, la partie lésée peut demander réparation du dommage subi dans les conditions du droit commun de la responsabilité extracontractuelle”, y que en el art. 1116 se lea que “(...) elle engage la responsabilité extracontractuelle de son auteur dans les conditions du droit commun”).

En este escenario, no deberá sorprender si algún autor propone que ante la violación de un deber de conducta (de seguridad) que emane de una norma legal, el régimen a aplicar sea la responsabilidad *ex delicto*. Con ello, la *Obligation de sécurité*, para ser tal, seguirá precisando de la jurisprudencia y de que esta siga siendo entendida como resultado de un acuerdo “tácito” (o apoyado de alguna de las tesis contractualistas, *p.e.* la buena fe *ex art. 1104*), obviando para tal efecto todas las objeciones que frente a una posición en tal sentido se podrían formular, conforme ensayamos en el Cap. III.

De cualquier manera, a diferencia de la experiencia alemana e incluso peruana (aunque en mucho menor medida), la idea de protección o seguridad no se logró imponer en la mentalidad del legislador francés reformador, como sí ocurrió en Alemania (codificación del «deber de protección»), y, en grado inferior, en el Código Civil de 1984 (mayor presencia del “deber de cautela”).

(²⁶⁸⁴) De ahí que el primero represente la responsabilidad del Derecho Común, conforme adelantamos en la nt. 1079 del presente trabajo.

(²⁶⁸⁵) *v.* la nt. inmediatamente anterior.

En fin, solo los hechos históricos que en lo sucesivo afecten estas tres realidades podrán generar las contradicciones (*realidad normativa* frente a *necesidad extrajurídica*) necesarias para alterarla; en un primer momento, a cargo de la doctrina y jurisprudencia; en un segundo momento, mediante soluciones individuales e inconexas (en forma de mandatos legales) que el legislador va incorporando esporádicamente en la normativa nacional, y en un tercer momento, con la consagración legislativa de una teoría “pura” de la protección ajena.

VI. Llegado a este punto, el “deber de cautela” adquiere, de cara al intérprete peruano, autonomía, insertándose esta, de forma “excepcional” y con todos sus contrastes y peculiaridades, en el seno de la relación de obligación, ocupando un lugar dentro de la amalgama de deberes que resultan efecto de la constitución de una relación contractual, siempre que ello sea resultado del mandato legal.

Como tal, el “deber de cautela” aparece en el escenario nacional como la síntesis de una evolución multifacética que iniciada la República, se caracterizó por representar el esfuerzo de los legisladores, en diverso momento y contexto, por garantizar la preservación el *status quo* de los sujetos intervinientes en la relación de obligación. En el fondo, esta “posición jurídica”, cuyo fundamento yace en la (arbitraria) política del legislador como revés ético-jurídico, se divorcia del raciocinio conceptual (que se presenta) en torno a la teoría de las obligaciones y el contrato, de modo que no debe sorprender que su propia existencia devenga un elemento capaz de motivar una contradicción, aunque únicamente teórica, en el seno del código actual, por el propio hecho de no emparentarse con los conceptos sobre los que se ha construido el derecho patrio.

Al colocarse en un plano dominado por lo empírico, el “deber de cautela” experimentó diversas etapas. En un inicio, apareció como resultado de la construcción legislativa respecto de ciertos contratos que formaron parte de los proyectos codificadores. Si en gran medida ello fue resultado de una “actividad de recepción” (foránea) en materia legislativa, la situación presentó un giro importante cuando dicha circunstancia pasó a formar parte del derecho positivo (Código Civil de 1852), pero sobre todo cuando la protección de la esfera personal y patrimonial devino una necesidad (*extrajurídica*) que, alejada de la realidad de la legislación, motivó contradicciones en el seno de la legislación peruana (*realidad normativa*). La respuesta a ello surgió del legislador con la imposición

de deberes de fuente legal destinados a proteger el *status quo*. En uno y otro caso, el “cuidado” perseguido era identificado con relación a un tipo contractual en específico, de ahí que en la etapa que va de 1852 hasta antes del código de 1936, el “deber de cautela” haya presentado carácter legal y típico.

Más tarde, el proceso histórico derivó en que el “deber de cautela” dejara de responder a una *necesidad extrajurídica* (muy propio de la experiencia francesa y alemana) para constituirse como una realidad normativa. No obstante, en línea con sus antecedentes, el hecho que el “deber de cautela” represente un fenómeno primordialmente legal, no quitó que en el Código Civil de 1936, su conformación aparezca desfragmentada, salvo por el hecho de contenerse en dicho cuerpo legislativo. A la par de los “deberes de cautela” del código de 1936, la normativa sectorial peruana, al regular de forma especial distintas actividades económicas, persistió en su idea de proteger, en ciertas ocasiones, y sobre ciertos bienes, la integridad de las partes del contrato, resultando aleccionador la experiencia en materia de accidentes de trabajo y la actividad ferroviaria, más aún cuando la primera llegó a contar con reconocimiento legal en el código civil abrogado.

Con el Código Civil de 1984, los “deberes de cautela” ingresaron a una nueva etapa. En este, la protección del *status quo*, que en su momento representó una contradicción en el ámbito de lo empírico (la disociación a la que referimos en el Cap. II), no solo devino el dato común, sino que vería superado uno de sus principales rasgos; esto es, la necesidad de ligar los “deberes de cautela” a una relación contractual típica o, al menos, a una actividad regulada *ex lege*. En efecto, el Código Civil de 1984 traería consigo un primer indicio de abstracción en lo que respecta al art. 1727, para luego (en términos discursivos) ingresar en una nueva etapa en donde su “tipicidad” cedería espacio ante la emersión de los contratos que denominamos “peligrosos”, básicamente porque lejos de estar reconocidos en la legislación nacional, eran consecuencia de la descripción de un rasgo particular: la “peligrosidad” de la prestación a la que refiere el art. 12. Esta “abstracción”, en realidad, resulta relativa, toda vez que -sin alejarse de la tradición- el legislador peruano no dispuso el “deber de cautela” de forma genérica, como sí sucedió con el legislador alemán en la última reforma del BGB, sino que, en la idea de seguir teniendo el “control” de la actuación de tal deber, la circunscribió a lo

que cree son hipótesis “excepcionales”. Lo cierto es que por lo visto previamente, la experiencia nacional no pudo abstraer, en sentido técnico, el “deber de cautela”, tal y como sucedió (con los «deberes de protección») en el BGB.

En este contexto, la *fattispecie* del “deber de cautela” se presenta de manera heterogénea, lo que demuestra la poca claridad del legislador peruano sobre la materia. Así, se observa en este un carácter típico/atípico, concreto/abstracto, destinado algunas veces al patrimonio, otras a la persona, cuando no a ambas, y finalmente, la forma de su protección no ha quedado reducida a aquella resarcitoria *ex post*, sino que en un caso concreto se presenta de forma preventiva.

En ese sentido, al representar el “deber de cautela” la categoría *sui generis* que motiva el problema de los «deberes de protección» en nuestro *medio* (la ausencia de identificación con la categoría de Stoll), su solución, lejos de las tesis contractualistas y extracontractualistas, fundamentalistas (y no por ello inconsecuentes) *per se*, precisaba contrastar su naturaleza con la teoría misma de las fuentes de la obligación, al punto que hemos podido reconducir el “deber de cautela” (dando solución a la interrogante que ha motivado este trabajo) al ámbito del contrato (mediante su integración al contenido de la relación de obligación en los casos que así lo dispone la ley), configurándose esta como “la regla de excepción” en tema de cuidado de la esfera ajena en oposición a “la regla general” que constituye la responsabilidad *ex delicto*, sin que ello suponga confundir lo dicho con la regla *toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley*.

No debe sorprender entonces que advertido su proceso de formación histórica y ulterior composición normativa, esta figura, lejos de representar una “categoría de orden dogmático”, aparezca como una figura (y sus soluciones construidas en torno a ella) circunstancial de un legislador (en este caso, peruano) concreto dentro de un momento determinado (luego de la promulgación del Código Civil de 1984), lo que permite inferir, sin duda alguna, su propia complejidad (en su tratamiento), la cual se ve remarcada si es que el estudio de ella se dirige a su funcionalidad, sobre todo en lo que respecta a dos temas fundamentales que exceden el objetivo de nuestro trabajo: (i) el criterio de imputación subjetivo u objetivo (o ambos) de la responsabilidad por violación del “deber

de cautela”, y (ii) la posibilidad de disponer de un remedio (genérico, reconocido *ex lege*²⁶⁸⁶) que permita a la parte afectada dar por terminada la relación si ve amenazado su derecho, como se tentó con la “inexigibilidad” en el caso del art. 12 o con el “receso” en la teoría de Stoll.

En ese sentido, el “significado” del “deber de cautela” es motivo suficiente para concluir que la construcción de una teoría pura de protección de la esfera ajena resulta, en el derecho peruano, *idealista* si se toma en cuenta el dato legislativo peruano y *pírrica* si se advierte los rudimentos de la teoría de las obligaciones y del contrato sobre las que se construyó aquél.

En tiempos de Revisión del Código Civil²⁶⁸⁷, es oportuno recordar lo loable que resulta armonizar el *medio* y la legislación que lo condiciona²⁶⁸⁸; no obstante que en no pocas ocasiones, la realidad nacional haya estado lejos de tal propósito.

La razón de ello usualmente ha recaído o en el desconocimiento de lo primero, sobre todo en el siglo XIX hasta mediados del siglo XX, o de lo segundo, si por legislación entendemos también la dogmática de la cual se sirve aquella.

Estimamos que la investigación presentada ofrece los insumos necesarios para que de uno (el *medio*) u otro lado (la legislación), el intérprete, no solo a partir de la comparación, logre advertir que en ocasiones, la experiencia peruana ofrece soluciones que merecen, por sí mismas, un estudio de orden jurídico-dogmático, a pesar que, como en el caso del “deber de cautela”, el resultado nos conduzca al terreno de la *política* del Derecho y las soluciones no necesariamente técnicas (jurídicas).

(²⁶⁸⁶) Respecto de la importancia del reconocimiento legal de un remedio en tal sentido, *v.* nt. 2521 de la presente Tesis.

(²⁶⁸⁷) *v.* OLIVEIRA, Pedro M. *La revisión del Código Civil... óp. cit.; passim.* Mediante Resolución Ministerial N° 0128-2019-JUS de 4 de abril de 2019, se ha informado que el Grupo de Trabajo encargado de la revisión y propuestas de mejora al Código Civil peruano (conformado mediante Resolución Ministerial N° 0300-2016-JUS y modificatorias) ha presentado el Anteproyecto de Reforma del Decreto Legislativo N° 295, Código Civil de 1984. Sobre el particular, debemos manifestar que el contenido de este Anteproyecto, así como cualquier otra propuesta modificatoria del Código Civil de 1984, no ha sido materia de análisis en el presente trabajo.

(²⁶⁸⁸) Ídem, p. 21.

Es momento de desplazar el estudio de los *Schutzpflichten* alemán por los “deberes de cautela” nacional.



CONCLUSIONES

1. El surgimiento de los «deberes de protección» en Alemania, a partir de los criterios de “nacimiento”, “desenvolvimiento” y “sistema”, responde inescindiblemente a un problema de incerteza sobre la tutela, no solo adecuada, sino apta para enfrentar la lesión de la esfera personal y patrimonial que acontecía en ocasión de la constitución de una relación de obligación.
2. El estudio de la categoría de los *Schutzpflichten* por el intérprete peruano no puede reducirse a juzgar si la solución propuesta por Stoll es válida, porque ello presupondría que nuestro sistema comparte el problema que experimentó el modelo alemán (a propósito de la tutela de los bienes en el contrato) y respecto del cual los «deberes de protección» representan su principal reacción. Al contrario, en el entendido que los *Schutzpflichten* respondieron a un fenómeno de disociación entre la *realidad normativa* (sobre todo, aquella contenida en el BGB) y la *necesidad extrajurídica* (la tutela reclamada), lo que significa que la fórmula legal no era capaz de garantizar la realización de la necesidad de los ciudadanos, tal y como ocurrió en Francia con la *Obligation de sécurité*, resulta imperativo determinar si es que tal circunstancia (disociación) se presenta en nuestro país.

Sin embargo, el análisis de ello no puede partir del estudio del Código Civil de 1984 porque: (i) se obviaría que a diferencia del sistema alemán, nuestro *medio* atestiguó un largo periodo de pre-codificación y, más aún, variada codificación desde 1852, y, por consiguiente, (ii) la indagación que se efectúe podría pasar por alto el hecho que el operador jurídico peruano de épocas anteriores ya haya reaccionado ante ello, esbozando una solución que, visto en perspectiva, ocuparía el lugar que el «deber de protección» ostenta en Alemania, siempre que la primera presente el rango de “teoría” como sucede con la última (de ahí que esta sea “una alternativa” para componer el conflicto), de lo contrario, estaríamos ante un fenómeno desprovisto de relevancia jurídica dogmática y cercano por tanto a la solución pragmática, como en el caso de la obligación de seguridad.

3. En su evolución histórica, la experiencia peruana presenta visos de protección de la esfera jurídica persona y patrimonial (en la relación de obligación) en diversas etapas, sin embargo, esta “concesión” no respondió necesariamente al fenómeno de disociación entre la *realidad normativa* y la *necesidad extrajurídica*.

Así sucedió en la etapa pre-codificadora (Primera Etapa) con el Proyecto de Código Civil de Vidaurre y el Proyecto de Código Civil de 1847, en donde quienes los confeccionaron adicionaron hipótesis concretas en donde el sujeto obligado no destinaba su comportamiento únicamente para satisfacer el interés del acreedor en “recibir” la prestación, sino que perseguía garantizar su *status quo* y la no alteración de su esfera, a veces en lo que importaba su persona, otras en lo que refería a su patrimonio, en una aleatoriedad bastante marcada; y, en la etapa codificadora, en donde el Código Civil de 1852 y 1936 (Segunda y Tercera Etapa), en ocasiones, dispuso que una de las partes adopte un comportamiento tendente a evitar la afectación de la esfera de su contraparte, como los supuestos específicos del arrendamiento, el comodato, el hospedaje, entre otros referidos en nuestra investigación.

No obstante, otras veces, la imposición de una conducta de cuidado sí respondió al fenómeno referido, como ocurrió a propósito de la actividad ferroviaria o en materia de accidentes de trabajo, en donde el legislador peruano, a partir de leyes especiales, introdujo en diversas relaciones contractuales deberes de cuidado y conservación. De hecho, en materia de contrato de trabajo, incluso el legislador de 1936 introdujo un dispositivo como el art. 1572 en el que reconocía como parte de su “definición” a la propia “indemnización”.

4. Lo cierto es que en el anterior periodo, la imposición de una conducta de cuidado de la esfera del otro contratante ocurría de forma típica y legal; la primera en tanto se vinculaba la misma necesariamente a un tipo contractual previsto en la norma, sea el Código Civil o las leyes especiales; la segunda, desde que el mandato de protección era fruto necesariamente de la “fuerza de la ley” (de hecho, en materia de trabajo, si bien la doctrina propugnó su reconocimiento, esta entendía necesario que ello ocurra vía dación de una ley), a diferencia del

modelo alemán y francés en donde los *Schutzpflichten* fueron creación de la doctrina (antes de la reforma) y la obligación de seguridad resultado de la jurisprudencia.

5. La situación descrita se afianzó bien entrado en vigencia el Código Civil de 1984, siendo expresión de ello, a título ejemplificativo, las hipótesis previstas en los arts. 1681.4 (arrendamiento), 1735.2 (comodato), 1796.4 (mandato), en general en el hospedaje, y también por lo previsto, conforme leyes especiales, en materia laboral y transporte. No obstante, lo propio no puede decirse con relación a las actividades que se encuentran contenidas en el art. 1727 del Código Civil de 1984, así como a sus “similares”.

Si el carácter típico en la imposición del deber de cuidado había caracterizado la experiencia nacional durante más de un siglo, la última hipótesis prevista en el código actual rompía con la “tradicición”, instaurándose la posibilidad de reconocer (también, porque de ninguna manera se excluyen las hipótesis típicas) un deber de cuidado en actividades no necesariamente previstas (explícitamente) por el legislador de forma típica o enunciativa, sino también en otras que por no encontrarse tipificadas quedaban a merced del intérprete.

La “atipicidad” del deber de cuidado se confirmará una vez abordado el sustrato ideológico y material del art. 12 en materia de lo que denominamos “contratos peligrosos”.

6. En uno u otro caso, lo concreto es que la imposición del deber de seguridad de la esfera ajena, en ocasiones en lo personal, en otras en lo patrimonial, precisaba una habilitación legal de parte del legislador. Y en este punto de la historia, estos “deberes” ya no eran más fruto del desencuentro entre la *realidad normativa* y la *necesidad extrajurídica*; al contrario, eran ahora simplemente expresión de una pretensión legislativa que fue madurando durante los años hasta el punto de convertirse en una “realidad”. En la “contradicción” que supuso la *necesidad extrajurídica*, la “nueva” *realidad normativa* aparece como resultado dialéctico. Entonces, la cuestión fundamental en el *medio* peruano, antes que resolver una *necesidad extrajurídica* que no aparece a la vista más (como sucedió al momento de que Stoll profirió su teoría), yace en explicar jurídicamente la imposición de un deber de cuidado; ergo, su fundamento dogmático.

Es ahí en donde los *Schutzpflichten* -que además de ser una posible solución representan, sobre todo, una auténtica teoría jurídica- aparecen en el panorama para constituirse como la más importante tentativa (nacida ciertamente en Europa Continental) para explicar la realidad nacional; o lo que es lo mismo, explicar la decisión legislativa (de incorporar deberes de cuidado) a partir de una teoría de origen alemán. Esta es pues, según nosotros, el empleo que a tal categoría debe darse en el *medio* peruano.

7. Para tal propósito, la propia validez de la teoría precisa ser juzgada (conforme el ordenamiento peruano); en buena cuenta, las “tesis contractualistas” que explican y soportan el reconocimiento de un «deber de protección» como parte del contenido de la relación de obligación. Así pues, nuestra investigación ha concluido que las “tesis contractualistas” que fundan los «deberes de protección» en la misma idea del acuerdo, prestación, interpretación integradora, diligencia, buena fe, el recurso a la Constitución, enfrentan diversos argumentos que cuestionan su viabilidad, al punto que, remitiéndonos a lo expresado en el Cap. III, la idea de «deberes de protección» no encuentra sustento normativo en el sistema peruano, de modo que no explica aquello que en el modelo nacional se presenta: la existencia de diversas hipótesis en las que se exige a una de las partes de una relación contractual el cuidado de la esfera jurídica de la otra (a fin de evitar daños en el contrato).

Frente a esta realidad, el «deber de protección», en tanto cuenta con un ánimo totalizador inherente a su propia condición de teoría, no es capaz de identificarse con un fenómeno que aparece de forma fragmentaria y heterogénea.

8. Ahora bien, si aceptamos que en el discurso de Stoll, se trasluce la existencia de dos planos de la realidad, uno que se deduce en la relación de obligación y otro en la *relación específica* o *especial* de confianza que se instaura con la primera, podrá decirse que lo dicho en el punto anterior se refiere a un análisis del «deber de protección» en su relación con la *Schuldverhältnis* y no así con la *Sonderverbindung*.

Aunque a primera vista podría parecer descabellado un argumento en tal sentido, en la medida que los deberes de cuidado que reconoce el ordenamiento nacional se vinculan en un lazo inescindible con la propia idea de obligación y contrato, en la línea de lo previsto en el Libro VI y VII, resultó imprescindible dirigirnos a estudiar esta posibilidad con la cual se pretende crear un universo paralelo entre el contrato y el ilícito, en donde el reconocimiento legal de hipótesis de protección no es otra cosa que expresión de un fenómeno mayor que propugna la institución de un deber negativo de cuidado en la esfera de los sujetos que se involucran en la *relación especial o específica*, en tanto efecto indirecto de la instauración de la relación contractual. Lo cierto es que de aceptar ello, los problemas que la regulación legal impone al Libro VI y VII del Código Civil de 1984 podrían (teóricamente) ser salvados.

9. Lo anterior se hace más importante por el hecho que si atendemos a las tesis que rechazan la admisión de los «deberes de protección» (“tesis negacionistas” o “extracontractualistas”), es posible plantear frente a ellas varias objeciones, principalmente, aquella que observa en estas un esfuerzo estéril o pírrico por no atender que el propósito del estudio de la teoría de los *Schutzpflichten* no yace en juzgar la validez de la tesis de Stoll (como ocurre en Alemania), sino en explicar la “nueva” *realidad normativa* peruana provista de diversas hipótesis de protección aunque de forma fragmentaria.

En efecto, derivar a la responsabilidad extracontractual los daños personales y patrimoniales que ocurren en ocasión de la actuación de la relación obligatoria es un dato incuestionable a nuestro criterio (*v.* Cap. III). Sin embargo, la consecuencia de ello, a diferencia de lo que puede ocurrir en la experiencia alemana, no es desacreditar la teoría de los «deberes de protección», sino (únicamente) concluir que estos últimos, tomados del Derecho Comparado, no se encuentren aptos para explicar la problemática nacional.

Si ello es así, las “tesis negacionistas” yerran por no ofrecer una solución que remedie el desencuentro conceptual que existe en el sistema peruano entre el reconocimiento de una relación de obligación como *sistema móvil cuyo contenido gira en torno al deber de prestación y la imposición de deberes de cuidado de la esfera ajena*.

No podría decirse que en las “tesis negacionistas”, las hipótesis de deber de cuidado estudiadas en el Cap. II (evolución histórica) y Cap. III (código actual) son expresión del *alterum non laedere* (aun cuando ello fuera la lógica explicación), desde que la propia existencia de tales “deberes” permence obviado y soslayado en el discurso de los autores que la defienden.

10. En esa línea, si bien la investigación precisa reconducirse a la *Sonderverbindung*, formulada ya con Stoll, pero desarrollada exponencialmente en la doctrina alemana sucesiva a través de Dölle (contacto social), Larenz (relación obligatoria sin deberes primarios de prestación), Canaris (responsabilidad por confianza), entre otros autores, y exportada a *medios* foráneos como el italiano sobre todo en la obra de Castronovo, no debe perderse de vista que un juicio de valor sobre estas se dirige a negar o validar el segundo plano de la teoría de Stoll (*v.* Cap. I).

Descartadas estas por los argumentos expuestos en el Cap. III, lo propio corresponde con aquellas teorías que desde el ángulo delictual persiguen identificar un deber que excede la relación de prestación, entre estas, la tesis de Picker y el recurso a los “deberes del tráfico” por obra de *v.* Bar. Enseguida comprobamos que ni una ni otra son aplicables en el sistema peruano por justamente erigirse sobre los postulados normativos de la responsabilidad *ex delicto* prevista en el BGB, la cual, desde la época codificadora, no encuentra correlato en la experiencia peruana.

Al resultar pues la idea de *relación especial* o *específica* una circunstancia tributaria de un contexto normativo particular (alemán) cuando no del preconcepto por contractualizar y construir una realidad paralela al contrato y el ilícito, imposible de replicar e instaurar en el *medio* peruano, la validez de la teoría de Stoll, a nuestro criterio, puede ser decidida con mayor facilidad; esto es, descartando su aplicación tanto en el plano de la relación de obligación como en el de la *Sonderverbindung*, quedando de esta manera reafirmada su inoperancia para explicar la realidad peruana.

11. Si a ello se agrega que la obligación de seguridad, al no ser una teoría en estricto, sino un recurso de orden jurisprudencial, no sirve como referente dogmático capaz de constituirse

como alternativa para remediar lo anterior, la situación, a nuestro criterio, se agrava sustancialmente, puesto que, descartada la principal teoría que podía explicar los visos de protección presente en el ordenamiento jurídico peruano (a través de los deberes de cuidado inherentes a diversos contratos típicos), resulta preciso tentar una explicación sin contar para ello con un referente (dogmático, a nivel de teoría) sobre el cual erigirse.

Se puede decir entonces que “el problema de los deberes de protección” (que justifica el título de la presente investigación) radica en que en nuestro *medio* estos no son identificables en los *Schutzpflichten* de Stoll, de modo que aquél deber -hasta este punto poco claro e incierto salvo en cuanto a su finalidad negativa- representa una categoría *sui generis* que se inserta en determinadas relaciones contractuales y que, a pesar de ello, exige su reconducción al ámbito contractual o extracontractual.

No se trata más de estudiar si los «deberes de protección» (Stoll) son deberes *ex contractu* o delictuales, sino si aquellos deberes de cuidado presentes en el ordenamiento peruano, que por claridad discursiva denominamos “deberes de cautela” (para diferenciarlos de los *Schutzpflichten*), más precisamente, su violación, acarrea una responsabilidad contractual *ex art.* 1314 y ss. o extracontractual *ex art.* 1969 y ss. En otros términos, se debe absolver la interrogante respecto a si los “deberes de cautela” representan un supuesto de excepción de la regla general que reconduce los daños a la persona y el patrimonio, incluso en ocasión del contrato, a la responsabilidad aquiliana.

12. Para absolver ello, es imperioso presentar en primer término la *fattispecie* del “deber de cautela” (en el ordenamiento peruano). Luego de estudiado el art. 12 del Código Civil de 1984 y su valor simbólico dentro de la evolución histórica en materia de protección de la esfera ajena (sobre todo con la regulación de la “inexigibilidad” como tutela *ex ante*), podemos concluir que esta aparece de manera heterogénea en forma: (i) típica/atípica, (ii) concreta/abstracta; (iii) patrimonial/personal; y (iv) preventiva/compensatoria. Sin embargo, en todas las hipótesis, por más diversas que fueran, siempre aparece un elemento que subyace y dota de homogeneidad a la “figura”; esto es, su fuente legal. En otras palabras, son “deberes de cautela”

los que la ley reconoce para tal efecto, algunas veces de manera expresa, otras de forma indirecta concediendo a la doctrina y la jurisprudencia (los “elementos” para) su identificación, estudio, uso y aplicación, tal y como sucede en los arts. 1727 y 12 del código actual.

Y es justamente esta realidad del “deber de cautela”, divorciado totalmente de la teoría alemana, con pocos rasgos comunes entre sus diversas manifestaciones, la que no encuentra otro fundamento que el ser fruto de la sola y omnímoda voluntad del legislador, en un momento y tiempo determinado. De esta manera, no hay explicación dogmática que permita observar en la codificación de los “deberes de cautela” una síntesis del pensamiento jurídico, como queda comprobado una vez contrastados dichos deberes con la teoría y dogmática detrás de la construcción normativa de los Libros VI y VII del Código Civil de 1984. La única explicación y fundamento de estos yace en la ley, de modo que no debe sorprender que detrás de esta construcción el elemento clave yazca en la política como revés ético jurídico del legislador.

13. Reconocido que los “deberes de cautela” son expresión de las obligaciones de fuente legal, el siguiente asunto que precisa respuesta es su adscripción al dominio contractual o extracontractual. Para ello, hemos cuestionado el valor de la regla *“toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley”*, la cual, fruto del giro planteado por un sector de la doctrina francesa, presenta únicamente valor retórico-figurativo antes que valor jurídico normativo.

En ese sentido, sostenemos que no existe entre ambas especies de responsabilidad un grado de relevancia que sobreponga una sobre otra, o que constituya a una como responsabilidad general (o de Derecho Común) y a otra como responsabilidad de excepción. Ambos regímenes, individualizados a partir de sus rasgos fundamentales (Cap. IV), son perfectamente capaces de soportar las obligaciones legales que el ordenamiento reconoce, más aún, cuando según pudimos ver (Cap. IV), estas últimas, a menos que se siga fielmente la regla antes criticada, pueden representar o bien un deber contractual o bien un deber extracontractual, según el caso concreto.

A diferencia de la obligación legal que se vincula a la responsabilidad *ex delicto*, aquella que se reconduce al ámbito del contrato se caracteriza porque la relación de obligación que pre-existe al mandato de la ley no es un dato accidental (como sucede en la tutela delictual), sino más bien, esta (y por ende la interacción entre los sujetos que la conforman) representa el presupuesto material sobre el cual el legislador (con la imposición del “deber de cautela”) pretende incidir. Por el contrario, estaremos ante una obligación legal que se resuelve en la responsabilidad extracontractual cuando el legislador prescinde para su construcción del contrato y los sujetos que intervienen en este, de modo que la imposición de un deber de comportamiento no será otra cosa que expresión del genérico deber de no dañar a otros (*alterum non laedere*).

14. Dicho esto, la figura del “deber de cautela”, por representar un mandato legal que recae sobre una relación conformada “previamente” (*v.* Cap. IV para mayor detalle de este término) se integra al contenido de la relación de obligación (en el arrendamiento, en el hospedaje, en el contrato de trabajo, en los “contratos peligrosos”, etc.), en virtud de lo dispuesto en el art. 1356 del Código Civil de 1984. Así, a diferencia de los «deberes de protección» que se integran a la relación *ex bona fides*, los “deberes de cautela” se integran a la relación por autoridad de la ley, y por tanto, al reducirse a dichas hipótesis, la responsabilidad derivada de su violación (que por lo expuesto presenta naturaleza contractual) aparece como un régimen de excepción.

De esta manera, en el *medio* peruano, es posible identificar la *coexistencia* de un “universo” genérico y absoluto en donde los daños a la integridad -en el contrato- son tutelados por la responsabilidad extracontractual («deberes de protección» como *alterum non laedere*) y otro (universo) “minúsculo” y “restringido” a la voluntad del legislador (*ex lege*) que es dominado por las reglas de la responsabilidad *ex contractu* (“deberes de cautela” contractuales). Tal “coexistencia” (de “universos”) es capaz de acontecer, incluso, ante una misma relación contractual.

15. En perspectiva, lo limitado del “deber de cautela” respecto de lo ilimitado del «deber de protección» (en la teoría, previa reforma) se justifica en que el primero es ante todo emanación

de una actividad legislativa (ceñida a la construcción de la fórmula para el caso específico), mientras que el segundo es resultado de una actividad dogmática (propensa a buscar la regla general que irradie la totalidad del sistema). De ahí que resulte lógico que al final de esta investigación -en lo que a nosotros incumbe- no se encuentre explicación a por qué en un caso sí (el legislador) impone un “deber de cautela” y en otro no.

Frente a ello, la reciente experiencia alemana podría hacer caer en cuenta que lo anterior deviene en una incorrecta apreciación, puesto que en tal escenario, la recepción legislativa del «deber de protección» nos permite apreciar el mismo ánimo totalizante que habíamos detectado en la teoría de Stoll, al punto que dicho deber (ahora también de fuente legal) es capaz de afectar al íntegro de las relaciones de obligación.

En realidad, el dato que distingue la experiencia peruana y alemana (posterior a la reforma) es que en este último, la positivización de los «deberes de protección», si bien fruto legislativo, encuentra su soporte y justificación en la dogmática de sus autores, de ahí que el producto presente los rasgos inherentes a la teoría; al contrario, en nuestro *medio*, la codificación de los “deberes de cautela” es tributaria de la intuición (y querer) de los legisladores (motivado por las circunstancias de cada etapa codificadora), quienes desprovistos del soporte conceptual propio de la dogmática, nos entregaron una *categoría sin base*.

En otras palabras, aun cuando ambos modelos puedan compartir la fuente legal del «deber de protección» (o “deber de cautela”), no cabe duda que en Alemania la modificación legislativa aparece como síntesis de su propia evolución histórico-dogmática, mientras que en Perú el mandato legal cede a la discreción de la voluntad (del legislador, claro está).

16. En la experiencia peruana, el estudio de los deberes que buscan cautelar la esfera ajena debe pasar del «deber de protección» al “deber de cautela”; o lo que es lo mismo, despedir al primero para dar paso al segundo.

BIBLIOGRAFÍA

- ADOMEIT, Klaus.**
1969 Gestaltungsrechte, Rechtsgeschäfte, Ansprüche: Zur Stellung der Privatautonomie im Rechtssystem. Schriften zur Rechtslehre. Berlin: Duncker & Humblot.
- ALBERTARIO, Emilio.**
1923 *Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell'art. 1097 del codice civile.* En: *Riv. dir. comm.*, I.
- ALBIEZ DOHRMANN, Klaus Jochen.**
2002 *Un nuevo Derecho de obligaciones. La Reforma 2002 del BGB.* En: Anuario de Derecho Civil, *núm.* 3.
- ALMEIDA, Carlos Ferreira de.**
1992 Texto e Enunciado na Teoria do Negócio Jurídico. Teses de Doutoramento. vol. I. Coimbra: Almedina.
- ALTAMIRANO GUEVARA, Juan Gualberto.**
1963 La cláusula rebus sic stantibus o la teoría de la imprevisión en el derecho privado. Tesis (Dr.) UNMSM. Lima: La Región.
- ANTONMATTEI, Paul-Henri.**
1992 Contribution à l'étude de la force majeure. Bibliothèque du droit privé. Paris: LGDJ.
- ALPA, Guido.**
1979 Il problema della atipicità dell'illecito. Biblioteca di Diritto Privato ordinata da Pietro Rescigno. Napoli: Jovene.
- ALVES, Rául Guichard.**
2009 Acerca dos direitos potestativos (seguido de dois excursos sobre a performatividade e o "princípio da cooperação" e a noção de "implicaturas". Versão provisória (en curso de publicação). O texto que agora se dá a lume reproduz, com actualizações e desenvolvimentos, duas ou três notas da nossa dissertação de doutoramento, A representação sem poderes no direito civil português. A ratificação, Porto.
2015 *À Volta do Princípio da Boa Fé.* En: Revista de Ciências Empresariais e Jurídicas, *núm.* 26.
- ALZAMORA SILVA, Lizardo.**
1926 El dolo en nuestra legislación civil. Lima: Imprenta Minerva.
- ALZAMORA, Román.**
1876 Curso de historia del derecho peruano. Lecciones dadas en la facultad de derecho. Lima: Imprenta del Estado.
- ANGELICI, Carlo.**
1977 *Responsabilità precontrattuale e protezione dei terzi in una recente sentenza del Bundesgerichtshof.* En: *Riv. dir. comm.*, I-II.
1991 Voce: Rapporti contrattuali di fatto. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXV.
- ARANA COURREJOLLES, Carmen.**
1987 *La interpretación del acto jurídico en el Código Civil peruano de 1984.* En: *Themis*, *núm.* 9.
1992 La interpretación del Acto Jurídico. Lima: Cultural Cuzco.
- ARÉVALO, Juan Manuel.**
1909 Resumen de las lecciones de historia del derecho peruano. Dictadas por el catedrático del curso en la Universidad del G.P. San Agustín. Arequipa: Tip. Medina.
- ARIAS SCHREIBER, Max.**
1986 "La interpretación del contrato en el Código Civil de 1984". En: AA.VV. Libro homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Lima: Cultural Cuzco.
1988 Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo I. Tercera edición. Lima: San Jerónimo Ediciones.

Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo II. Compraventa, permuta, suministro, donación, mutuo y arrendamiento. Con la colaboración de Carlos Cárdenas Quirós, Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. Lima: San Jerónimo Editores.

ARIAS SCHREIBER PEZET, Max y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.

1989 Exégesis del Código Civil peruano de 1984. Tomo III. Hospedaje, comodato, prestación de servicios, locación de servicios, contrato de obra, mandato, depósito, secuestro, fianza, cláusula compromisoria, compromiso arbitral, renta vitalicia, juego y apuesta. Con la colaboración de Ángela Arias Schreiber Montero y Elvira Martínez Coco. Lima: San Jerónimo.

ASCENSÃO, José de Oliveira.

2003 Teoria geral do direito civil. vol. II. Acções e factos jurídicos. 2da ed. Coimbra: Coimbra Editora.

ATAIDE, Rui Paulo Coutinho de Mascarenhas.

2010 “Natureza e regime jurídico dos deveres acessórios de conduta” En: AA.VV. Estudos Comemorativos dos Vinte Anos da Faculdade de Direito de Bissau. vol. I. Lisboa: S/E.

2013 Responsabilidade civil por violação de deveres no tráfego. Tese de Doutoramento. Lisboa: Universidade de Lisboa.

2019 *Os deveres no tráfego*. En: Revista de direito da responsabilidade, ano 1.

AULETTA, Giuseppe.

1939 *Poteri formativi e diritti potestativi*. En: Riv. dir. comm. I.

AVENDAÑO VALDEZ, Jorge.

2007 “Metodología de la interpretación de la ley y del contrato”. (con la colaboración de María Pía Talavera Barclay). En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley.

AZEVEDO, Antonio Junqueira De.

1994 *Influência do direito francês sobre o direito brasileiro*. En: Revista da Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo.

BACACHE-GIBEILL, Mireille.

1996 La relativité des conventions et les groupes de contrats. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ.

BADANI CHÁVEZ, Rosendo.

1948 Obligaciones y contratos. 3er curso de Derecho Civil dictado en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Lima: Atlántida.

BALLERSTEDT, Kurt.

1950/1951 *Zur Haftung für culpa in contrabando bei Geschäftsabschluss durch Stellvertreter*. En: AcP, núm. 6.

BAR, Christian von.

1980 Verkehrspflichten. Richterliche Gefahrsteuerungsgebote im deutschen Deliktsrecht. Köln: Carl Heymanns Verlag.

1988 Entwicklungen und Entwicklungstendenzen im Recht der Verkehrs(sicherungs)pflichten. En: JuS.

2012 *Concorrência entre as ordens jurídicas e “Law made in Germany”*. Trad. de José Carlos de Medeiros Nóbrega. En: Julgar, núm. 17.

BARBERO, Domenico.

1939 *Il diritto soggettivo*. En: Il Foro Italiano, vol. LXIV.

BARCELLONA, Mario.

1973 «Scopo della norma violata», interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana. En: Riv. dir. civ., I.

BARCHI VELAOCHAGA, Luciano.

2004 “¿Mora del acreedor? Necesidad de algunas precisiones”. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley.

2007 La interpretación del contrato en el Código Civil peruano de 1984”. En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley.

BARNINI, Claudio.

1982 *Gestaltungsgeschäfte e poteri formativi: considerazioni sul negozio giuridico unilaterale*. En: Riv. trim. dir. proc. civ.

- BARRENECHEA, José Antonio.**
1929 “Lecciones de legislación civil comparada”. En: Jose Antonio Barrenechea 1829-1889, su vida y su obra (1829-1889). Lima: Imprenta Torres Aguirre.
- BASADRE, Jorge.**
1937 Historia del derecho peruano. Biblioteca peruana de ciencias jurídicas y sociales. Lima: Antena.
1939 *Antecedentes del Código Civil de 1852. Los primeros intentos de codificación. El proyecto Vidaurre. El Código Santa Cruz. El Proyecto de 1847.* En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 1, MCMXXXIX (1939) (reproducido en ID. Historia del derecho peruano. IV ed. corregida. Lima: Librería Studium, 1988).
1942 *Hacia una interpretación histórica del Código Civil de 1852.* En: Revista de Derecho y Ciencias Políticas, núm. 1, MCMXLII (ahora *ib.* en ID. Historia del derecho peruano. IV ed. corregida. Lima: Librería Studium, 1988).
1956 Los fundamentos de la historia del derecho. Lima: Librería Internacional del Perú.
- BASADRE AYULO, Jorge.**
2011 Historia del derecho universal y peruano. Lima: Ediciones legales.
- BECKER, Christoph.**
1996 *Schutz von Forderungen durch das Deliktsrecht?* En: AcP, núm. 196.
- BECKER, Michael.**
1988 *Gestaltungsrechte und Gestaltungsgrund.* En: AcP, núm 188.
- BELTRÁN PACHECO, Jorge.**
2003 “Comentario artículo 12”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo I. Lima: Gaceta Jurídica, p. 129 y ss.
2007 “Tecnología, responsabilidad civil y deberes de protección: una reflexión sobre el servicio de transporte de pasajeros”. En: AA.VV. El derecho frente a la ciencia y la tecnología : libro homenaje a César Delgado Barreto y César Fernández Arce. Lima: Fondo Editorial PUCP.
“Comentario artículo 1796”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
2014 *¡Se me olvidó! El deber de los bancos de informar a las centrales de riesgo el pago de las deudas.* En: Ius et Ratio.
- BENAVIDES LOREDO, Alfonso.**
1918 Bosquejo sobre la evolución política y jurídica de la época Republicana del Perú. Tesis para el doctorado en Jurisprudencia. Universidad Mayor de San Marcos. Lima: P. Acevedo.
Antecedentes de los códigos peruanos. Tesis. Lima: Universidad Mayor de San Marcos.
- BENAVIDES TORRES, Eduardo.**
1990 La excesiva onerosidad de la prestación. Lima: Cultural Cuzco.
- BENATTI, Francesco.**
1960 *Osservazioni in tema di «doveri di protezione».* En: Riv. trim. dir. proc. civ.
1991 Voce: Doveri di protezione. En: *Digesto Civ.*, vol. VII.
- BENEDICT, Jörg.**
2018 *Culpa in Contrahendo Transformationen des Zivilrechts. Band I: Historisch-kritischer Teil: Entdeckungen – oder zur Geschichte der Vertrauenshaftung. Jus Privatium. Beiträge zum Privatrecht.* Tübingen: Mohr Siebeck.
- BETTI, Emilio.**
1940/1941 *Per la riforma del Codice civile in materia patrimoniale (Fasi di elaborazione e mete da raggiungere).* En: Rendiconti del Reale Istituto Lombardo di Scienze e Lettere, vol. LXXIV.
1951 *Sui limiti giuridici della responsabilità aquiliana.* En: Nuova rivista di diritto commerciale, diritto dell'economia, diritto sociale publicada da Lorenzo Mossa, I.
1953 Teoria generale delle obbligazioni. vol. I. Milano: Giuffrè.

- 1957 *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto.* En: *Jus*, VIII.
- BIANCA, Cesare Massimo.**
 1964 *L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale.* En: *Riv. dir. civ.*, I.
 1979 Dell'inadempimento delle obbligazioni. Artt. 1218-1229. *Comm. cod. civ.* Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano.
 1983 *La nozione di buona fede quale regola di comportamento contrattuale.* En: *Riv. dir. civ.*, I.
- BIGIO CHREM, Jack.**
 1994 *El contrato de arrendamiento.* En: *Themis*, núm. 30.
 2006 "Comentario artículo 1681". En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo VIII. Lima: Gaceta Jurídica.
- BIGLIAZZI GERI, Lina.**
 2013 L'interpretazione del contratto. Artt. 1362-1371. Il Codice Civile. Commentario fondato da Pietro Schlesinger diretto da Francesco D. Busnelli. Milano: Giuffrè.
- BLOCH, Cyril.**
 2002 L'obligation contractuelle de sécurité. Collection de l'Institut d'études judiciaires de la Faculté de droit d'Aix-Marseille. Marseille: Presses universitaires d'Aix-Marseille.
- BLOMEYER, Arwed.**
 1964 *Allgemeines Schuldrecht.* 3 auf. Berlin: Franz Vahlen Verlag.
- BOETSCH GILLET, Cristián.**
 2015 *La buena fe contractual.* Santiago: Ediciones UC.
- BOGGIO AMAT Y LEÓN, René.**
 1982 *Derecho Civil. Obligaciones. Síntesis.* Lima: S/E.
- BÖHM, Wolfgang.**
 1970 *Zum Verhältnis von Rechtstheorie und Rechtsdogmatik: Dargestellt anhand einer rechtstheoretischen Studie von Klaus Adomeit.* En: *JZ*, núm. 23/24.
- BOHRER, Michael.**
 1980 *Die Haftung des Dispositionsgaranten: ein Beitrag zur Lehre von der negativen Vertrauenshaftung.* Ebelsbach: Gremer.
- BOLAFFI, Renzo.**
 1936 *Le eccezioni nel diritto sostanziale.* Milano: Società Editrice Libreria.
- BÖTTICHER, Eduard.**
 1964 *Gestaltungsrecht und Unterwerfung im Privatrecht.* Berlin: Walter de Gruyter & Co.
- BOZA, Edilberto.**
 1930 *La responsabilidad civil.* En: *Rev. Foro*, año XVII.
- BOUDOT, Michel.**
 2015 "La relativité du contrat. Archéologie d'un concept récent". En: BOUDOT, Michel, Marianne FAURE-ABBAD, Didier VEILLON. *L'effet relatif du contrat*, LGDJ.
- BRIESKORN, Konstanze.**
 2010 *Vertragshaftung und responsabilité contractuelle: ein Vergleich zwischen deutschem und französischem Recht mit Blick auf das Vertragsrecht in Europa.* Tübingen: Mohr Siebeck.
- BUCKLAND, William W.**
 1930 "Diligens paterfamilias". En: AA.VV. *Studi in onore di Pietro Bonfante nel XL anno d'insegnamento.* vol II. Milano: Fratelli Treves.
- BRÜGGEMEIER, Gert.**
 1982 *Gesellschaftliche Schadensverteilung und Deliktsrecht.* En: *AcP*, núm. 182.
- BRUSCUGLIA, Luciano.**
 1975 *Pendenza della condizione e comportamento secondo buona fede.* Milano: Giuffrè.
- BUENDÍA DE LOS SANTOS, Eduardo.**

- 2017 La protección de la integridad en el derecho civil francés: Notas sobre el desarrollo de la obligación de seguridad. En: Ius 360 – Portal Web, (disponible en <http://ius360.com/columnas/la-proteccion-de-la-integridad-en-el-derecho-civil-frances-notas-sobre-el-desarrollo-de-la-obligacion-de-seguridad-2/>).
- BUSNELLI, Francesco Donato.**
1969 *Buona fede in senso soggettivo e responsabilità per fatto «ingiusto»*. En: *Riv. dir. civ.*, I.
- 1990 “La tutela civil de la persona humana: una comparación entre el código argentino de Vélez y el nuevo Código Civil peruano”. En: AA.VV. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Limay la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Lima: Cultural Cuzco.
- 1991 *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”: la responsabilità da informazioni inesatte*. En: *Contr. Impr.*, núm. 2.
- BUSTAMANTE ALSINA, Jorge.**
1988 *La obligación de seguridad en el contrato denominado juegos de feria*. En: La Ley.
- BYDLINSKI, Peter.**
1986 Die Übertragung von Gestaltungsrechten. Wien: Manzsche Verlags und Universitätsbuchhandlung.
- CABANILLAS SANCHEZ, Antonio.**
2000 Los deberes de protección del deudor en el derecho civil, en el mercantil y en el laboral. Madrid: Civitas.
- 2003 “Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones” En: AA.VV. Homenaje a Luis Rojo Ajuria: escrito jurídicos. Santander: Universidad de Cantabria.
- 2003 “El contrato con efectos protectores para terceros en el derecho alemán”. En: AA.VV. Estudios Jurídicos en Homenaje al Profesor Luis Díez Picazo. Madrid: Thomson Civitas.
- CABRAL, Rita Amaral.**
1995 *A responsabilidade por prospecto e a responsabilidade pré-contratual*. En: ROA.
- CABRILLAC, Rémy.**
2005 *Le code civil est-il la véritable constitution de la France?* En: *Revue Juridique Themis*, 39.
- CÁCERES, Esteban.**
1923 España en el Perú. Lima: Casa Editora "La Opinión Nacional".
- CAEMMERER, Ernst von.**
1968 “Wandlungen des Deliktsrechts”. En: ID. *Gesammelte Schriften. Band I – Rechtsvergleichung und Schuldrecht*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- CALVO COSTA, Carlos.**
2012 *Incorrecta invocación de la obligación de seguridad en la responsabilidad médica*. En: La Ley.
- CAMPOS GARCÍA, Héctor.**
2015 *Daños derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente legal (ex lege): ¿responsabilidad contractual o extracontractual?* En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 30.
- CANARIS, Claus-Wilhelm.**
1965 *Ansprüche wegen „positiver Vertragsverletzung“ und „Schutzwirkung für Dritte“ bei nichtigen Verträgen*. En: *JZ*, núm. 15/16
- Das Verlöbniß als „gesetzliches“ Rechtsverhältnis: - Ein Beitrag zur Lehre von der „Vertrauenshaftung“*. En: *AcP*, núm. 165.
- 1966 *Typen der positiven Vertragsverletzung by Günther Köpcke*. En: *JZ*, núm. 18.
- De la manière de constater et de combler les lacunes de la loi en droit allemand. Communication présentée au Centre National de Recherches de Logique*. En: *Logique et Analyse, Nouvelle Serie*, vol. 9, núm. 33.
- 1971 Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht. München: C.H. Beck

- 1983 *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte prima)*. Trad. de A. Di Majo e della dott.ssa M.R. Marella En: *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 3
- Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (Parte seconda)*. Trad. de A. Di Majo e della dott.ssa M.R. Marella En: *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 4.
- 1995 *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei „Gegenläufigkeit“ der Interessen*. En: *JZ*, núm. 9.
- 2001 “Zur Bedeutung der Kategorie der “Unmöglichkeit“ für das Recht der Leistungsstörungen”. En: SCHULZE, Reiner - Hans SCHULTE-NÖLKE. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Das allgemeine Leistungsstörungenrecht im Schuldrechtsmodernisierungsgesetz*. En: *Zeitschrift für Rechtspolitik*, jahrg. 34, h. 8.
- 2004 *O novo direito das obrigações na Alemanha*. En: *Revista da EMERJ*, vol. 7, núm. 27.
- 2017 *Il “contatto sociale” nell’ordinamento giuridico tedesco*. En: *Riv. dir. civ.*, I.
- CANARIS, Claus-Wilhelm - GRIGOLEIT, Hans Christoph.**
- 2004 “Interpretation of contracts”. En: AA.VV. *Towards a European Civil Code*. 3rd. ed. Nijmegen: Ars Aequi Libri.
- CANIVET, Guy.**
- 2006 *Il codice civile francese: evoluzione e riforme*. Trad. a cura di E. Barbe, con l’aiuto di M. Bonomo. En: *Corr. giur.*, núm. 7.
- CANNATA, Carlo Augusto.**
- 1977 “Sulla classificazione delle fonti delle obbligazioni dal 1804 ai nostri giorni”. En: AA.VV. *La formazione storica del diritto moderno in Europa*. Atti del 3° Congresso internazionale della Società italiana di storia del diritto. Tomo III. Firenze: L. S. Olschki.
- CARBONE, Vincenzo.**
- 1999 *La responsabilità del medico ospedaliero come responsabilità da contatto*. En: *Danno e resp.*, núm. 3.
- CARBONNIER, Jean.**
- 2004 “Le Code Civil”. En: AA.VV. *Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire*. Paris: Dalloz.
- CÁRDENAS QUIRÓS, Carlos.**
- 1988 *La mora del deudor en las obligaciones con prestaciones de hacer*. En: *Themis*, núm. 12.
- 2010 “Reflexiones a propósito de la mora del deudor: algunos temas puntuales”. En: AAVV. *Incumplimiento contractual. Acciones del acreedor contra el deudor*. Buenos Aires: La Ley.
- CARPINO, Brunetto.**
- 1989 Voce: Diritti potestativi. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. IX.
- CARRÉ DE MALBERG, Raymond.**
- 1887 *Histoire de l’exception en droit romain et dans l’ancienne procédure française*. Paris: Librairie Nouvelle de Droit et de Jurisprudence.
- CASTAÑEDA, Jorge Eugenio.**
- 1955 *Instituciones de derecho civil. El derecho de las obligaciones. Tomo II. Efectos de las obligaciones*. Lima: Castrillón Silva.
- 1957 *Instituciones del Derecho Civil. El derecho de obligaciones. Tomo I*. Lima: P. L. Villanueva.
- 1978 *Instituciones de Derecho Civil. El derecho de los contratos. Tomo I – Teoría general de los contratos*. 2da ed. Lima: Editorial Minerva.
- CASTRONOVO, Carlo.**
- 1974 «Products liability» e «legal realism». *Prassi giurisprudenziale e teoria giuridica*. En: *Jus*, XXI.
- 1976 *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. En: *Jus*, XXIII.
- 1979 *Problema e sistema nel danno da prodotti*. Studi di diritto privato diretti da Arturo Dalmartello e Luigi Mengoni. Milano: Giuffrè.

- 1989 "Le frontiere nobili della responsabilità civile". En: *Riv. crit. dir. priv.*, núm. 1989, p. 539 y ss. (tb. en ID. La civilistica italiana dagli anni '50 ad oggi: tra crisi dogmatica e riforme legislative. Atti del Congresso dei civilisti italiani, Venezia, 23-26 giugno 1989. Padova: CEDAM).
- 1990 Voce: Obblighi di protezione. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI.
- 1993 *Il diritto civile della legislazione nuova. La legge sulla intermediazione mobiliare*. En: *Banca borsa tit. cred.*
- 1994 *La responsabilità del prestatore di servizi nella proposta di direttiva comunitaria*. En: *Foro it.*, vol. 117.
- 1995 "L'obbligazione senza prestazione ai confini tra torto e contratto". En: AA.VV. *Le ragioni del diritto*. Scritti in onore di Luigi Mengoni. vol. I. Milano: Giuffrè.
- 2004 *Le due specie della responsabilità civile e il problema del concorso*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1.
- 2006 "Tra contratto e torto. L'obbligazione senza prestazione". En: ID. *La nuova responsabilità civile*. 3a ed. Milano: Giuffrè.
- 2009 *Ritorno all'obbligazione senza prestazione*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 3.
- 2010 *Vaga culpa in contrabando invalidità responsabilità e la ricerca della chance perduta*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1.
- 2011 *La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale*. En: *Eur. dir. priv.*, núm. 1.
- CASTILLO FREYRE, Mario.**
- 1998 Tentaciones académicas: la reforma del Código civil peruano de 1984. vol. I Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2010 Tratado de los contratos típicos. Lima: Fondo Editorial PUCP – Palestra.
- 2014 *Sobre las obligaciones y su clasificación*. En: *Themis*, núm. 66.
- 2017 Derecho de las obligaciones. Con la colaboración de Verónica Rosas Berastain. Colección Lo Esencial del Derecho. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- Algunas consideraciones generales sobre el Nuevo Código Civil y Comercial argentino y en especial sobre el derecho de obligaciones*. En: *YachaQ Revista de Derecho*, núm. 8.
- CASTILLO FREYRE, Mario y Gino RIVAS.**
- 2014 *La diligencia y la inejecución de las obligaciones*. En: *Ius et Veritas*, núm. 48.
- CATAUDELLA, Antonino.**
- 1974 Sul contenuto del contratto. Studi di diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli. Ristampa inalterata. Milano: Giuffrè.
- CATTANEO, Giovanni.**
- 1971 *Buona fede oggettiva e abuso del diritto*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- CAVALLERO, Francisco.**
- 1996 *La obligación de seguridad, una obligación contractual secundaria*. En: *La Ley*.
- CHAPPUIS, Christine.**
- 2001 "Responsabilité fondée sur la confiance: un tour d' horizon". En: AA.VV. *La responsabilité fondée sur la confiance Vertrauenshaftung*. Sous la direction de Christine Chappuis et Bénédicte Winiger. Zurich: Schulthess.
- CHIOVENDA, Giuseppe.**
- 1903 *L'azione nel sistema dei diritti*. Bologna: Zanichelli, 1903.
- CIAN, Giorgio.**
- 1996 *Il BGB e la civilistica italiana. Attualità e ragioni di un confronto*. En: *Riv. dir. civ.*, I, 1996
- CICCARELLO, Sebatiano.**
- 1988 Doveri di protezione e valore della persona. Pubblicazioni degli istituti di scienze giuridiche, economiche, politiche e sociali della Facoltà di giurisprudenza della Università di Messina. Milano: Giuffrè.

- 2003 “Violazioni dei doveri di protezione”. En: AA.VV. *Violazione del contratto. Danno e rimedi*, a cura di Enrico Del Prato. Milano: Giuffrè.
- CICOGNA, Salvatore.**
1992 *Il possibile ruolo dei doveri di protezione in assenza di tutela contrattuale e aquiliana, in diritto tedesco, francese e italiano*. En: *For. pad.*, núm. 2.
- COLESANTI, Vittorio.**
1958 *Poteri del giudice e cosiddetto «fondamento del negozio»* (a proposito di un libro di K. Larenz). En: *Jus*, IX.
- CONTRERAS GRANDA, Vladimir.**
2014 ¿Resolver un contrato por incumplimiento de deberes de protección? En: *Enfoque Derecho – Portal Web*, 2014 (disponible en <http://www.enfoquederecho.com/2014/09/15/resolver-un-contrato-por-incumplimiento-de-deberes-de-proteccion/>).
- CORDEIRO, António Menezes.**
1994 “Violação positiva do contrato”. En: ID. *Estudos de direito civil*. vol. I. 2da reimpressão. Coimbra: Almedina.

“A *«impossibilidade morais»*: do tratamento igualitário no cumprimento das obrigações”. En: ID. *Estudos de direito civil*. vol. I. 2a reimpressão. Coimbra: Almedina.

1996 *A boa fé nos finais do século XX*. En: ROA.

2000 *Tratado de Direito Civil Português. Parte Geral*. vol. I. 2a. ed. Coimbra: Almedina.

2004 *Da modernização do Direito Civil*. Coimbra: Almedina.

2010 *Tratado de Direito Civil Português*. vol. II, Tomo IV - *Direito das Obrigações*. Coimbra: Almedina.

2012 *Tratado de Direito Civil*. vol. I. Reimpressão da 4a ed. Coimbra: Almedina.

2015 *Da Boa Fé no Direito Civil. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. Coimbra: Almedina.
- CORNEJO, Ángel Gustavo.**
1921 *Legislación civil del Perú. Comentarios al Código Civil de 1852. Tomo I. De las personas y sus derechos. Artículos 1 a 453*. Chiclayo: Librería y casa editora Dionisio Mendoza.

1928 *Síntesis de las lecciones dictadas por el catedrático del segundo curso de Derecho Civil. Derechos y obligaciones*. Universidad Nacional de San Marcos. Lima: Minerva.

1937 *Código Civil. Exposición sistemática y comentario. Tomo I. Título preliminar. Derecho de las personas – Actos jurídicos*. Lima: Impr. Gil.

1939 *Código Civil. Exposición sistemática y comentario. Tomo II. Derecho de las obligaciones. vol. I. De las obligaciones en sí mismas. Transmisión de las obligaciones. Extinción de las obligaciones. Segunda edición cuidadosamente corregida*. Lima: Impr. Gil.

Código Civil. Exposición sistemática y comentario. Tomo II. Derecho de las obligaciones. vol. II. De los contratos en general. Lima: Impr. Gil.
- CORNEJO, Lino.**
1924 *De las obligaciones extracontractuales. Resumen de las lecciones del curso de 1924. 1er fascículo*. Lima: Sanmartí.

1935 *Derecho Comercial. 1ª parte. Sociedades mercantiles. Versión taquigráfica de las lecciones dictadas en la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Mayor de San Marcos en el año académico 1931-1932*. Lima: Atlántida.
- CORTÉS CARCELÉN, Juan Carlos.**
2002 *Responsabilidad empresarial por accidente de trabajo y enfermedades profesionales*. En: *Diálogo con la Jurisprudencia* núm. 43.
- COTTINO, Gastone.**
1955 *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore. Problemi generali*. Milano: Giuffrè.
- DE CUPIS, Adriano.**

- 1948 *Il diritto all'integrità fisica*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- DE LA LAMA, Miguel Antonio.**
1914 Código Civil. Anotado y concordado. 4ta ed. por el doctor Pedro C. Goitzolo. Lima: Impr. Gil.
- DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel.**
1983 Estudios del contrato privado. Tomo I. Lima: Cultural Cuzco.
Estudios del contrato privado. Tomo II. Lima: Cultural Cuzco.
- 1991 El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte – Tomo I. Lima: Fondo Editorial PUCP.
El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. XI. Primera Parte – Tomo II. Lima: Fondo Editorial PUCP.
El contrato en general. Comentarios a la sección primera del libro VII del Código Civil. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. XV. Segunda Parte – Tomo V. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 1996 “Fuentes de las obligaciones”. En: AA.VV. Instituciones del Derecho Civil peruano (Visión Histórica). Tomo III. Lima: Fundación M. J. De La Fuente – UNIFE.
- 2004 Influencia del Código Civil italiano en los libros de las obligaciones y contratos en la codificación peruana. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León y presentación de Vincenzo Roppo. 2da ed. Lima: Ara Editores.
- 2007 “Interpretación del contrato”. En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, Fernando.**
1985 “Semblanza del Dr. José León Barandiarán”. En: AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco.
- 1988 La responsabilidad extracontractual. Tomo I y II. Biblioteca para leer el Código Civil vol. IV. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2005 *La responsabilidad extracontractual en la historia del Derecho Peruano*. En: Themis, *núm.* 50.
- DELEBECQUE, Philippe.**
1997 *La dispersion des obligations de sécurité dans les contrats spéciaux*. En: *Gaz. Pal.*
- DELGADO TRESIERRA, Washington.**
2003 *Mesa redonda: el porvenir de las humanidades en la sociedad del conocimiento*.
- DELMAS SAINT-HILAIRE, Philippe.**
2000 *Le tiers à l'acte juridique*. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ.
- DEZZA, Ettore.**
2000 *Lezioni di storia della codificazione civile. Il Code Civil (1084) y e l'Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (ABGB, 1812)*. 2a ed. Torino: Giappichelli.
- DI CIOMMO, Francesco.**
1999 *Note critiche sui recenti orientamenti giurisprudenziali in tema di responsabilità del medico ospedaliero*. En: *Foro it.*, vol. 122.
- DI MAJO, Adolfo.**
1967 *L'esecuzione del contratto*. Studi di diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Passarelli. Milano: Giuffrè.
- 1988 *Delle obbligazioni in generale*. Artt. 1173-1176. *Comm. cod. civ.* Bologna-Roma: Zanichelli-Soc. Ed. del Foro Italiano.
- 1990 *Voce: Obbligazione*. 1) Teoria generale. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XXI.
- 1993 *Obbligazioni e contratti. L'adempimento dell'obbligazione*. Bologna: Zanichelli.
- 1999 *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione en Il corriere giuridico*, *núm.* 4.
- 2015 *L'obbligazione protettiva*. En: *Eur. dir. priv.*, *núm.* 1.

- DÖLLE, Hans.**
1943 *Aussergesetzliche Schuldpflichten*. En: ZgS, 103, *núm.* 1.
- 1959 “Juristische Entdeckungen”. En: AA.VV. Verhandlungen des 42. Deutschen Juristentages. vol. II. Tübingen: Mohr Siebeck.
- DOLORIER TORRES, Javier y Frank ESPINOZA LAUREANO.**
2002 *Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo. Una aproximación al derecho comparado y jurisprudencia extranjera*. En: Diálogo con la Jurisprudencia *núm.* 43.
- DUARTE, Rui Pinto.**
2016 *A Interpretação dos Contratos*. Coimbra: Almedina.
- DULANTO PINILLOS, Nicolás.**
1945 *De las indemnizaciones por muerte del accidentado en el trabajo*. Tesis (Br.). Lima: PUCP.
- EISELE, Fridolin.**
1871 *Die materielle Grundlage der Exceptio. Eine römisch-rechtliche Untersuchung*. Berlin: Weidmann.
- ERMAN, Walter.**
1965 *Faktische Vertragsverhältnisse oder Geschäftsführung ohne Auftrag*. En: NJW.
- ESCOBAR ROZAS, Freddy.**
1998 *Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva*. En: Themis, *núm.* 38.
- 2002 “Contribución al estudio de la relación jurídica intersubjetiva”. En: ID. Teoría general del Derecho Civil. 5 ensayos. Lima: Ara Editores.
- “El débito y la responsabilidad en la estructura de la obligación”. En: ID. Teoría general del Derecho Civil. 5 ensayos. Lima: Ara Editores.
- ESPINOZA ESPINOZA, Juan.**
2009 “Sobre la (pretendida) distinción de la responsabilidad civil contractual (*rectius*: por inejecución de obligaciones) y la responsabilidad civil extracontractual o aquiliana”. En: AA.VV. Homenaje a los congresos de derecho civil. Tomo III. Córdoba: Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.
- 2010 *Fuentes de las obligaciones. Tratamiento doctrinario y jurisprudencial*. En: Diálogo con la jurisprudencia, *núm.* 142.
- 2011 *Apuntes para una estructura de la relación obligatoria y su clasificación*. En: Themis, *núm.* 60.
- El principio de la buena fe*. En: Advocatus, *núm.* 24.
- Tratamiento sustantivo y procesal de la concurrencia de la responsabilidad civil contractual y extracontractual*. En: Revista latinoamericana de responsabilidad civil, *núm.* 1.
- 2012 *Derecho de las personas. Concebido - Personas Naturales*. 6ta ed. Lima: Grijley, Iustitia.
- 2016 *Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social*. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 35.
- Nota sobre la denominada responsabilidad contractual. ¿Falso mito o categoría histórica en constante transformación?* En: Themis, *núm.* 70.
- 2016/2017 *La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege*. En: Rev. UNMSM, vol. 73 (*tb.* publicado en Aequitas, *núm.* 1, 2018).
- ESSER, Joseph.**
1958/1959 *Gedanken zur Dogmatik der „faktischen Schuldverhältnisse“*. En: AcP, *núm.* 1
- 1961 *Responsabilité et garantie dans la nouvelle doctrine allemande des actes illicites*. En: Revue internationale de droit comparé. vol. 13, *núm.* 3.
- FADDA, Carlo.**
1901 *Il buon padre di famiglia nella teoria della colpa*. En: Atti della Reale accademia di scienze morali e politiche di Napoli.
- FAILLACE, Stefano.**

- 2007 La controversa categoria delle obbligazioni *ex lege*. Tesi di Dottorato. Bologna: Università di Bologna.
- FALZEA, Angelo.**
1947 L'offerta reale e la liberazione coattiva del debitore. Pubblicazioni dell'Istituto di Scienze Giuridiche Economiche Politiche e Sociali dell'Università di Messina. Milano: Giuffrè.
- FAURE-ABBAD, Marianne.**
2003 Le fait générateur de la responsabilité contractuelle: contribution à la théorie de l'inexécution du contrat. Paris: LGDJ.
- FAVALE, Rocco.**
2001 "Presentazione". En: STAUB, Hermann. Le violazioni positive del contratto (*Die positiven Vertragsverletzungen*). Trad. de Giovanni Varanese. Collana diretta dal Dipartimento di Scienza giuridico-sociale e dell'Amministrazione dell'Università degli Studi di Molise. Napoli: ESI.
- 2016 "Il rapporto obbligatorio e la dottrina degli obblighi di protezione nel modello tedesco". En: AA.VV. L'obbligazione come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli.
- 2017 "Dalla dottrina alla giurisprudenza e ritorno". En: AA.VV. Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguele. Mantova: Universitas Studiorum.
- FEDELE, Alfredo.**
1954 Il problema della responsabilità del terzo per pregiudizio del credito. Milano: Giuffrè.
- FEHRE, Andrea.**
2005 Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit der Leistung: Voraussetzungen und Rechtsfolgen nach Inkrafttreten des Schuldrechtsmodernisierungsgesetzes. Berlin: Duncker & Humblot.
- FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón.**
1987 *La buena fe en la concurrencia sobre bienes inmuebles*. En: *Der. PUCP*, núm. 41.
- 1994 *La obligación: apuntes para una dogmática jurídica del concepto*. En: *Themis*, núm. 27-28.
- 1997 "Los supuestos dogmáticos de la responsabilidad contractual: la división de sistemas y la previsibilidad". En: AA.VV. Derecho Civil Patrimonial. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2004 "El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento de las relaciones obligatorias". En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley.
- "Introducción al estudio de la interpretación en el Código Civil peruano". En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León y presentación de Vincenzo Roppo. 2da ed. Lima: Ara Editores.
- 2005 *El deber accesorio de diligencia en las relaciones obligatorias*. En: *Advocatus*, núm. 13.
- De la culpa ética a la Responsabilidad subjetiva: ¿El mito de Sísifo? (Panorámica del concepto y del rol de la culpa en el Derecho Continental y en el Código Civil peruano)*. En: *Themis*, núm. 50.
- 2012 "La obligación". En: AA.VV. De las obligaciones en general. Coloquio de Iusprivatistas de Roma y América. Cuarta reunión de trabajo. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos.**
1948 *La misión espiritual de la nueva generación universitaria*. En: *Repertorio Americano*, núm. 7, 10 de septiembre.
- 1950 Bosquejo para una determinación ontológica del derecho. Tesis (Br). Lima: UNMSM.
- 1958 *La Personalidad del Dr. José León Barandiarán*. En: *Rev. Foro* (tb. en AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco, 1985)
- 1968 La noción jurídica de persona. 2da ed. Lima: UNMSM.
- 1985 Exposición de motivos y comentarios al Libro I del Código Civil Derecho de las Personas. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo I. Lima: Diagramación E.I.B.M.

- 1990 Nuevas tendencias en el derecho de las personas. Lima: Universidad de Lima.
- “Discurso (sesión de clausura)”. En: AA.VV. Tendencias actuales y perspectivas del Derecho Privado y el sistema jurídico latinoamericano. Ponencias presentadas en el Congreso Internacional celebrado en Lima del 5 al 7 de setiembre de 1988, organizado por el Ilustre Colegio de Abogados de Lima y la Associazione di Studi Sociali Latinoamericani (ASSLA). Lima: Cultural Cuzco.
- 1992 Derecho de las personas. 5ta ed. Lima: Cultural Cuzco.
- 1996 *Breves apuntes sobre el concepto jurídico de persona (desde la edad clásica hasta nuestros días)*. En: Ius et veritas, núm. 12.
- 2014 “El proceso de elaboración del Código Civil de 1984”. En: MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS. Código Civil. Decreto Legislativo N° 295. Lima: S/E.
- FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos y Carlos CÁRDENAS QUIRÓS.**
- 1986 “Estudio preliminar comparativo de algunos aspectos del Código Civil peruano de 1984 en relación con el Código Civil italiano de 1942”. En: AA.VV. El Código Civil peruano y el sistema jurídico latinoamericano. Lima: Cultural Cuzco.
- FEOLA, Maria.**
- 2012 Le obbligazioni di sécurité. Studi di diritto comparato. Collana diretta da Aldo Berlinguer - Rocco Favale - Maurizio Oliviero - Massimo Papa - Lucio Pegoraro - Gian Maria Piccinelli - Antonino Procida Mirabelli Di Lauro - Mario Serio. Torino: Giappichelli, 2012, *passim*; ID. L’obbligazione come rapporto complesso. En: AA.VV. L’obbligazione come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli Editore.
- 2016 L’obbligazione come rapporto complesso. En: AA.VV. L’obbligazione come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli Editore.
- FERRERO COSTA, Raúl.**
- 1987 Curso de derecho de las obligaciones. Lima: Cultural Cuzco.
- FIKENTSCHER, Wolfgang.**
- 1985 Schuldrecht. 7 auf. Berlin: De Gruyter.
- FIORI, Roberto.**
- 2007 “Storicità del diritto e problemi di metodo. L’esempio della buona fede oggettiva”. En: AA.VV. Scopi e metodi della storia del diritto e formazione del giurista europeo a cura di Luigi Garofalo. Napoli: Jovene.
- FORNO FLÓREZ, Hugo.**
- 1987 “Resolución por incumplimiento”. En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y Jorge MUÑIZ. Temas de derecho contractual. Lima: Cultural Cuzco.
- 1995 *El contrato y la colaboración con la esfera jurídica ajena*. En: Ius et Veritas, núm. 10.
- 1997 *Los efectos de la oferta contractual*. En: Ius et Veritas, núm. 15.
- 1998 *Resolución por intimación*. En: Themis, núm. 38.
- 2000 *Acercas de la noción de contrato*. En: Gaceta jurídica, tomo 78-B.
- 2004 “Precisiones conceptuales en torno a la promesa de hecho ajeno”. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley.
- FRADA, Manuel A. Carneiro da.**
- 1994 Contrato e deveres de protecção. Separata do vol. XXXVIII do suplemento ao Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coimbra: S/E.
- 2007 Teoria da Confiança e Responsabilidade Civil. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Reimpressão da edição de fevereiro 2004. Coimbra: Almedina.
- 2013 *Os deveres (ditos) “acessórios” e o arrendamento*. En: ROA, núm. 1.

- FRADERA, Vera Maria Jacob de.**
1988 *A quebra positiva do contrato.* En: Revista da AJURIS, *núm.* 44.
- FRANCESCHELLI, Vincenzo.**
1981 *Premesse generali per uno studio dei rapporti di fatto.* En: *Rass. dir. civ.*, *núm.* 3.
1984 I rapporti di fatto: ricostruzione della fattispecie e teoria generale. Pubblicazioni della Facoltà di giurisprudenza della Università di Trieste. Milano: Giuffrè.
1993 *Rapporti contrattuali di fatto: un cinquantennio.* En: I Contratti.
1997 Rapporto di fatto. En: *Digesto Civ.*, XVI.
- FREITAG, Oscar.**
1932 *Schlechterfüllung und Schlechterbringung: Zur Systematik der "positiven Vertragsverletzung".* Breslau: Marcus Verlag.
- FRITZ, Karina Nunes.**
2018 *A culpa in contrahendo no direito alemão: um contributo para reflexões em torno da responsabilidade pré-contratual.* En: Revista de Direito Civil Contemporâneo, ano V, vol. 15.

Die culpa in contrahendo im deutschen und brasilianischen Recht Ein Vorvertragsregime auf der Grundlage der deutschen Schuldrechtsdogmatik. Schriften zum Europäischen und Internationalen Privat-, Bank- und Wirtschaftsrecht. Berlin: De Gruyter.
- FROST, Marina.**
1981 „Vorvertragliche“ und „vertragliche“ Schutzpflichten. Berlin: Duncker & Humblot.
- FUENTES, Manuel Atanasio y Miguel Antonio DE LA LAMA.**
1877 Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Acredor”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Deudor”. Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Deuda”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Comodato”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Contrato”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Crédito”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
“Voz: Culpa”. En: Diccionario de jurisprudencia y legislación peruana. Tomo I (A-I) Parte Civil. Lima: Imprenta del Estado.
- FUNAIOLI, Carlo Alberto.**
1952 *I rapporti di fatto in materia contrattuale.* En: Annali dell'Università di Ferrara, X.
- GABRIEL RIVERA, José.**
2015 *Obligaciones de fuente legal: ¿contractual o extracontractual?* En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 26.
- GAMBARO, Antonio.**
1988 “Vicende della codificazione civilistica in Italia” En: PIZZORUSSO, Alessandro e Silvia FERRARI (edits.) Le fonti del diritto italiano. Trattato di diritto civile. vol. I. Torino: UTET.
- GARCÍA-CALDERÓN, Francisco.**
1860 Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.
“Voz: Arrendamiento”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Buena fe”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Carga”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Código”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Comodato”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Contrato”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Convención”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Cuasi delito”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-E. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Culpa”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Deudor”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Deuda”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Derecho”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. I. A-D. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

1862 Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. E-Z (Suplemento). Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Ferrocarril”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Hostelero. Hostería”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Interpretación”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Obligación”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Obligación legal”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

“Voz: Portador”. En: ID. Diccionario de la Legislación Peruana. vol. II. F-Z. Lima: Imprenta del Estado por Eusebio Aranda.

GARCÍA GASTAÑETA, Carlos.

1922 *La noción jurídica de fuerza mayor.* En: *Mercurio Per.*, año V, vol. VIII.

GARCÍA SAYÁN, Enrique.

1942 Las nuevas tendencias en el derecho contractual y la legislación peruana. Tesis (Dr.). Lima: UNMSM.

GERHARDT, Walter.

1970 *Die Haftungsfreizeichnung innerhalb des gesetzlichen Schutzverhältnisses.* En: *JZ*, núm. 17.

GERNHUBER, Joachim.

1958 “Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe”. En: FS. Arthur Nikisch. Tübingen: Mohr Siebeck.

- 1962 *Gläubiger, Schuldner und Dritte: Eine Kritik der Lehre von den „Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte“ und der Rechtsprechung zum „Haftungsausschluss mit Wirkung für Dritte“*. En: JZ, *núm.* 18.
- 1989 Das Schuldverhältnis: Begründung und Änderung, Pflichten und Strukturen, Drittwirkungen. Tübingen: Mohr Siebeck.
- GIANTURCO, Emanuele.**
1881 *Gli studi di diritto civile e la questione del metodo in Italia*. En: Il Filangeri, *núm.* 5.
- GIGLIO BASTO, Celia Esther.**
1999 El derecho medico en el Perú. Tesis (Lic). Lima: Universidad de Lima.
- GLASSON, Ernest Désiré.**
1886 Le code civil et la question ouvrière. Paris: Librairie Cotillon.
- GIARO, Tomasz.**
2000 “*Culpa in contrahendo*: Eine Geschichte der Wiederentdeckungen”. En: AA.VV. Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter. Zur Reaktion der Rechtsprechung auf die Kodifikation des deutschen Privatrechts (1896-1914). Herausgegeben von Ulrich Falk und Heinz Mohnhaupt. Frankfurt: Klostermann.
- GIORGIANNI, Michele.**
1965 *Appunti sulle fonti dell'obbligazione*. En: Riv. dir. civ., I.
1993 *La «parte generale» delle obbligazioni a 50 anni dall'entrata in vigore del codice civile*. En: Contr. impr., IX, *núm.* 2.
- GOLDE, Max.**
1906 *Nachträgliche Unmöglichkeit oder Verzug bei Unterlassungsverbindlichkeiten*. En: AcP, *núm.* 99.
- GOUTAL, Jean-Louis.**
1981 Essai sur le principe de l'effet relatif du contrat. Bibliothèque de droit privé. Paris: LGDJ.
- GRASSETTI, Cesare.**
1938 L'interpretazione del negozio giuridico: con particolare riguardo ai contratti. Padova: CEDAM.
- GUELFUCCI-THIBIERGE, Catherine.**
1994 *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*. En: RTD Civ, *núm.* 2.
- GUELLA, Elena.**
2016 Il carattere autonomo degli obblighi di protezione nei sistemi italiano e tedesco. Le ricadute sulla struttura del rapporto obbligatorio e sulla qualificazione della responsabilità. Deutsch-Italienische Studien – Studi Italo-Tedeschi Vol. 8. Bremen: Zentrum für Europäische Rechtspolitik - Universität Bremen.
- GUIRADO, Diego y Marcelo GIULIANI.**
2016 *Implicancias de la inexigibilidad de realizar actos peligrosos establecida en el artículo 54 del Código Civil y Comercial de la Nación en la protección de la salud e integridad psicofísica del trabajador*. En: Revista de derecho laboral, I.
- GUTIÉRREZ VEGA, Nelly Renee.**
2010 Responsabilidad civil de propietario o administrador de estacionamientos públicos: un caso de aplicación de la teoría de los deberes de protección. Tesis (Lic). Lima: PUCP.
- GUZMÁN BRITO, Alejandro.**
2001 *El tradicionalismo del Código Civil Peruano 1852*. En: Revista de estudios histórico-jurídicos, *núm.* 23.
2006 *Los orígenes del concepto de "relación jurídica" ("Rechtliches Verhältnis" - "Rechtsverhältnis")*. En: Revista de estudios histórico-jurídicos, *núm.* 28.
- HAFERKAMP, Hans-Peter.**
2003 “Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform – ein Auslaufmodell?”. En: AA.VV. Das neue Schuldrecht in der Praxis. Akzente – Brennpunkte – Ausblick. Köln: Carl Heymanns Verlag.
- HALPERIN, Jean-Louis.**
1997 *La naissance de l'obligation de sécurité*. En: Gaz. Pal.

- HAUPT, Günter.**
2012 Sui rapporti contrattuali di fatto. Trad. de Giovanni Varanese. Studi di diritto comparato. Collana diretta da Aldo Berlinguer - Rocco Favale - Maurizio Oliviero - Massimo Papa - Lucio Pegoraro - Gian Maria Piccinelli - Antonino Procida Mirabelli Di Lauro - Mario Serio. Torino: Giappichelli.
- HASSEMER, Michael.**
2007 Heteronomie und Relativität in Schuldverhältnissen: zur Haftung des Herstellers im europäischen Verbrauchsgüterkaufrecht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HATTENHAUER, Christian.**
2011 Einseitige private Rechtsgestaltung. Tübingen: Mohr Siebeck.
- HECK, Philipp.**
1914 *Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz*. En: AcP, *núm.* 112.
1932 Begriffsbildung und Interessenjurisprudenz. Tübingen: Mohr Siebeck.
2006 *Giurisprudenza degli interessi e fedeltà alla legge*. Trad. de Rocco Favale. En: *Rass. dir. civ.*
- HENCKEL, Wolfram.**
1960/1961 *Die ergänzende Vertragsauslegung*. En: AcP, 159, *núm.* 2.
- HERHOLZ, Felix.**
1929 *Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung. (Ein Rechtsgrund für negativeInteresseansprüche trotz Rücktritt und Wandlung)*. En: AcP, *núm.* 130.
- HILDEBRANT, Heinz.**
1931 Erklärungshaftung, ein Beitrag zum System des bürgerlichen Rechtes. Berlin: De Gruyter.
- HIMMELSCHEN, Jury.**
1932 *Erfüllungszwang und Lehre von den positiven Vertragsverletzungen*. En: AcP, *núm.* 135.
1959-1960 *Zur Frage der Haftung für fehlerhafte Leistung*. En: AcP, *núm.* 158.
- HIRTH, René-Alexander.**
1991 Die Entwicklung der Rechtsprechung zum Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter in ihrer Bedeutung für den Ausgleich von Drittschäden im Zahlungsverkehr. Schriften zum bürgerlichen Recht. Berlin: Duncker & Humblot.
- HOOFT, Irene.**
2015 "Cap. 3. Derechos y actos personalísimos". En: Código Civil y Comercial comentado bajo la dirección de Julio Cesar Rivera y Graciela Medina. Tomo I. Buenos Aires, La Ley.
- HOWARD DEJO, Paul Iván.**
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 (Mag.). Lima: PUCP.
- HUBER, Konrad.**
1978 "Verkehrssicherungspflichten zum Schutz fremden Vermögens". En: FS. v. Caemmerer. Tübingen : Mohr Siebeck.
- HUET, Jérôme.**
1978 Responsabilité delictuelle et responsabilité contractuelle (Essai de delimitation entre les deux ordres de responsabilité). Thèse (2 tomes). Paris: Université de droit, d'économie et de Sciences sociales de Paris.
2007 *Observations sur la distinction entre les responsabilités contractuelle et délictuelle dans l'avant-projet de réforme du droit des obligations*. En: *Revue des contrats*, *núm.* 1
- INDACOCHEA, Ricardo.**
1976 La responsabilidad civil derivada del contrato de transporte aéreo. Tesis (Br.). Lima: PUCP.
- IRTI, Natalino.**
1997 *La scienza italiana del diritto alla vigilia del BGB*. En: *Riv. trim. dir. pub.*
- JANSEN, Nils.**
2003 Die Struktur des Haftungsrechts: Geschichte, Theorie und Dogmatik außervertraglicher Ansprüche auf Schadensersatz. Tübingen: Mohr Siebeck.

- JÚNIOR, Eduardo Santos.**
2010 *Da "impossibilidade pessoal" de cumprir. Breve confronto do novo direito alemão com o direito português.* En: O Direito.
- JÚNIOR, Marcos Ehrhardt.**
2012 *Relação obrigacional como processo na construção do paradigma dos deveres gerais de conduta e suas consequências.* En: Revista da Faculdade de Direito UFPR, *núm.* 56.
- JOURDAIN, Patrice.**
1997 *L'obligation de sécurité. À propos de quelques arrêts récents.* En: *Gaz. Pal.*, 1993, p. 1171 y ss.; ID. *Le fondement de l'obligation de sécurité.* En: *Gaz. Pal.*
- JOSSERAND, Louis.**
1897 De la responsabilité du fait des choses inanimées. Paris: Librairie nouvelle de droit et de jurisprudence.
1930 Arrêt de 1 de agosto de 1929 (Hespele C. chem. de fer de l'Est), en D.P
1933 *Le contrat dirigé.* En: D.H. Chron.
1940 *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: Le contrat forcé et le contrat légal.* En: D.H., *núm.* 2.
- JUNIOR, Otavio Luiz Rodrigues.**
2013 "Exceções no direito civil. Um conceito em busca de um autor?" En: AA.VV. Prescrição e decadência. Estudos em homenagem ao professor Agnelo Amorim Filho. Salvador-Bahia: Juspodivm.
- KASER Max,**
1983 "Divisio obligationum". En: AA.VV. Studies in Justinian's institutes in memory of J. A. C. Thomas. London: Sweet and Maxwell.
- KEITEL, Hans-Joachim.**
1988 Rechtsgrundlage und systematische Stellung des Vertrages mit Schutzwirkung für Dritte. Frankfurt: Peter Lang.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aida.**
2008 "Las infecciones hospitalarias y la obligación de responder por los daños causados". En: AA.VV. Estudios de derecho privado en homenaje a Christian Larroumet. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario.
- KLARÉN, Peter.**
2004 Nación y sociedad en la historia del Perú. Trad. de Javier Flores. Lima: IEP.
- KLAUSCH, Sebastian.**
2004 Unmöglichkeit und Unzumutbarkeit im System des allgemeinen Leistungsstörungenrechts nach der Schuldenrechtsmodernisierung 2002. Frankfurt: Peter Lang.
- KLEINDIEK, Detlef.**
1997 Deliktshaftung und juristische Person: zugleich zur Eigenhaftung von Unternehmensleitern. Tübingen: Mohr Siebeck.
- KÖNDGEN, Johannes.**
1981 Selbstbindung ohne Vertrag: zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln. Tübingen: Mohr Siebeck.
- KÖPCKE, Günther.**
1965 Typen der positiven Vertragsverletzung. Stuttgart: Kohlhammer.
- KRAMER, Ernst A.**
1982 *Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln by Johannes Köndgen.* En: AcP, *núm.* 182.
- KOTULLA, Michael.**
1991 *Die historischen Voraussetzungen für die Entstehung des Rechtsinstituts der "positiven Forderungsverletzung".* En: ZRG, vol. 108.
- KÖTZ, Hein.**
1990 *The doctrine of privity of contract in the context of contracts protecting the interests of third parties.* En: Tel Aviv University Studies in Law.

- 2013 *Dispositives Recht und ergänzende Vertragsauslegung*. En: JuS.
- KÖTZ, Hein y Salvatore PATTI.**
2006 *Diritto europeo dei contratti*. Milano: Giuffrè.
- KOZIOL, Helmut.**
2006 *Recovery for Economic Loss in the European Union*. En: Arizona Law Review, vol. 48.
- KRAMPE, Christoph.**
1991 *Die Einrede des Bürgerlichen Rechts (Münchener Universitätschriften, Bd. 71)*. En: AcP, núm. 191.
- KRELLER, Hans.**
1924 *Zum Entwurf eines allgemeinen Arbeitsvertragsgesetzes*. En: AcP, núm. 122.
- KREUZER, Karl.**
1971 *Culpa in Contrahendo und Verkehrspflichten. Ein rechtsvergleichender Beitrag zur Begrenzung der Haftung nach Vertragsrecht. Fakultät der Albert-Ludwigs-Universität Freiburg/Brsg. als Habilitationsschrift vorgelegt*. Freiburg: Albert-Ludwigs-Universität.
- KRÜCKMANN, Paul.**
1907 *Unmöglichkeit und Unmöglichkeitprozess*. En: AcP, núm. 101.
- KUHLMANN, Kai.**
2001 *Leistungspflichten und Schutzpflichten: ein kritischer Vergleich des Leistungsstörungenrechts des BGB mit den Vorschlägen der Schuldrechtskommission*. Berlin: Duncker & Humblot.
- KUNKEL, Wolfgang.**
1925 *Diligentia*. En: *Zeitschrift der Savigny-Stiftung für Rechtsgeschichte: Romanistische Abteilung*, vol. 45.
- LAFAILLE, Héctor.**
1926 *Curso de obligaciones. A base de las conferencias dadas en la Univesidad Nacional de Buenos Aires compiladas por Pedro Frutos e Isauro P. Arguello. Tomo I. Buenos Aires: Biblioteca Jurídica Argentina*.
- LAJE, Alejandro.**
2014 "Capítulo 3. Derechos y actos personalísimos". En: *Código Civil y Comercial de la Nación bajo la dirección de Alberto Bueres*. Tomo I. Buenos Aires: Hammurabi.
- LAMM, Eleonora.**
2015 "Comentario al art. 54". En: *AA.VV. Código Civil y Comercial de la Nación. Tomo I. Buenos Aires: Infojus*.
- LAMBO, Luigi.**
2007 *Obblighi di protezione. Collana di studi del Dipartimento di scienze giuridiche della LUISS Guido Carli. Padova: CEDAM*.
- LAMBERT-FAIVRE, Yvonne.**
1994 *Fondement et régime de l'obligation de sécurité*. En: D. Chron.
- LAMBRECHT, Peter.**
1994 *Die Lehre vom faktischen Vertragsverhältnis. Entstehung, Rezeption und Niedergang*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- LANOTTE, Angela.**
1999 *L'obbligazione del medico dipendente è un'obbligazione senza prestazione o una prestazione senza obbligazione?* En: *Foro it.*, vol. 122.
- LARENZ, Karl.**
1956 *Anmerkung zu BGH 25.4.56*. En: NJW.
1962 *Entwicklungstendenzen der heutigen Zivilrechtsdogmatik*. En: JZ, núm. 4.
1963 *Ergänzende Vertragsauslegung und dispositives Recht*. En: NJW.
1987 *Lehrbuch des Schuldrechts. Erster Band, Allgemeiner Teil*. 14. auf. München: C.H. Beck.
1997 *Metodologia da Ciência do Direito*. Trad. de José Lamego. 3a ed. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian.

2006 *O estabelecimento de relações obrigacionais por meio de comportamento social típico* (1956). Trad. de Alessandro Hirata. En: Revista Direito GV, vol. 2, núm. 1.

2008 *Culpa in contrabendo, dever de segurança no tráfico e "contato social"*. Trad. de Karina Nunes Fritz. En: *Rev. dir. priv.*, 34, .

LEHMANN, Heinrich.

1905 *Die positiven Vertragsverletzungen*. En: AcP, núm. 96.

1942 *Das «faktische» Vertragsverhältnis*. En: *Jber. Jb.*, 90.

LEITÃO, Adelaide Menezes.

2007 Normas de protecção e danos puramente patrimoniais. Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas na Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa orientada pelo professor Doutor António Menezes Cordeiro. Lisboa: Universidade de Lisboa.

LEYVA SAAVEDRA, José.

2008 *Interpretación de los contratos*. En: *Rev. UNMSM*, núm. 1-2.

LENEL, Otto.

1876 *Über Ursprung und Wirkung der Exceptionen*. Heidelberg: Gustav Koester.

LENGUA APOLAYA, César.

2013 La reubicación del trabajador por accidente de trabajo y enfermedad profesional: naturaleza jurídica, su impacto sobre las facultades empresariales de extinción del contrato de trabajo y alcances sobre la exigibilidad del derecho. Tesis (Mg.) Lima: PUCP.

LEÓN BARANDIARÁN, José.

1938 Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de obligaciones. Tomo I. Acto jurídico. Lima: Impr. Gil.

1939 Comentarios al Código Civil peruano. Derecho de obligaciones. Tomo II. De las obligaciones y sus modalidades. De los efectos de las obligaciones. Lima: Impr. Gil.

1943 *Ángel Gustavo Cornejo. Tratadista de Derecho Civil*. En: *Rev. UNMSM*, año VII, núm. 3.

1945 Comentarios al Código Civil peruano. De los contratos. Tomo III. Lima: Impr. Gil.

1948 "La teoría de la causa en el Código Civil peruano". En: Asociación de Sociedades Israelitas del Perú (edit.). *Almanaque Cultural Peruano*. Lima: S/E.

1950 *Perou: Le problème juridique de la causa et Le Droit Peruvien*. En: *Cahiers de Legislation et de Bibliographie Juridique de L'Amérique Latine*, Tomo I.

1961 Manual del acto jurídico. Lima: Imprenta UNMSM.

1966 Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo I. Compra-venta. Cesión de Créditos. Permuta. Donación. Locación y Conducción. Contrato de servicio. Contrato de obra. Lima: Imprenta UNMSM.

1975 Contratos en el Derecho Civil peruano. Tomo II. El Mutuo. El Comodato. El Depósito. El Mandato. La Gestión de Negocios. La Sociedad. El Juego y Apuesta. La Fianza. Con la colaboración de José León Barandiarán Hart. Lima: Imprenta UNMSM.

1983 Curso del acto jurídico con referencia al Proyecto del C.C. peruano. Primera Edición. Lima: Imprenta UNMSM.

LEÓN BARANDIARÁN HART, José.

1970 El contrato de mandato en el Código Civil peruano. Tesis (Br). Lima: UNMSM.

LEÓN HILARIO, Leysser.

2003 *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania (Schuldrechtsmodernisierung)*. En: *Ius et Veritas*, núm. 26.

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*. En: *Themis*, núm., 49.

- 2011 CAS. N° 433-2010-Huánuco, en *Diálogo Jur.*, núm. 155.
- 2017 “El consentimiento informado al tratamiento médico y su lugar central en el debate sobre los derechos del paciente”. En: ID. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico.
- “La responsabilidad autónoma de los establecimientos de salud y los equívocos de ayer y hoy en el enfoque de la obligación resarcitoria solidaria”. En: ID. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico.
- “La responsabilidad extracontractual. Apuntes para una introducción al estudio del modelo jurídico peruano”. En: ID. *La responsabilidad civil. Líneas fundamentales y nuevas perspectivas*. Tercera edición corregida y aumentada. Lima: Instituto Pacífico.
- LEÓN MONTALBÁN, Andrés.**
1964 *Derecho comercial peruano*. 2da ed. Lima: S/E.
- LEONHARD, Franz.**
1922 *Die Auslegung der Rechtsgeschäfte*. En: AcP, 120, núm. 1.
- LIPARI, Nicolò.**
1968 *Rapporti di cortesia, rapporti di fatto, rapporti di fiducia (Spunti per una teoria del rapporto giuridico)*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- 2009 “Le singoli fonti del diritto privato”. En: AA.VV. *Diritto Civile. Vol. I – Fonti, soggetti, famiglia. I – Le fonti e i soggetti*. Milano: Giuffrè.
- LOHMANN LUCA DE TENA, Guillermo.**
1994 *El negocio jurídico*. 2da ed. Lima: Grijley.
- 2007 “La interpretación del negocio jurídico y el contrato”. En: AA.VV. *Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III*. Lima: Grijley.
- LOHMANN VILLENA, Guillermo.**
1998 *La biblioteca de Manuel Lorenzo de Vidaurre*. En: *Boletín del Instituto Riva-Agüero*, núm. 25.
- LORENZ, Werner.**
1966 *Anmerkung zu BGH 6.7.65*. En: *JZ*, núm. 4.
- 2010 *Prospettive del diritto europeo dei contratti: la violazione di un obbligo*. En: *Riv. dir. civ.*, I.
- LORENZ, Werner and Basil MARKESINIS.**
1994 *Solicitors' Liability towards Third Parties: Back into the Troubled Waters of the Contract/Tort Divide*. En: *The Modern Law Review*, núm. 4.
- LUQUE, Ricardo.**
1987 “Excepción de incumplimiento”. En: DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel y Jorge MUÑOZ. *Temas de derecho contractual*. Lima: Cultural Cuzco.
- LUSING, Jan.**
2010 *Die Pflichten aus culpa in contrahendo und positiver Vertragsverletzung: Über die Rechtsnatur von Schutzpflichten und die Begründung von Leistungspflichten vor Vertrag*. Baden-Baden: Nomos Verlag.
- LYON-CAEN, Charles.**
1912 *Cass., Civ. 21 novembre 1911, Recueil Sirey*.
- MACHADO, João Baptista.**
1986 *A cláusula do razoável*. En: *Revista de legislação e de jurisprudência*, 119, núm. 3744.
- MAILLET, Jean.**
1973 “Codifications napoléoniennes, développement économique et formation de la société française capitaliste”. En: AA.VV. *Quaderni fiorentini per la storia del pensiero giuridico moderno. vol. II*. Milano: Giuffrè.
- MAJELLO, UGO.**
1958 *Custodia e deposito*. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell'Università di Napoli. Napoli: Jovene.

- MANCINI, Giuseppe Federico.**
1957 *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro.* Milano: Giuffrè.
- MANZANILLA, José Matías.**
1909 *El contrato de trabajo.* En: *Rev. Univ.*, año IV, vol. II.
1909 *La doctrina del riesgo profesional en el Perú.* En: *Rev. Univ.*, año IV, vol. II.
1911 *La responsabilidad de los Empresarios por los accidentes del trabajo.* En: *Rev. Univ.*, año VI, vol. I.
1912 *La responsabilidad por los accidentes del trabajo. Discursos parlamentarios (1905-1908).* Lima: Imprenta y Fábrica de Fotograbados Sanmartí y Cía.
- MARANI, Francesco.**
1966 *Il dolo del terzo in alcune particolari categorie di atti unilaterali.* En: *Riv. dir. civ.*, I.
- MARTINS-COSTA, Judith.**
1999 *A Boa-fé no Direito Privado.* Rio de Janeiro: Editora Revista dos Tribunais.
2005 *Oferta pública para a aquisição de ações (opa) - teoria da confiança - deveres de proteção violados - a disciplina informativa e o mercado de capitais - responsabilidade pela confiança - abuso do poder de controle. Parecer.* En: *Revista de Direito Mercantil, Industrial econômico e financeiro*, vol. 140, oct/dez.
2008 *Um aspecto da obrigação de indenizar: notas para uma sistematização dos deveres pré-negociais de proteção no direito civil brasileiro.* En: *Revista dos tribunais, janeiro*,
2015 *A Boa-Fé no Direito Privado: critérios para a sua aplicação.* São Paulo: Marcial Pons.
- MASI, Antonio.**
1996 *Il mondo giuridico italiano e la promulgazione del BGB.* En: *Riv. dir. comm.*, I.
- MATOS ZEGARRA, Mauricio.**
2010 *Los accidentes de trabajo y en el trayecto al trabajo en el Perú.* En: *Revista de Derecho de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad Católica de Santa María.*
- MAYO, Jorge.**
1984 *Sobre las denominadas obligaciones de seguridad.* En: *La Ley.*
- MAYR, Vincent.**
2005 *Schutzpflichten im deutschen und französischen Recht: Eine rechtsvergleichende Untersuchung mit Einbeziehung der europäischen Rechtsharmonisierung.* Frankfurt: Peter Lang.
- MAZEUD, Denis.**
1997 *Le régime de l'obligation de sécurité.* En: *Gaz. Pal.*
- MAZEAUD, Pierre.**
2004 *Le Code civil et la conscience collective française.* En: *Pouvoirs, núm. 3.*
- MEDICUS Dieter und Stephan LORENZ.**
2012 *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil. 20. auf. München: C.H. Beck.*
- MEDRANO TASSARA, Ana María.**
1968 *Régimen jurídico del transporte aéreo internacional. Tesis (Br).* Lima: UNMSM.
- MEIGSS, Enrique.**
1877 *Colección de leyes, decretos, contratos y demás documentos relativos á los ferrocarriles del Perú. Tomo II.* Lima: Imprenta del Estado.
- MELLER, Eberhard.**
1974 *Obligation de sécurité: Verbesserung des Schutzes des geschädigten Vertragspartners und Beispiel der Fortentwicklung des französischen Vertragsrechts durch die Rechtsprechung.* Berlín: Duncker & Humblot.
- MENGONI, Luigi.**
1953 *“Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro”.* En: AA.VV. *Scritti giuridici in onore di Antonio Scialoja.* vol. IV. Bologna: Zanichelli, 1953, pp. 261-289 (ahora en ID. Scritti II. *Obbligazioni e negozio a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi.* Milano: Giuffrè, 2011).

- Ancora in tema di pagamento «falsus procurator».* En: *Riv. dir. comm.*, II, 1953, p. 118 y ss. (ahora en ID. *Scritti II. Obbligazioni e negozio* a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011).
- 1954 *Obbligazioni di «risultato» e obbligazioni di «mezzi» (studio critico).* En: *Riv. dir. comm.*, I.
- 1986 *Responsabilità contrattuale.* En: *Jus*, XXXIII.
- 1984 *La parte generale delle obbligazioni.* En: *Riv. crit. dir. priv.*, 1984, p. 507 y ss. (ahora en ID. *Scritti II. Obbligazioni e negozio* a cura di Carlo Castronovo, Antonio Albanese e Andrea Nicolussi. Milano: Giuffrè, 2011, p. 283 y ss.).
- MESSINA, Giuseppe.**
- 1906 “Sui cosiddetti diritti potestativi”. En: AA.VV. *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda* per il XXV anno del suo insegnamento. vol. VI. Napoli: Luigi Pierro tip. edit., 1906 (ahora en ID. *Scritti Giuridici*. vol. V. Milano: Giuffrè, 1948, p. 4).
- 1938 Voce: *Diritti potestativi.* En: *Nuovo Dig. It.*, vol. IV, 1938, col. 872 y ss. (ahora en ID. *Scritti Giuridici*. vol. V. Milano: Giuffrè, 1948).
- MIELE, Giovanni.**
- 1944 *Potere, diritto soggettivo e interesse.* En: *Riv. dir. comm.*, I.
- MINCKE, Wolfgang.**
- 1984 *Forderungsrechte als „sonstige Rechte“ i. S. des § 823 Abs. 1 BGB.* En: *JZ*, núm. 19.
- MIRO QUESADA, Luis.**
- 1965 “Legislación del trabajo”. En: ID. *Albores de la reforma social en el Perú.* Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- “La moderna crisis social”. En: ID. *Albores de la reforma social en el Perú.* Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- “El contrato de trabajo”. En: ID. *Albores de la reforma social en el Perú.* Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- “El riesgo profesional aplicado al Perú”. En: ID. *Albores de la reforma social en el Perú.* Lima: Talleres Gráficos P. L. Villanueva.
- MIZRAHI, Gustavo José.**
- 2018 A vontade hipotética na integração do negócio jurídico. Dissertação apresentada à Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra no âmbito do 2.º Ciclo de Estudos em Direito (conducente ao grau de Mestre), na Área de Especialização em Ciências Jurídico-Civilísticas/Menção em Direito Civil, sob a orientação do Professor Senhor Doutor Paulo Mota Pinto. Coimbra: Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito.
- MONATERI, Pier Giuseppe.**
- 1984 *La sindecdoque. Formule e regole nel diritto delle obbligazioni e dei contratti.* Studi di diritto comparato diretti da Mauro Cappelletti. Milano: Giuffrè.
- Règles et technique de la définition dans le droit des obligations et des contrats.* En: *Revue internationale de droit comparé*. vol. 36, núm. 1.
- MONCADA, Luis Solano Cabral de.**
- 1932 *Lições de Direito Civil. Parte Geral.* Coimbra: Atlantida.
- MONTEIRO, Jorge Ferreira Sinde.**
- 1989 *Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações.* Dissertação de Doutoramento em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Coleção Teses. Coimbra: Almedina.
- 1997 *Responsabilidade por informações face a terceiros.* En: *Boletim da Faculdade de Direito.*
- MORALES CORRALES, Pedro.**
- 2005 *Responsabilidad del empleador por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.* En: *Revista Peruana de Derecho de la Empresa*, núm. 59.
- MORALES HERVIAS, Rómulo.**

- 2002 “Interpretación causalista”. En: AA.VV. Estudios sobre teoría general del negocio jurídico. Lima: Ara Editores.
- 2007 *Responsabilidad civil de las estructuras sanitarias y del Ministerio de Salud por transfusión de sangre infectada*. Sent. 3º Sala Civil de Lima (Exp. N° 1615-00) de 24 de mayo de 2000, en *Diálogo Jur.*, núm. 108.
- 2008 *Situaciones jurídicas subjetivas*. En: *Advocatus*, núm. 19.
- 2013 *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*. En: *Der. PUCP*, núm. 71.
- 2018 *Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Ius et Veritas*, núm. 57.

MORENO MORE, César.

- 2014 *Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano*. En: *Ius et Veritas*, núm. 49, 2014, p. 222 y ss. (ahora *tb.* en AA.VV. Estudios sobre la responsabilidad civil. Colección jurídica derecho privado contemporáneo. Lima: Ediciones Legales, 2015).
- 2016 *Post tenebras spero lucem: Sobre la culpa in contrabendo y el contacto social*. En: *Gaceta Civil & Procesal Civil*, núm. 36.

MOREILLON, Laurent.

- 2002 “L’obligation de sécurité du vendeur en droits français et suisse”. En: *Mélanges en l’honneur de Bernard Dutoit*. Genève: Librairie Droz.

MOSCATI, Enrico.

- 2003 *I remedi contrattuale a favore de terzi*. En: *Riv. dir. civ.*, I.
- 2011 “Profili attuali degli obblighi di protezione nel diritto italiano e nel diritto europeo”. En: GAROFALO, Luigi. *Questioni vecchie e nuove in tema di responsabilità*. Napoli: Jovene.

MUÑIZ ZICHES, Jorge.

- 1975 *La interpretación de los contratos civiles*. Tesis (Br). Lima: PUCP.

MULLER, Enrique Carlos.

- 2017 *El derecho a no cumplir obligaciones que impliquen actos peligrosos*. En: *Revista derecho de daños*, I.

MURO ROJO, Manuel.

- 2007 “Comentario artículo 1713”. En: AAVV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- “Comentario artículo 1715”. En: AAVV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- “Comentario artículo 1718”. En: AAVV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- “Comentario artículo 1719”. En: AAVV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- “Comentario artículo 1721”. En: AAVV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- “Comentario artículo 1735”. En: AAVV. *Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas*. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.

NATOLI, Ugo.

- 1958 *Note preliminari ad una teoria dell’abuso del diritto nell’ordinamento giuridico italiano*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- 1961 *L’attuazione del rapporto obbligatorio e la valutazione del comportamento delle parti secondo le regole della correttezza*. En: *Banca, borsa e tit. cred.*, I (*tb.* en ID. *Diritti fondamentali e categorie generali*. Scritti di Ugo Natoli. Milano: Giuffrè, 1993).
- 1974 *L’attuazione del rapporto obbligatorio*. Tomo I. *Il comportamento del creditore*. *Trat. dir. civ. comm.* diretto dai proff. Antonio Cicu e Francesco Messineo. Milano: Giuffrè.

NEME VILLAREAL, Martha Lucía.

- 2006 *principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano*. En: Revista de Derecho Privado, núm. 11.
- 2010 La buena fe en el derecho romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- NEUNER, Jörg.**
2007 “Vertragsauslegung – Vertragsergänzung – Vertragskorrektur”. En: FS. Canaris, München: C.H. Beck.
- NICOLÒ, Rosario.**
1962 Istituzioni di diritto privato. vol. I – Dispense integrative ad uso degli studenti. Milano: Giuffrè.
- NICOLUSSI, Andrea.**
2015 Voce: “Obblighi di protezione”. En: *Enc. Dir.*, vol. VIII – *annali*.
- NUÑEZ SÁENZ, Ysmael.**
2004 “Prolegómenos de una teoría general de las obligaciones. A propósito de la patrimonialidad de la prestación”. En: Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Lima: Jurista Editores.
- ÑIQUE DE LA PUENTE, José Antonio.**
2004 El Humanismo jurídico en San Marcos: 1951-2003. Tesis (Dr.). Lima: UNMSM.
- OLAECHEA, Manuel Augusto.**
S/A Historia del Derecho Peruano. 2do cuaderno de propiedad de Tomas Ramírez. Lima: S/E.
S/A Apuntes de Derecho Civil. 2do. Curso. Tomados en las clases del catedrático Dr. Dn. Manuel Augusto Olaechea. Lima: S/E.
1936 Exposición de Motivos del Libro Quinto del Proyecto del Código Civil. Lima: Impr. Gil.
1937 Derecho Civil. Obligaciones y contratos. Versión taquigráfica. Lima: Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
1944 *El problema de la responsabilidad extracontractual en el nuevo Código Civil*. En: Revista de jurisprudencia peruana., núm. 8, 1944, p. xi y ss. (*tb.* en GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes – Concordancias - Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina - Jurisprudencia. Tomo III. De los derechos reales – Del derecho de las obligaciones. Lima: S/E, 1977).
1944 Respuesta del doctor Olaechea al doctor Eduardo Zuleta Ángel. En: Revista de jurisprudencia peruana, núm. 12, 1944, p. xv (*tb.* en GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes – Concordancias - Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina - Jurisprudencia. Tomo III. De los derechos reales – Del derecho de las obligaciones. Lima: S/E, 1977).
1977 “Memorándum. Art. 1136”. En: GUZMÁN FERRER, Fernando. Código Civil. Antecedentes – Concordancias - Exposición de motivos – Comentarios – Doctrina - Jurisprudencia. Tomo III. De los derechos reales – Del derecho de las obligaciones. Lima: S/E, 1977.
- OLAECHEA, Pedro Carlos.**
S/A *Lecciones sobre obligaciones y contratos* (manuscrito no publicado).
- OLIVEIRA, Pedro.**
1905 La política económica de la metrópoli. Lima: Imprenta La Industria.
1914 *La revisión del Código Civil*. En: *Rev. Univ.*, IX, núm. 1, 1914, pp. 64-97 (ahora *tb.* reproducido mediante folleto independiente en Lima: Instituto Pacífico, 2015, p. 14).
- OLIVEIRA, Nuno Manuel Pinto.**
2003 *Deveres de proteção em relações obrigacionais*. En: *Scientia Juridica*, núm., 297.
2007 *The German Act to Modernize the Law of Obligations as a Model for the Europeanization of Contract Law? The New Rules Regarding Impossibility of Performance from the Perspective of a Portuguese Lawyer*. En: *Electronic Journal of Comparative Law*, vol. 11.4 (en web <https://www.ejcl.org/114/art114-2.pdf>).
- ORTIZ DE ZEVALLOS Y VIDAURRE, Ricardo.**

1906 Tratado de derecho civil peruano teórico y práctico. Este volumen contiene los principios generales relativos á los contratos, con las controversias y cuestiones de detalle á que han dado lugar, y las leyes especiales que con ellos se relacionan. Lima: Librería Francesa Científica Galland E. Rosay.

OSORES, Juan Manuel.

1918 El medio y la legislación: Contribución a la historia del derecho peruano. Lima: Impr. Gil.

OSTERLING PARODI, Felipe.

1966 “La revisión de los contratos por el poder judicial”. En: AA.VV. Nuevas orientaciones del Derecho. Lima: Colegio de Abogados de Lima.

1985 “Inejecución de daños y perjuicios”. En: AA.VV. Libro Homenaje a José León Barandiarán. Lima: Cultural Cuzco.

1986 “Inejecución de obligaciones: dolo y culpa”. En: AA.VV. Libro Homenaje a Romulo E. Lanatta Ghilhem. Lima: Cultural Cuzco.

1988 Las obligaciones. 3era ed. Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. vol. VI. Lima: Fondo Editorial PUCP.

OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE.

1994 Tratado de las obligaciones. Primera Parte – Tomo I. Biblioteca PARA LEER EL CÓDIGO CIVIL. vol. XVI. Lima: Fondo Editorial PUCP.

1999 “Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984”. En: Cathedra, Revista de los estudiantes de la Facultad de Derecho de la UNMSM, *núm.* 5, año III.

2000 “Algunos conceptos sobre la Teoría General de las Obligaciones”. En: AA.VV. Obra de Homenaje por el Centenario del Nacimiento del Dr. José León Barandiarán. Tomo II. Lima: Fondo Editorial del Congreso del Perú.

2015 *Naturaleza jurídica de la obligación.* En: *Rev. Foro*, *núm.* 102.

OSTI, Giuseppe.

1954 *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*

1973 “Revisione critica della teoria sulla impossibilità della prestazione”. En: ID. Scritti Giuridici. Seminario Giuridico della Università di Bologna. Milano: Giuffrè.

OSTROWICZ, Alexander.

1980 Vertragshaftung und Drittschutz: die Abhängigkeit des Drittanspruchs von der Rechtsposition des Vertragsgläubigers beim "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte". Frankfurt: Peter Lang.

PAßMANN, Jan-Hendrik.

2010 Schutzpflichtverletzungen im Spannungsverhältnis von schuldrechtlichem und deliktischem Haftungsregime. Berlin: Logos Verlag.

PACCHIONI, Giovanni.

1912 “Concetto e origini dell’ “obligatio romana,,. Capo I. Le ricerche dei pandettisti e dei germanisti”. En: SAVIGNY, Friedrich Karl von. Le obbligazioni. vol. I. Appendici. Torino: UTET.,

PACHECO, Toribio.

1864 Tratado de derecho civil. vol. III. Lima: Librería Hispano-Francesa/Librería Central.

1872 Tratado de derecho civil. vol II. 2da ed. Lima: Imprenta del Estado.

PALACIOS MARTINEZ, Eric.

2004 “El incumplimiento de las obligaciones”. En: Teoría general de las obligaciones. Concepto, estructura e incumplimiento. Lima: Jurista Editores.

La problemática de la teoría del tipo y la integración contractual. En: AA.VV. Estudios sobre el contrato en general. Selección, traducción y notas de Leysser L. León y presentación de Vincenzo Roppo. 2da ed. Lima: Ara Editores.

Prolegómenos hacia una teoría general de la interpretación del negocio jurídico. En: AA.VV. Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova. Lima: Grijley.

- 2007 “Comentario artículo 1790”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- 2017 *La responsabilidad contractual: una lectura reconstructiva en el Código Civil peruano*. En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 50.
- PALACIOS MARTÍNEZ, Eric y Veronika CANO LAIME.**
2007 “Comentario artículo 1791”. En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- PALACIO PIMENTEL, H. Gustavo.**
1970 Elementos de Derecho Civil peruano. 2da ed. Tomo I. Lima: Universo.
- PALADINI, Mauro.**
2010 “L’estinzione dell’obbligazione negli incerti confini tra doverosità dell’adempimento e inesigibilità della prestazione”. En: AA.VV. L’estinzione dell’obbligazione senza adempimento a cura di Mauro Paladini. Torino: UTET.
- PANZA, Giuseppe.**
1973 Buon costume e buona fede. Pubblicazioni della Facoltà Giuridica dell’Università di Bari. Napoli: Jovene.
- PARADISO, Massimo.**
2001 *La responsabilità medica: dal torto al contratto*. En: *Riv. dir. civ.*, I.
- PAREDES ROJAS, Irma.**
1969 La responsabilidad civil en el transporte aeronáutico. Tesis (Br.). Lima: PUCP.
- PATRÓN YRIGOYEN, Jorge.**
1948 Crítica de la Teoría Pura del Derecho. Lima: Impr. Gil.
- PATTI, Salvatore.**
2006 “Tradizione civilistica e codificazioni europee”. En: AA.VV. Tradizione civilistica e complessità del sistema. Valutazione storiche e prospettive della parte generale del contratto a cura di Francesco Macario e Marco Nicola Miletta. Milano: Giuffrè.
- PAWLOWSKI, Hans-Martin.**
1966 Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen (Amts und Parteineichtigkeit von Rechtsgeschäften): zum Verhältnis von Privatautonomie und objektivem Recht. Göttingen: Otto Schwartz & Co.
- PAYET, José Antonio.**
1997 La responsabilidad por productos defectuosos. Tomo II. Biblioteca para leer el Código Civil. vol. III. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- PICASSO, Sebastián.**
2015 *Requiem para la obligación de seguridad en el derecho común*. En: Revista Código Civil y Comercial, julio.
- PICKER, Eduard.**
1983 *Positive Forderungsverletzung und culpa in contrabando — Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt*. En: AcP, *núm.* 183.
- PINTO, Carlos Alberto da Mota.**
2003 Cessão da posição contratual. Coleção Teses. Reimpressão. Coimbra: Almedina.
2005 Teoria geral do direito civil. 4a ed. Coimbra: Coimbra Editora.
- PINTO, Paulo Mota.**
2008 Interesse contratual negativo e interesse contratual positivo. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
2013 “Resolução e indenização por inadimplemento do contrato”. En: AAVV. VI Jornada de Direito Civil. Brasília-DF: Conselho da Justiça Federal - Centro de Estudos Judiciários.
- PINTO OLIVEROS, Sheraldine.**
2015 “A propósito de la responsabilidad sanitaria”. En: AA.VV. Libro Homenaje a la Academia de Ciencias Políticas y Sociales en el centenario de su fundación. 1915-2015. Tomo II. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales, 2015.
- PIZARRO, Ramón.**

- 2015 *¿Réquiem para la obligación de seguridad en el Código Civil y Comercial?* En: La Ley.
- PLANIOL, Marcel.**
1888 *Examen doctrinal. Jurisprudence civile.* En: *Rev. crit. lég. et jur.*
- 1904 *Classification des sources des obligations.* En: *Rev. crit. lég. et jur.*
- 1931 *Traité élémentaire de droit civil. Tome II avec la collaboration de G. Ripert.* 11e ed. Paris: LGDJ.
- PLÖTNER, Michael**
2003 *Die Rechtsfigur des Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte und die sogenannte Expertenhaftung.* Berlin: Duncker & Humblot.
- POULIADIS, Athanassios.**
1982 *Culpa in contrahendo und Schutz Dritter: Betrachtungen zur Rechtsprechung des BGH unter vergleichender Berücksichtigung des griechischen Rechts.* Berlin: Duncker & Humblot.
- PRÉVÔT, Juan Manuel.**
2012 *Obligación de seguridad.* 2da. ed. Bogotá: Temis.
- S/A *Obligación de seguridad. breves apostillas y estado actual de la cuestión.* En Web: <https://www.personaedanno.it/articolo/obligacin-de-seguridad-breves-apostillas-y-estado-actual-de-la-cuestin-juan-manuel-prevot>
- PROCIDA MIRABELLI DI LAURO, Antonino.**
2016 *Obbligazione – Prestazione – Protezione.* En: AA.VV. *L'obbligazione come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro.* Torino: Giappichelli.
- PUGLIATTI, Salvatore.**
1965 *Voce: Eccezione (teoria generale).* En: *Enc. Dir.*, vol. XIV.
- PUGLIESE, Giovanni.**
1939 *Actio e diritto subiettivo. Pubblicazioni dell'istituto di diritto romano dei diritti dell'oriente mediterraneo e di storia del diritto.* Milano: Giuffrè.
- PULEO, Salvatore.**
1959 *I diritti potestativi: individuazione delle fattispecie.* Milano: Giuffrè.
- RABEL, Ernst.**
1907 *“Origine de la règle „Impossibilium nulla obligatio“.”* En: AA.VV. *Mélanges Gérardin.* Paris: Sirey.

Die Unmöglichkeit der Leistung. Eine Kritische Studie zum Bürgerlichen Gesetzbuch. Sonderdruck aus der E.I. Bekker zum 16. August 1907 gewidmeten FS: „Aus Römischem und Bürgerlichem Recht“. Weimar: Hermann Böhlau Nachfolger.
- RAMÍREZ, Carlos Aníbal.**
1911 *Las modernas tendencias del derecho en materia de responsabilidad civil. Facultad de Jurisprudencia UNMSM. Tesis (Dr.).* Lima: Tip. del Panóptico.
- RAMOS NUÑEZ, Carlos.**
2004 *“La teoría del riesgo profesional: expresión militante de la economía contemporánea”.* En: AA.VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.* Lima: Grijley.
- 2006 *Historia del derecho civil peruano (siglos XIX y XX). Tomo VI: El Código de 1936. Vol. I: Los artífices.* Lima: Fondo Editorial PUCP.
- 2011 *Historia del derecho civil peruano (siglos XIX y XX). Tomo VII: La dogmática en triunfo.* Lima: Fondo Editorial PUCP.
- RANIERI, Filippo.**
1998 *"Cable Cases" e responsabilità per danni puramente economici: Il "Case Method" come esempio di approccio didattico nell'insegnamento del diritto civile europeo”.* En: AA.VV. *Quaderni di Diritto Privato Europeo, núm. 2.*
- 2000 *Alle origini del diritto civile europeo. Alcune osservazioni sui rapporti tra pandettistica tedesca e civilistica italiana in tema di negozio giuridico.* En: *Eur. dir. priv.*, núm. 3.

- 2009 Europäisches Obligationenrecht. Vienna: Springer, 3 auf.
- RAPPAPORT, Achill.**
1904 Die Einrede aus dem fremden Rechtsverhältnis. Eine Untersuchung auf dem Gebiete des gemeinen, sowie des deutschen und österreichischen bürgerlichen Rechts. Berlin: Guttentag.
- RAVAZZONI, Alberto.**
1989 Voce: Diligenza. En: *Enc. Giur. Trecc.*, vol. XI.
- REMY, Philippe.**
1997 *La responsabilité contractuelle : histoire d'un faux concept.* En: RTDCiv.
2004 “Regards sur le Code”. En: AA.VV. Le Code Civil 1804-2004. Livre du Bicentenaire. Paris: Dalloz.
- RESCIGNO, Pietro.**
1965 *L'abuso del diritto.* En: *Riv. dir. civ.*, I, 1965
1979 Voce: Obbligazioni (diritto privato). En: *Enc. Dir.*, vol. XXIX.
- REY DE CASTRO, Alberto.**
1972 La responsabilidad civil extracontractual. Lima: Imprenta UNMSM.
- RICCA, Lucio.**
1965 Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto. Milano: Giuffrè.
- RIGHETTI, Giorgio.**
1964 *Per un inquadramento sistematico della responsabilità del vettore.* En: *Riv. dir. civ.*, I.
- RINESI, Antonio Juan.**
2007 El deber de seguridad. Santa Fe: Rubinzal – Culzoni Editores.
- RIVAROLA, Mario.**
1939 Tratado de derecho comercial argentino. Estudio y correlación de la legislación argentina vigente. Tomo III. Buenos Aires: Compañía Argentina de Editores Soc. de Resp. Ltda.
- RIVERA SCHREIBER KROLL, Jorge.**
1967 Los accidentes del trabajo en la doctrina y en la legislación. Tesis (Br.). Lima: PUCP.
- ROCCO, Alfredo.**
1911 *La scienza del diritto privato in Italia negli ultimi cinquant'anni.* En: *Riv. dir. comm.*, I.
- RODIÈRE, René.**
1952 *Le régime legal de l'obligation de sécurité due par les transporteurs à leurs voyageurs.* En: La semaine juridique, I.
- RODOTÀ, Stefano.**
1960 *Note critiche in tema di proprietà.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
1967 Il problema della responsabilità civile. Studi di diritto civile diretti di Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Pasarelli. Ristampa inalterata. Milano: Giuffrè.
Ideologie e tecniche della riforma del diritto civile. En: *Riv. dir. comm.*, I.
1969 Le fonti di integrazione del contratto. Studi di diritto civile diretti da Rosario Nicolò e Francesco Santoro-Pasarelli. Milano: Giuffrè.
1978 *Il ruolo della colpa nell'attuale sistema della responsabilità civile.* En: *Resp. prev.*, vol. XLIII.
2013 Il terribile diritto. Studi sulla proprietà privata e i beni comuni. Terza ed. Bologna: Il Mulino.
- RODRÍGUEZ OLMOS, Javier.**
2011 *Deberes de protección, 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana.* En: Revista de Derecho Privado, núm. 20.
- ROMERO, Eleodoro.**
1901 Derecho peruano. Segunda parte. Resumen de las lecciones dadas por el catedrático del curso en la Facultad de Jurisprudencia. Lima: Tipografía italiana.
- ROMERO ZAVALA, Luis.**

- 1979 Teoría general de los contratos. Sección Cuarta del Libro Quinto del Código Civil Peruano de 1936. Arts. 1328 al 1382. Lima: Impresor JAL.
- ROSELLO, Carlo.**
1996 *Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza.* En: *Contr. impr.*, XII, núm 2.
- ROTH, Herbert.**
1988 Die Einrede des Bürgerlichen Rechts. München: Beck.
- RUBINO, Domenico.**
1939 La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari. Studi di diritto privato diretti da Giuseppe Messina. Milano: Giuffrè.
- SAAVEDRA VELASCO, Renzo.**
2009 “La responsabilidad precontractual en debate. Panorama de la doctrina jurídica nacional”. En: AA.VV. Responsabilidad Civil Contemporánea. Lima: ARA Editores, Ius et Veritas.
2015 “Las relaciones contractuales de hecho y el contacto social ¿instituciones incomprendidas?” En: AA.VV. Reflexiones en torno al Derecho Civil. A los 30 años del Código. Lima: Ius et Veritas.
- SACCO, Rodolfo.**
1982 “Il contratto di fatto”. En: AA.VV. Trattato di diritto privato diretto da Pietro Rescigno. vol. 10 - Obbligazioni e Contratti II. Torino: UTET.
1988 “Il codice civile: un fossile legislativo?” En: PIZZORUSSO, Alessandro e Silvia FERRARI (edits.) Le fonti del diritto italiano. Trattato di diritto civile. vol. I. Torino: UTET.
1988 Voce: Codice II) Diritto comparato e straniero. En: *Enc. Giur. Trev.*, vol. VI.
- SALEILLES, Raymond.**
1890 Essai d'une théorie générale de l'obligation d'après le projet de Code civil allemand. Paris: Librairie Cotillon.
1897 Les accidents de travail et la responsabilité civile: (essai d'une théorie objective de la responsabilité délictuelle). Paris: Librairie Nouvelle de droit et de jurisprudence.
- SAINCTELETTE, Charles.**
1884 De la responsabilité et de la garantie. (Accidents de transport et de travail). Bruxelles-Paris: Bruylant-Christophe.
- SALVI, Cesare.**
2005 La responsabilità civile. Trattato di diritto privato a cura di Giovanni Iudica e Paolo Zatti. 2da ed. Milano: Giuffrè.
- SANGUINETI, Wilfredo.**
1988 Contrato de locación de servicios frente al derecho civil y al derecho del trabajo. Lima: Cultural Cuzco.
- SANTORO, Antonino.**
2012 La responsabilità da contatto sociale. Profili pratici e applicazioni giurisprudenziali. Milano: Giuffrè.
- SARROUT, Louis.**
1913 Cass., Civ. 21 novembre 1911, Recueil Dalloz (1913).
- SAUZET, Marc.**
1883 *De la Responsabilité des patrons vis-à-vis des ouvriers dans les accidents industriels.* En: *Rev. crit. lég. et jur.*
- SAUX, Eduardo Ignacio.**
2018 Cap. II – Derechos y actos personalísimos. En: AAVV. Tratado de derecho civil. Parte general. Tomo II. Santa Fe: Rubinzal Culzoni.
- SAVATIER, René.**
1934 *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats.* En: RTD Civ.
- SAVIGNY, Friedrich Karl von.**
1828 *Ueber den juristischen Unterricht in Italien.* En: Zeitschrift für geschichtliche Rechtswissenschaft, núm. 6.

- 1852 "Sull'insegnamento del diritto in Italia". En: ID. Ragionamenti storici di diritto del prof. F. C. Savigny tradotti dall'originale tedesco e preceduti da un discorso di Antonio Turchiarulo. vol. IV. Napoli: Tipografia all'insegna del Diogene.
- 1891 Sistema di diritto romano attuale. vol. III. Trad. di Vittorio Scialoja. Torino: UTET.
- 1912 Le obbligazioni. Traduzione dall'originale tedesco con Appendici di Giovanni Pacchioni. vol. I. Torino: UTET.
- SCHMIDT, Eike.**
1969 "Nachwort" En: ID (edit.). Jhering, Culpa in contrahendo und Staub, Die positiven Vertragsverletzungen. Bad Homburg: Gehlen.
- SCHWENZER, Ingeborg.**
1983 *Selbstbindung ohne Vertrag, Zur Haftung aus geschäftsbezogenem Handeln by Johannes Köndgen.* En: Rabels Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht.
- SCHLOSSER, Peter.**
1966 *Peremptorische Einrede und „Ausgleichszusammenhänge“.* En: JZ, *num.* 13.
- SCOGNAMIGLIO, Renato.**
1968 Voce: Responsabilità contrattuale ed responsabilità extracontrattuale. En: *Nss. Dig. It.*, vol. XV.
- SERICK, Rolf.**
1955 *La responsabilité civile en droit allemand.* En: Revue internationale de droit comparé, vol. 7, *num.* 3.
- SESSLER, Anker.**
1981 Die Lehre von den Leistungsstörungen. Heinrich Stolls Bedeutung für die Entwicklung des allgemeinen Schuldrechts. Berlin: Duncker & Humblot.
- SEYRAT, Serge.**
1985 Le bon père de famille: (étude sur l'origine, la signification et la fonction de l'expression dans le droit). Thèse. Paris: Université Panthéon-Assas (Paris) II.
- SIBER, Heinrich.**
1921 *Die schuldrechtliche Vertragsfreiheit.* En: *Jher. Jb.*
- SILVA, Jorge Cesar Ferreira Da.**
2002 A boa fé e a Violação Positiva do Contrato. São Paulo: Renovar.
- SILVA SANTISTEVAN, José.**
1853 Derecho Peruano. Parte Civil. Compendio del curso dictado en el colegio de ciencias de esta ciudad. Piura: Impreso por Manuel Rubio.
- SILVA VALLEJO, José Antonio.**
1986 "Los estudios de derecho civil en el Perú y el derecho jurisprudencial". En: AA.VV. Libro Homenaje a Rómulo E. Lanatta Guilhem. Lima: Cultural Cuzco.
2005 Historia general del derecho. Lima: Universidad Alas Peruanas.
Nueva historia general del derecho. 2da ed. Lima: Universidad Alas Peruanas Fondo Editorial.
- SIMITIS, Spiros.**
1957 Die faktischen Vertragsverhältnisse als Ausdruck der gewandelten sozialen Funktion der Rechtsinstitute des Privatrechts. Frankfurt: Klostermann.
- SOTO COAGUILA, Carlos.**
2007 "Comentario artículo 1728". En: AAVV. Código Civil comentado por los 100 mejores especialistas. Tomo IX. Lima: Gaceta Jurídica.
- STAMPE, Ernst.**
1911 *Aus einem Freirechtslehrbuch.* En: AcP, *num.* 107.
- STANGHELLINI, Luca.**
1997 Contributo allo studio dei rapporti di fatto. Milano: Giuffrè.
- STARCK, Boris - Henri ROLAND - Laurent BOYER.**
1986 Droit Civil. Obligations 2. Contrat et quasi-contrat. Régime général. 2e ed. Paris: LITEC.

- STAUB, Hermann.**
2001 Le violazioni positive del contratto (*Die positiven Vertragsverletzungen*). Trad. de Giovanni Varanese. Collana diretta dal Dipartimento di Scienza giuridico-sociali e dell'Amministrazione dell'Università degli Studi di Molise. Napoli: ESI.
- STEIN, Peter.**
1958 *La natura delle obbligazioni «quasi ex delicto»*. En: *Jus*, IX.
- STEINER, Renata Carlos.**
2009 Complexidade intra-obrigacional e descumprimento da obrigação: da violação positiva do contrato. Dissertação apresentada como requisito parcial à obtenção do grau de Mestre em Direito das Relações Sociais, Programa de Pós Graduação em Direito, Setor de Ciências Jurídicas da Universidade Federal do Paraná. Curitiba: Universidade Federal do Paraná.
- 2011 *As violações positivas do contrato de Hermann Staub: uma breve leitura da “descoberta” alemã do século XX*. En: RTDC, vol. 47.
- 2012 “Impossibilidade do objeto, invalidade e falta de cumprimento no Direito das Obrigações: diálogos com a solução adotada no Código Civil Alemão”. En TEPEDINO, Gustavo e Luiz Edson FACHIN. Diálogos sobre Direito Civil. vol. III. Rio de Janeiro: Renovar.
- 2016 Interesse positivo e Interesse negativo: a reparação de danos no direito privado brasileiro. Tese de Doutorado. São Paulo: Universidade de São Paulo.
- STELLA RICHTER, Giorgio.**
1977 *Contributo allo studio dei rapporti di fatto nel diritto privato*. En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- STOLL, Hans.**
1978 “Vertrauensschutz bei einseitigen Leistungsversprechen”. En: FS. Flume, Band I, Köln: Schmidt.
- STOLL, Heinrich.**
1923 *Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*. En: Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht.
- 1931 “Begriff und Konstruktion in der Lehre der Interessenjurisprudenz”. En: AA.VV. Festgabe für Philipp Heck, Max Rumelin, Arthur Benno Schmidt. Beiheft zum Archiv für die civilistische Praxis. Tübingen: Mohr Siebeck.
- 1936 Die Lehre von den Leistungsstörungen: Denkschrift des Ausschusses für Personen-, Vereins- und Schuldrecht. Schriften der Akademie für Deutsches Recht. Tübingen: Mohr Siebeck.
- 1943 Vertrag und Unrecht. Grundrisse des deutschen Rechts. Halbband 1.2. 3 auf. besorgt von Wilhelm Felgentraeger. Tübingen: Mohr Siebeck.
- 2016 “Commiato dalla teoria della violazione positiva del contratto. Osservazioni sul trentennale della teoria”. Trad. de Angela Linda Lettieri, a cura di Giovanni Varanese. En: AA.VV. L'obbligazione come rapporto complesso. Studi di diritto civile e comparato. Collana diretta da Rocco Favale, Maria Feola e Antonino Procida Mirabelli di Lauro. Torino: Giappichelli.
- STÜRNER, Rolf.**
1976 *Der Anspruch auf Erfüllung von Treue- und Sorgfaltspflichten*. En: *JZ*, núm. 13.
- TABOADA CÓRDOVA, Lizardo.**
2013 Elementos de la Responsabilidad Civil. 3era ed. Lima: Grijley.
- TAVARES, José.**
1922 Os principios fundamentais de Direito Civil. vol. I. Coimbra: Coimbra Editora.
- TELES, MIGUEL GALVÃO.**
2005 “Direitos absolutos e relativos”. En: AA.VV. Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Joaquim da Silva Cunha. Coimbra: Coimbra Editora.
- THIELE, Wolfgang.**
1967 *Leistungsstörung und Schutzpflichtverletzung: Zur Einordnung der Schutzpflichtverletzungen in das Haftungssystem des Zivilrechts*. En: *JZ*, núm. 21.
- TORRES HERNÁNDEZ, Gonzalo.**
1974 La responsabilidad civil en el transporte aéreo. Tesis (Br.). Lima: UNMSM.

- TRABUCCHI, Alberto.**
1959 *Il nuovo diritto onorario.* En: *Riv. dir. civ.*, I.
- TURCO, Claudio.**
1990 Interesse negativo e responsabilità precontrattuale. Publicaciones della Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Catania. Milano: Giuffrè.
- UCEDA CASTAÑEDA, Carlos.**
1959 La teoría del riesgo profesional y su aplicación en el Perú. Lima: Ediciones C.E.U.C.
- UGARTE, César Antonio.**
1921 *La evolución jurídica del Perú.* En: *Mercurio Per.*, año IV, vol. VI.
- VAGNI, Laura.**
2005 *Il contratto a favore di terzi nella comparazione «Common Law – Civil Law»: dallo «ius commune» al diritto privato europeo.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- VAN CAENEGEM, Raoul.**
2004 Introduzione storica al diritto privato. Bologna: Il Mulino.
- VAN RHEE, C.H.**
2005 “The role of exceptions in Continental civil procedure”. En: AA.VV. *Adventures of the Law. Proceedings of the Sixteenth British Legal History Conference.* Dublin: Four Courts.
- VARANESE, Giovanni.**
2004 Il contratto con effetti protettivi per i terzi. Università degli Studi del Molise. Dipartimento di scienze giuridico-sociali e dell'amministrazione. Napoli: ESI.
2011 *Il contratto con effetti protettivi per i terzi ed interessi discordanti.* En: *Contr. impr./Eur.*
2012 “Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto”. En: HAUPT, Günter. *Sui rapporti contrattuali di fatto.* Trad. de Giovanni Varanese. Studi di diritto comparato. Collana diretta da Aldo Berlinguer - Rocco Favale - Maurizio Oliviero - Massimo Papa - Lucio Pegoraro - Gian Maria Piccinelli - Antonino Procida Mirabelli Di Lauro - Mario Serio. Torino: Giappichelli.
- VARSÍ ROSPIGLIOSI, Enrique.**
2014 Tratado de derecho de las personas. Lima: Gaceta Jurídica - Universidad de Lima.
- VASCONCELOS, Pedro Pais de.**
2009 Contratos atípicos. Teses de Doutoramento. 2da. ed. Coimbra: Almedina.
- VATTIER FUENZALIDA, Carlos.**
1987 *La interpretación integradora del contrato en el Código civil.* En: Anuario de Derecho Civil, núm. 2.
- VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto.**
1988 La obligación de seguridad en la responsabilidad civil y ley de contrato de trabajo. Rosario: Editorial Vélz Sársfield.
- VENOSTA, Francesco.**
2011 *Profili della disciplina dei doveri di protezione.* En: *Riv. dir. civ.*, I.
- VELARDE SAFFER, Luis Miguel.**
2009 El problema de la unificación o división de los regímenes de responsabilidad civil, los supuestos limítrofes y la correcta lectura de las normas nacionales sobre la materia. Tesis (Lic.). Lima: PUCP.
- VIALARD, Antoine.**
2003 “L'obligation de sécurité du transporteur maritime de passagers”. En: AA.VV. *L'obligation de sécurité: actes du colloque franco-algérien, Université Montesquieu Bordeaux IV, Université d'Oran Es-Sénia, 22 mai 2002.* Bordeaux: Presses Univ de Bordeaux.
- VIDAL RAMÍREZ, Fernando.**
1985 Exposición de motivos y comentarios al Libro II del Código Civil Acto Jurídico. En: REVOREDO DE DEBAKEY, Delia. *Código Civil. Exposición de motivos y comentarios. Tomo IV.* Lima: Diagramación E.I.B.M.
2004 “Los sistemas de responsabilidad extracontractual y la codificación peruana”. En: AA.VV. *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova.* Lima: Grijley.

- 2007 "La interpretación del contrato en el derecho peruano". En: AA.VV. Tratado de la interpretación del contrato en América Latina. Tomo III. Lima: Grijley.
- VIDAURRE, Manuel Lorenzo.**
1835 Proyecto del código civil peruano dividido en tres partes. 2da parte. Dominio y contratos. Lima: Imprenta del constitucional por Justo León.
- VINEY, Geneviève - Patrice JOURDAIN.**
2013 *Traité de Droit Civil. Les conditions de la responsabilité. Sous la direction de Jacques Ghestin.* Paris: LGDJ.
- 2014 "The devolpment of traffic liability in France". En: ERNST, Wolfgang (edit.). *The devolpment of traffic liability.* Cambridge: Cambridge University Press.
- VISINTINI, Giovanna.**
1965 *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari.* Pubblicazioni dell'Istituto di Diritto della Facoltà di Economia e Commercio dell'Università di Bologna. Padova: CEDAM.
- 1979 *La responsabilità contrattuale.* Biblioteca di diritto privato ordinata da Pietro Rescigno. Napoli: Jovene.
- VOCI, Pasquale.**
1990 "*Diligentia*", "*custodia*", "*culpa*". *I dati fondamentali.* En: *Studia et Documenta Historiae et Iuris.*
- VOSS, Laurenz.**
2007 *Die Verkehrspflichten: eine dogmatisch-historische Legitimierung.* Berlin: Duncker & Humblot.
- WACKE, Andreas.**
2013 *Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900 con especial referencia del Derecho de obligaciones.* Revista chilena de derecho,
- WEITNAUER, Hermann.**
1967 *Remarques sur l'évolution de la responsabilité civile délictuelle en droit allemand.* En: *Revue internationale de droit comparé.* vol. 19, *núm.* 4.
- WIEACKER, Franz.**
1965 "Leistungshandlung und Leistungserfolg im bürgerlichen Schuldrecht". En: FS. Nipperdey. Band I. München: C.H. Beck.
- WIEGAND, Wolfgang.**
1997 *Von der Obligation zum Schuldverhältnis. Zur Entwicklung des schweizerischen Schuldrechts.* Teil 1. En: *Recht,* *núm.* 3.
- WIENER, Alfred.**
1922 *Zur Lehre vom Schadenersatz neben der Wandlung.* En: *AcP,* *núm.* 120.
- WINDSCHEID, Bernard.**
1904 *Diritto delle pandette.* vol. II - parte prima. Trad. de Fadda e Bensa. Torino: UTET.
- WITZ, Claude.**
2005 "Le Code civil français, ciment d'une société amarrée à l'Europe" En: AA.VV. 200 Jahre Code civil im Rheinland. Rheinland-Pfalz: Verlag der Landesarchivverwaltung.
- WOLF, Ernst.**
1954 *Rücktritt, Vertretenmüssen und Verschulden.* En: *AcP,* *núm.* 2.
- ZACCARIA, Alessio.**
2017 "Contatto sociale" e affidamento, attori protagonisti di una moderna commedia degli equivoci". En: AA.VV. Principi, regole, interpretazione. Contratti e obbligazioni, famiglie e successioni: Scritti in onore di Giovanni Furguèle. Mantova: Universitas Studiorum.
- ZAMUDIO ESPINAL, Carlos.**
2007 *Responsabilidad por incumplimiento de deberes de protección. A propósito de un caso de transfusión sanguínea.* En: *Revista Jurídica del Perú,* *núm.* 77.
- 2013 "Resolución por incumplimiento en los contratos con prestaciones recíprocas". En: AA.VV. Los contratos. Consecuencias jurídicas de su incumplimiento. Lima: Gaceta Jurídica.

- 2017 *Es necesaria la codificación de los deberes de protección en materia de obligaciones? A propósito de la reforma del Código Civil.* En: Gaceta Civil & Procesal Civil, *núm.* 50.
- ZEPOS, Panajiotis.**
1956 *Zu einer „gestalttheoretischen“ Auffassung des Schuldverhältnisse.* En: AcP, *núm.* 6.
- ZICCARDI, Fabio.**
1969 *L'integrazione del contratto.* En: *Riv. trim. dir. proc. civ.*
- ZIMMERMANN, Reinhard.**
1992 *The law of obligations. Roman foundations of the Civilian Tradition.* Cape Town, Wetton and Johannesburg: Juta & Co. Ltd.
- 2002 *Remedies for non-performance. The revised German law of obligations, viewed against the background of the Principles of European Contract Law.* En: EdinLR, vol. 6.
- 2004 *Il BGB e l'evoluzione del diritto civile.* Trad. de Edoardo Ferrante. En: *Contr. Impr./Eur.*
- 2010 *Derecho romano y cultura europea.* Trad. de Catalina Salgado Ramírez. En: Revista de Derecho Privado (Universidad Externado de Colombia), *núm.* 18, 2010,



INDICE GENERAL

ABREVIATURAS	p. 9
--------------------	------

INTRODUCCIÓN	p. 12
--------------------	-------

VOLUMEN I

CAPÍTULO I	p. 19
------------------	-------

Excursus histórico y metodológico de los «*Schutzpflichten*» en el Sistema de Derecho Civil alemán

Premisa	p. 19
---------------	-------

El Derecho Civil y la técnica de estudio: entre el modelo francés y alemán.

Sumario:

§. Coordinadas de exposición	p. 19
§.1. La influencia del método francés y alemán en el <i>Civil Law</i> a partir del caso italiano	p. 24
§.2. El BGB como momento de conclusión y renovación de la ciencia del derecho alemán	p. 32

Parte I

La (“nueva”) relación de obligación alemana: evolución de un «sistema móvil»

Sumario:

§. Premisa y coordinadas de exposición: de la <i>obligation</i> a la <i>Schuldverhältnis</i> y la evolución de la doctrina alemana en torno al estudio de la “obligación”.	p. 36
--	-------

I. La conformación progresiva del contenido de la <i>Schuldverhältnis</i>	p. 38
---	-------

1.1. La « <i>positive Vertragsverletzungen</i> »: origen. El rígido -y aparentemente endémico- régimen de las “perturbaciones” del programa obligatorio en Alemania como condición sistémica y base para la « <i>positive Vertragsverletzungen</i> ».	p. 39
---	-------

II. La « <i>positive Vertragsverletzungen</i> »: excursus histórico.	p. 45
---	-------

2.1. La fórmula de Staub: el “principio jurídico”, fundamento y recepción crítica.	p. 49
---	-------

2.2. Las consecuencias jurídicas de la « <i>positive Vertragsverletzungen</i> ».	p. 56
---	-------

2.3. La categoría del “deber” como parte integrante del contenido de la relación de obligación.	p. 60
--	-------

2.4. La heterogénea composición del contenido de la <i>Schuldverhältnis</i> : los derechos llamados “potestativos”.	p. 66
--	-------

2.4.1. (<i>sigue</i>)... antecedentes.	p. 67
---	-------

2.4.2. Los <i>Gestaltungsrechte</i> como “categoría”: clasificación y colocación «sistemática».	p. 73
--	-------

2.4.3. “Exceptio” (<i>Einrede</i>).	p. 80
--	-------

2.4.3.1. La controvertida naturaleza “autónoma” de la excepción material: a) ¿excepción perentoria?	p. 82
---	-------

2.4.3.2. (<i>sigue</i>)...: b) excepción dilatoria.	p. 86
--	-------

III. La <i>Schuldverhältnis</i> como dinámica del contenido.	p. 88
---	-------

3.1. El desenvolvimiento de las posiciones jurídicas en el seno de la relación de obligación.	p. 88
--	-------

3.2. *Síntesis*: la *Schuldverhältnis* como «sistema *móvil*» y su significado histórico y material dentro del derecho alemán. p. 96.

Parte II

La génesis de los «deberes de protección»

Sumario:

§. Premisa y coordenadas de exposición: el sistema alemán de tipicidad del ilícito en el contexto de la obra de Heinrich Stoll. p. 100

IV. La renovación del debate sobre la teoría de Staub: la crítica de Stoll y el nacimiento de los denominados «deberes de protección». p. 104

4.1. La obra de Staub en el pensamiento de Stoll. p. 104

4.1.1. La existencia de una laguna como presupuesto para la teoría de Staub: la crítica de Jury Himmelschein y la consolidación de una doctrina del rechazo a la *pVV*. p. 109

4.1.2. La crítica de la crítica: a) concepto amplio de prestación, b) noción de imposibilidad en el discurso histórico, c) la condición *sui generis* de la casuística ofrecida por Staub, d) la función del § 276 BGB. p. 113

4.1.3. *Síntesis*: Stoll y el método deductivo. p. 118

4.2. Stoll y la “re-construcción” sistemática del contenido de la relación de obligación a partir de la “re-comprensión” de la lesión del derecho de crédito desde la óptica de la *Interessenjurisprudenz*. p. 120

4.2.1. La relación de obligación en la óptica de Hugo Kress como antecedente dogmático. p. 121

4.2.2. La *Schuldverhältnis* como *besondere Rechtsbeziehung* en el pensamiento de Stoll: *Leistungsinteresse* – *Schutzinteresse* y valor normativo del § 242 BGB. p. 124

4.2.2.1. (*sigue*)... *Leistungsstörungen*. p. 129

4.2.2.2. (*sigue*)... interés de protección y función de los *Schutzpflichten*. p. 130

4.2.2.3. El receso y el resarcimiento como tutela para los intereses lesionados: la solución de la acumulación y la concepción “extensiva” del *Organismus* obligatorio. p. 132

4.2.2.4. (*sigue*)... carga de la prueba. p. 133

4.2.3. Corolario. p. 134

V. Valoración de la obra de Stoll y la teoría de los «deberes de protección». p. 135

5.1. El contexto histórico como base material para la formación de la teoría de los *Schutzpflichten*. p. 135

5.2. La crítica a la teoría de Staub como elemento fundante y el problema de las *Leistungsstörungen* como factor coadyuvante. p. 138

5.3. Las vinculaciones intersubjetivas en el pensamiento de Stoll y las primeras pistas en torno a la existencia de dos “planos”. p. 140

5.4. La especialidad de la “categoría” en perspectiva. p. 144

Parte III

“Dogma” y “superación” en la teoría del contrato y la *Schuldverhältnis*: la “extensión” de los «deberes de protección» en Alemania y el contraste con la fórmula y regla en la teoría francesa

VI. Premisa: nuevos desvaríos en torno a la idea de relación de obligación como «sistema *móvil*» en la dogmática alemana. p. 146

6.1. La realidad social, política y jurídica alemana posterior a Stoll y el tránsito a la desacralización de los conceptos en materia de obligaciones y contratos. p. 149

6.1.1. Las relaciones contractuales de hecho de Günter Haupt. p. 150

6.1.1.1. El fundamento. p. 155

6.1.1.2. La casuística. p. 157

6.1.1.3. Significado y función de las relaciones contractuales de hecho en el sistema de derecho civil alemán: valoración crítica. p. 165

6.1.2. El nacimiento y desarrollo “consecuente” de una categoría controvertida: <i>Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i>	p. 168
6.1.2.1. (<i>sigue</i>)... el tercero y el contrato: el “aparente” problema del principio de relatividad. El contraste entre la experiencia alemana y francesa.	p. 169
6.1.2.2. (<i>sigue</i>)... el lugar del <i>Vertrag zugunsten Dritter</i> como antecedente histórico en materia de <i>VSD</i>	p. 172
6.1.2.3. El rol de la teoría de Stoll en la evolución del <i>VSD</i>	p. 174
6.1.2.4. El <i>Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte</i> en la idea de su principal artífice y su posterior desarrollo.	p. 176
6.1.2.5. El tercero legitimado en el <i>VSD</i>	p. 177
6.1.2.6. La superación de la <i>Wohl und Webeformel</i> en la jurisprudencia alemana.	p. 179
6.1.2.7. (<i>sigue</i>)... del presupuesto de la “concordancia” a la admisión de los intereses “discordantes”: la recomposición de la figura.	p. 184
6.1.2.8. Valor y significado de la extensión del deber contractual de “protección” en el derecho alemán.	p. 187
VII. La solución francesa de la <i>Obligation de sécurité</i> : breve <i>excursus</i>	p. 189
7.1. Los antecedentes a la <i>Obligation de sécurité</i>	p. 189
7.1.1. (<i>sigue</i>)... primeras irrupciones: sector laboral y transporte. La tesis contractual.	p. 191
7.1.2. La doctrina y la responsabilidad por riesgo.	p. 193
7.2. La ambivalente evolución de la jurisprudencia francesa en materia de <i>Obligation de sécurité</i>	p. 193
7.2.1. El <i>revirement</i> de 1911, el nacimiento de la obligación de seguridad y su confirmación.	p. 198
7.2.2. La obligación de seguridad entre <i>medios</i> y <i>resultados</i>	p. 201
7.3. La propagación de la <i>Obligation de sécurité</i> bajo la impronta del modelo francés.	p. 202
7.4. La extensión de la <i>Obligation de sécurité</i> : de la actividad de transporte a los terceros involucrados. El surgimiento de la <i>Stipulation pour autrui tacite</i>	p. 204
VIII. <i>Schutzpflichten</i> – <i>Obligation de sécurité</i> : modelos en contraste. Análisis crítico.	p. 208
8.1. a) criterios de nacimiento del binomio <i>schutz/ sécurité</i>	p. 208
8.2. b) criterios de desenvolvimiento del binomio <i>schutz/ sécurité</i>	p. 213
8.3. c) criterios de sistema en el binomio <i>schutz/ sécurité</i>	p. 218

CAPÍTULO II p. 222

La experiencia histórica peruana en materia de tutela de la persona y el patrimonio anterior al Código Civil de 1984: entre el contrato y el ilícito.

Parte I

La técnica jurídica y política del derecho en el *medio* peruano: obligaciones y contratos entre 1821 y 1852

Sumario:

§. Introducción y coordenadas de exposición.	p. 222
I. <i>Primera etapa</i> : contexto histórico.	p. 226
1.1. a) El Proyecto de Código Civil de Manuel Lorenzo de Vidaurre: obligaciones y contratos	p. 227
1.1.1. La tutela de los bienes patrimoniales y personales en la obra y Proyecto de Vidaurre.	p. 235
1.2. b) El Código Civil de la Confederación peruana-boliviana.	p. 239
1.2.1. (<i>sigue</i>)... obligaciones y contratos en el lenguaje jurídico del <i>Código Civil Santa-Cruz</i>	p. 242
1.2.2. (<i>sigue</i>)... el peculiar régimen de responsabilidad contractual.	p. 246
1.2.3. (<i>sigue</i>)... la responsabilidad extracontractual.	p. 249

1.2.4. (<i>sigue</i>)... la tutela de los bienes patrimoniales y personales en el <i>Código Civil Santa-Cruz</i> .	p. 249
1.3. c) El Proyecto de Código Civil del Perú de 1847.	p. 252
1.3.1. Obligaciones.	p. 253
1.3.2. Contrato.	p. 255
1.3.3. Responsabilidad civil: a) contractual y b) extracontractual.	p. 257
1.3.4. (<i>sigue</i>)... la tutela de los bienes patrimoniales y personales en el Proyecto de 1847.	p. 260
II. El tortuoso tránsito de la República al Código Civil de 1852. La compleja ausencia “formal” de disociación entre <i>necesidad extrajurídica</i> y <i>realidad normativa</i> , y la consecuente carencia de categorías ordenantes: el caso del «deber de protección».	p. 263

Parte II

La técnica jurídica y política del derecho en la *legislación* peruana: obligaciones y contratos entre 1853 y 1936

Sumario:

III. <i>Segunda etapa</i> : contexto histórico.	p. 266
3.1. El Libro Tercero del Código Civil de 1852: fuentes.	p. 267
3.1.1. Obligaciones: concepto.	p. 270
3.1.2. (<i>sigue</i>)... contenido.	p. 288
3.1.3. (<i>sigue</i>)... inejecución.	p. 294
3.2. Contratos: noción y clasificación.	p. 296
3.2.1. (<i>sigue</i>)... la influencia francesa.	p. 299
3.3. Cuasi-delitos.	p. 301
3.4. La protección de la esfera jurídica ajena en las relaciones de orden contractual: replanteamiento de la cuestión.	p. 304
3.4.1. (<i>sigue</i>)... en el Código Civil de 1852.	p. 305
3.4.2. La situación socioeconómica peruana y el estado de desarrollo de la industria como fuente productora y potencial de daños.	p. 317
3.4.2.1. Los ferrocarriles y su legislación especial.	p. 319
3.4.2.2. El contrato de trabajo: problema y sistema en materia de “infortunios” en ocasión del trabajo. Tutela del trabajador y la regulación del Código Civil de 1852.	p. 326
3.4.2.3. (<i>sigue</i>)... el problema de la responsabilidad <i>quasi ex delicto</i> .	p. 330
3.4.2.4. (<i>sigue</i>)... el problema de la responsabilidad contractual. La “obligación tácita de seguridad del empleador”.	p. 332
3.4.2.5. La doctrina del “riesgo profesional” y la promulgación de la Ley N° 1378 del 20 de enero de 1911.	p. 335
3.4.2.6. El decreto de 4 de julio de 1913.	p. 343
3.4.2.7. La inmutabilidad de una constante: el caso del Proyecto de Código Civil de 1890.	p. 345
IV. <i>Síntesis</i> : la tutela contractual de la persona y el patrimonio en Perú durante la vigencia del Código Civil de 1852 y su confrontación con el Derecho Continental. Los rasgos característicos de la experiencia peruana y su contraposición a aquella alemana.	p. 346

Parte III

La técnica jurídica y política del derecho en el Código Civil de 1936: el tránsito al Código Civil de 1984

Sumario:

V. <i>Tercera etapa</i> : contexto histórico. La metodología en la formación del Código Civil de 1936 y el estatus de la dogmática nacional.	p. 349
5.1. El Libro V: las obligaciones. Fuentes.	p. 351

5.1.1. El <i>medio</i> y la necesidad de una “definición” de obligación.	p. 353
5.1.1.1. (<i>sigue</i>)... la “obligación” como relación de prestación.	p. 368
5.1.2. El sistema de responsabilidad contractual y su oposición al modelo alemán.	p. 371
5.1.3. El contrato en el Código Civil de 1936: noción.	p. 376
5.1.3.1. (<i>sigue</i>)... su configuración legal y las diferencias con el Código Civil de 1852. El rol de la buena fe en la concepción del contrato.	p. 386
5.1.4. El sistema de responsabilidad extracontractual y su contraste con el modelo francés y alemán.	p. 389
5.2. El Código Civil de 1936 y la tutela contractual de la esfera jurídica ajena.	p. 399
5.2.1. La fórmula legal en los tipos contractuales y la presencia de un interés que no se reduce al de prestación.	p. 401
5.2.2. El caso del art. 1572 del Código Civil de 1936.	p. 415
5.2.3. El problema peruano visto desde una óptica conceptual.	p. 423
5.2.3.1. (<i>sigue</i>)... el rol de la doctrina y la tibia constatación de un problema. La posición de Cornejo y Rey de Castro.	p. 423
VI. <i>Síntesis</i> : valor y función de la tutela contractual de los bienes de los contratantes con anterioridad a la promulgación del Código Civil de 1984. La experiencia peruana, alemana y francesa en comparación y los rasgos característicos de la primera en su evolución histórica.	p. 428

VOLUMEN II

CAPÍTULO III	p. 434
--------------------	--------

Los *Schutzpflichten* alemán y la contraposición con los “deberes de cautela” en la experiencia nacional

Parte I

El Código Civil de 1984 y el problema de la tutela contractual de los bienes personales y patrimoniales. La tesis de Stoll como alternativa de recomposición del sistema *ex contractu* y el “presupuesto” de la relación obligatoria “compleja”

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición.	p. 434
--	--------

I. El problema: línea de continuidad.	p. 435
1.1. La configuración de las obligaciones y los contratos en el Código Civil de 1984 con relación a la tutela de los bienes personales y patrimoniales. Felipe Osterling y el Libro VI.	p. 435
1.2. El contrato en la óptica de Max Arias Schreiber.	p. 442
1.2.1. El contraste con la parte especial de los contratos. La imposición de un deber de cautela de la esfera ajena y la ausencia de una doctrina capaz de advertir la contradicción entre la Parte General y la Parte Especial.	p. 446
1.2.1.1. (<i>sigue</i>)... la situación en el contrato de arrendamiento.	p. 446
1.2.1.2. (<i>sigue</i>)... el hospedaje.	p. 451
1.2.1.3. (<i>sigue</i>)... en el comodato.	p. 458
1.2.1.4. (<i>sigue</i>)... en el mandato.	p. 462
1.3. La normativa sectorial y el deber de cautela.	p. 465
1.3.1. El deber de seguridad en sede laboral: a) jurisprudencia.	p. 465
1.3.2. (<i>sigue</i>)... b) doctrina.	p. 470
1.3.3. El caso de la actividad ferroviaria en la normativa reciente.	p. 472
1.4. El rol de los arts. 1726 y 1727 en la evolución de la tutela de la integridad en sede nacional y la constante del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales <i>ex contractu</i>	p. 473
II. Los «deberes de protección» de Stoll como alternativa para recomponer el sistema. Implicancias.	p. 477

2.1. La “obligación” como « <i>sistema móvib</i> » en la experiencia peruana posterior al Código Civil de 1984. Desvaríos de la doctrina. Crítica y fundamentación de la relación de obligación “compleja” en sede nacional.	p. 478
2.1.1. (<i>sigue</i>)... ¿y en el Código Civil de 1984?	p. 517

Parte II

La validez de las tesis contractualistas que identifican en los «deberes de protección» de Stoll la solución al problema de la tutela de los bienes de los contratantes

Sumario:

III. Las tesis “contractualistas” que fundamentan los <i>Schutzpflichten</i> alemán en sede nacional.	p. 523
3.1. El acuerdo contractual como fuente de «deberes de protección».	p. 524
3.2. La interpretación “complementaria”: crítica a la noción de “interés predispuesto”.	p. 532
3.2.1. La <i>ergänzende Vertragsauslegung</i> en sede nacional como categoría no autónoma: del Código Civil de 1852 al Código Civil de 1984.	p. 535
3.2.2. La interpretación integradora y el binomio “interpretación objetiva – interpretación subjetiva”.	p. 550
3.2.3. Los «deberes de protección» en la lógica de la <i>ergänzende Vertragsauslegung</i> : crítica.	p. 563
3.3. La extensión del concepto de “prestación”.	p. 566
3.3.1. (<i>sigue</i>)... la doctrina peruana: el caso de García-Calderón, Cornejo y Fernández Cruz.	p. 568
3.3.2. (<i>sigue</i>)... el valor de la tesis que comprende el comportamiento de protección en la prestación: crítica.	p. 572
3.4. El denominado “deber” de diligencia y su aparente función de protección: contexto.	p. 576
3.4.1. El surgimiento de la posición en Italia: la propuesta de Majello.	p. 577
3.4.2. (<i>sigue</i>)... el contraste entre Majello y Fernández Cruz.	p. 583
3.4.3. Crítica a la tesis de la diligencia como fuente de «deberes de protección».	p. 586
3.5. La buena fe como fundamento de los <i>Schutzpflichten</i>	p. 599
3.5.1. La experiencia peruana en materia de buena fe: antecedentes y expansión.	p. 601
3.5.1.1. (<i>sigue</i>)... y durante la vigencia del código actual: la posición de la doctrina.	p. 610
3.5.1.2. (<i>sigue</i>)... síntesis y valoración de la buena fe en el derecho peruano con particular referencia a su influencia en el Derecho de Obligaciones.	p. 616
3.5.2. El art. 1362 del Código Civil de 1984 y su relación con la “ejecución” del contrato y los «deberes de protección».	p. 619
3.6. El recurso a la Constitución y el fundamento del «deber de protección»: la óptica de Morales Hervías.	p. 625
IV. Las tesis “contractualistas” en el caso del <i>Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter</i>	p. 631
4.1. El rechazo del recurso al contrato a favor de terceros y el problema del principio de relatividad.	p. 631
4.2. (<i>sigue</i>)... y de la interpretación integradora y la buena fe.	p. 634
V. <i>Síntesis</i> : La inconsistencia de los «deberes de protección» alemán a la luz del Sistema de Derecho Peruano.	p. 636
5.1. a) La delimitación de la “obligación” (y del deber) a partir del acuerdo “contractual”.	p. 636
5.2. b) El contrato como expresión de la autonomía del particular y el interés como presupuesto y límite.	p. 637
5.3. c) El interés de protección como “interés” no derivado del contrato y su carácter <i>atemporal</i> e <i>indeterminado</i>	p. 638
5.4. d) Los «deberes de protección» como “deberes” no contractuales (“obligatorios”): el carácter político antes que técnico del “interés” de protección y el consiguiente “deber” de protección.	p. 640
5.5. La teoría de los «deberes de protección» de Stoll no fundamenta adecuadamente la existencia de deberes de cautela de la esfera jurídica ajena en el plano de la relación de obligación desde una perspectiva teórico dogmática.	p. 641

Parte III

El problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato y la superación de la tesis de Stoll (también) en el plano de la relación especial.

Sumario:

VI. El problema de las tesis negacionistas que descartan los <i>Schutzpflichten</i> y lo reconducen al ámbito de la responsabilidad <i>ex delicto</i>	p. 643
6.1. Los caracteres de las denominadas “tesis negacionistas” en sede nacional.	p. 643
6.2. Crítica a las tesis negacionistas: a) la ausencia de fundamentación dogmática a partir de la idea de “necesidad” en el <i>medio</i> nacional.	p. 652
6.3. b) la jurisprudencia como “consecuencia” y no como “causa”.	p. 653
6.4. La disociación entre las “tesis negacionistas” y los dos planos de la teoría de Stoll.	p. 655
VII. Los <i>Schutzpflichten</i> en el plano de la “relación especial” o de “confianza” en la teoría de Stoll.	p. 655
7.1. La explotación jurídico-dogmática del plano de la relación de confianza en el derecho alemán: entre el contrato, el ilícito y el <i>Dritte</i>	p. 657
7.1.1. La responsabilidad por “contacto social”: la tesis de Dölle.	p. 657
7.1.2. La relación de obligación sin deberes primarios de prestación: la concepción de Larenz y su desarrollo en Italia.	p. 661
7.1.3. <i>Vertrauenshaftung als „dritter Spur“</i> : Canaris y la doctrina sucesiva.	p. 670
7.1.4. ¿“Auto-vinculación sin contrato”? La tesis de Köndgen.	p. 679
7.1.5. La óptica de Picker.	p. 681
7.1.6. <i>Verkehrspflichten</i> : la posición de v. Bar. Recepción crítica de una tesis puramente extracontractual.	p. 686
7.2. Lo retórico de la disociación de planos en la tesis de Stoll y la realidad jurídico-normativa: la inadmisibilidad de la fórmula en el Perú.	p. 692
VIII. <i>Síntesis</i> : el agravamiento del problema de la tutela de los bienes personales y patrimoniales en el contrato: ni la tesis de Stoll ni el recurso a la <i>relación especial</i> o de <i>confianza</i> permiten explicar jurídicamente el problema peruano.	p. 697

CAPÍTULO IV

Los “deberes de cautela” en el sistema peruano: *fattispecie* y naturaleza jurídica

Sumario: §. Introducción y coordenadas de exposición.	p. 701
---	--------

I. Génesis del art. 12 del Código Civil de 1984.	p. 703
1.1. La historia formal: del Anteproyecto al Libro I.	p. 703
1.2. La historia material: la concepción de Fernández Sessarego y su “humanismo”.	p. 704
1.2.1. (<i>sigue</i>)... el art. 12 y su interacción con la experiencia jurídica peruana en materia de “deberes de cautela”.	p. 710
II. El art. 12 del código actual en clave histórica, comparada y normativa.	p. 716
2.1. De la tipicidad a la atipicidad: confirmación de una novedosa tendencia.	p. 716
2.2. La ruptura con la experiencia del Derecho Continental: la especialidad de la fórmula y su importación al Nuevo Código Civil y Comercial argentino.	p. 717
2.3. La dinámica persona-contrato y la construcción de una regla “obligativa” o “contractual” en el Libro I. La ausencia de un discurso común en el Libro VI y en la Sección Primera del Libro VII.	p. 725
2.4. La estructura de la <i>fattispecie</i>	p. 726
2.4.1. a) los denominados “actos excepcionalmente peligrosos”.	p. 727
2.4.2. b) el sujeto obligado y la “naturaleza” del “acto peligroso”.	p. 730
2.4.3. c) la cualidad del deudor: “actividad habitual”.	p. 731

2.4.4. d) el surgimiento del “deber de cautela” y su confrontación con el <i>Schutzpflicht</i> alemán: la persona como eje. Vida e integridad física, la ausencia del patrimonio como “objeto” de protección.	p. 732
2.4.5. e) la consecuencia jurídica en la fórmula legal: la “inexigibilidad”.	p. 734
2.4.5.1. La “inexigibilidad” en el lenguaje del Código Civil de 1984.	p. 734
2.4.5.2. La “inexigibilidad” en la experiencia alemana: el § 275.III BGB en la reciente <i>Schuldrechtsmodernisierung</i> . La <i>Unzumutbarkeit</i> ex § 242 BGB.	p. 735
2.4.5.3. El “principio de inexigibilidad como límite (superior) a la pretensión del acreedor” en la experiencia italiana.	p. 741
2.4.5.4. La relación “inexigibilidad”-“imposibilidad”: del concepto al efecto.	p. 742
2.4.5.5. El significado de la “inexigibilidad” del art. 12 en relación con la experiencia alemana y aquella italiana.	p. 743
III. La suerte de la responsabilidad: ausencia de una regla legal ante la violación del art. 12 del código actual. Carácter común con las diversas hipótesis estudiadas.	p. 746
IV. El “deber de cautela” en sede nacional.	p. 749
4.1. La <i>fattispecie</i> : del Código Civil de 1984 a las normas especiales y la mezcolanza en su composición.	p. 749
4.2. El fundamento: la política como revés ético-jurídico en la imposición del “deber de cautela”.	p. 755
4.3. La naturaleza: el “deber de cautela” entre el contrato y el ilícito.	p. 758
4.3.1. Las dos especies de la responsabilidad en la experiencia nacional.	p. 760
4.3.1.1. (<i>sigue</i>) ... el “deber de cautela” frente a la responsabilidad contractual y extracontractual: contrastes dogmáticos.	p. 775
4.3.2. La naturaleza <i>ex lege</i> del “deber de cautela” en el sistema peruano.	p. 777
4.3.2.1. La obligación <i>ex lege</i> en el cuadro de las fuentes de la obligación: la raíz de la tesis que reconduce la violación de la obligación legal al sistema delictual. a) Código Civil de 1852: norma y teoría.	p. 778
4.3.2.1.1. b) Código Civil de 1936: la posición de Cornejo.	p. 783
4.3.2.1.2. c) Código Civil de 1984 y el significado de la regla “ <i>toda obligación que no se derive de un contrato no tiene otra causa que la ley</i> ”.	p. 788
4.3.2.2. El (consecuente) rechazo de la tesis que absolutiza la solución contractual.	p. 794
4.3.2.3. La ambivalencia de la obligación <i>ex lege</i> en relación con la responsabilidad contractual y extracontractual.	p. 797
4.3.3. La reconducción del “deber de cautela” legal al ámbito del contrato.	p. 800
4.3.3.1. (<i>sigue</i>)... la ley como fuente de integración del contrato: contraste con la <i>ergänzende Vertragsauslegung</i>	p. 803
V. El “deber de cautela” frente a la “reciente” experiencia alemana.	p. 804
5.1. El nuevo § 241.2 BGB en contraste con la teoría de Stoll: la relevancia de la ley. El «deber de protección» ex § 241.2 BGB frente al “deber de cautela” y la suerte de la <i>Obligation de sécurité</i> a partir de la <i>Ordonnance</i> de 2016.	p. 806
VI. El “deber de cautela” como “figura” de compleja explicación: la imposibilidad de construir una teoría respecto de ella y la solución contractual expuesta como resultado de un momento (histórico) y legislador concreto.	p. 810

CONCLUSIONES	p. 815
--------------------	--------

BIBLIOGRAFÍA	p. 825
--------------------	--------
