

Deberes de protección, 'aun frente a terceros', en la dogmática alemana

JAVIER M. RODRÍGUEZ OLMOS*

Sumario: I. Introducción: acerca de una sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana (1° de julio de 2009). II. El origen de la teoría de los deberes de protección. 2.1. El marco dogmático: la doctrina de la "violación positiva del contrato". 2.2. Insuficiencias del régimen de responsabilidad extracontractual en Alemania. 2.3. *Excursus*. El paralelismo entre las "obligaciones de seguridad" en Francia y los "deberes de protección" de la doctrina alemana. III. Origen y razón de ser de la figura del "contrato con efectos de protección a favor de terceros" en Alemania. IV. Reflexión conclusiva: necesidad de dimensionar histórica y sistemáticamente las doctrinas provenientes de otras experiencias jurídicas.

Resumen

En una reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana se hace referencia a la construcción de la dogmática alemana de los deberes de protección (*Schutzpflichten*) y la posibilidad de su extensión a terceros ajenos a un contrato o a una relación obligatoria, figura denominada *Vertrag (und Rechtsverhältnis) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. El presente trabajo traza un recorrido de estas figuras indicando el contexto de su origen, las peculiaridades de su desarrollo y los factores que han hecho de ellas unos productos jurídicos bastante singulares. Así mismo, se hace una breve comparación entre la

* Investigador y Profesor del Departamento de Derecho Civil de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente es Doctorando en esa misma Universidad. Correo electrónico: [javierm_america@hotmail.com]
Fecha de Recepción: 15 de diciembre de 2010. Fecha de aceptación: 14 de febrero de 2011.

construcción dogmática de los deberes de protección y la *obligation de sécurité* creada por la jurisprudencia francesa, con el fin de señalar el paralelo que existe entre ellas, un análisis que se considera relevante toda vez que la jurisprudencia colombiana también ha hecho propia esta última figura. Este artículo pretende aportar elementos para una mejor comprensión de las doctrinas mencionadas, teniendo en cuenta que el estudio de las doctrinas foráneas debe tener el efecto positivo de profundizar el conocimiento de las propias.

Palabras clave: Deberes de protección, Schutzpflichten, Contrato (y relación obligatoria) con efectos de protección de terceros, Vertrag (und Rechtsverhältnis) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter, Obligación de seguridad.

DUTIES OF CARE 'EVEN TOWARDS THIRD PARTIES' IN THE GERMAN DOGMATIC

Abstract

In a recent decision of the Colombian Supreme Court of Justice reference is made to the German dogmatic construction of the duty of care (*Schutzpflicht*), in particular to the possibility of extending its application to external third parties to the contract or to an obligation, known as *Vertrag (und Rechtsverhältnis) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. The following paper intends to discuss the evolution of these figures, indicating the context of their origin, the peculiarities of their development and the factors that have made of them very peculiar legal products. This paper also offers a short comparison between the dogmatic construction of the *Schutzpflicht* and the *obligation de sécurité* created by French jurisprudence, so as to show the parallels that exist between them, an analysis that is considered relevant taking into consideration that Colombian Jurisprudence has already applied the concept of *obligación de seguridad* in its legal order. The analysis proposed intends to add elements that might contribute to a better comprehension of the above-mentioned foreign doctrines: after all, the study of these foreign doctrines will help us gain in-depth insight into our own legal institutions.

Keywords: Duty to protection, Schutzpflichten, Contract to protect a third party, Vertrag (und Rechtsverhältnis) mit Schutzwirkung zugunsten Dritter.

I. INTRODUCCIÓN: ACERCA DE UNA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE JUSTICIA COLOMBIANA (1° DE JULIO DE 2009)

Un fruto consolidado de la ciencia jurídica alemana es la concepción de la relación obligatoria como un 'organismo' complejo, que no se limita a la prestación que debe ser ejecutada por el deudor para satisfacer a su acreedor, sino que conlleva una serie de deberes complementarios que pueden apuntar al logro del interés del acreedor

en la prestación, pero que también pueden ir más allá para proteger la persona y los bienes mismos de las partes que entran en contacto por medio de ese especial vínculo que constituye la relación obligatoria¹. Se hace referencia entonces a deberes que pesan en cabeza de las partes y que tienen como finalidad la consecución de la prestación, a los que se suman deberes de protección de la persona y los bienes preexistentes de aquellos que interactúan en virtud de la relación obligatoria².

De reciente la Corte Suprema de Justicia colombiana en una sentencia del 1º de julio de 2009³, ha hecho expresa referencia a esos deberes de protección que, de acuerdo con el alto Tribunal, pueden extenderse aún frente a terceros⁴. Como parte de la motivación de su fallo se hace mención expresa a la doctrina alemana de los "deberes de protección" (*Schutzpflichten*), a su vez desarrollada a partir de la también expresamente mencionada doctrina de la "violación positiva del contrato" y del "crédito" (*positive Vertrags- und Forderungsverletzung*). Adicionalmente, la construcción a la que hace referencia la Corte Suprema de Justicia, al afirmar que dichos deberes de protección pueden surgir aún frente a terceros evoca –aunque en este caso no se haya hecho expresa referencia– una figura paralela desarrollada en el ordenamiento alemán, esto es, la figura del contrato (y de la relación obligatoria) con efectos de protección de terceros (*Vertrag – und Schuldverhältnis – mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*).

¹ La idea de la relación obligatoria como "organismo" es atribuida a SIBER en PLANCK-SIBER, *Kommentar zum Schuldrecht*, 4ª ed., 1914, § 241 I 1, b): "La relación obligatoria [...] es la fuente de una o varias pretensiones concretas y de otros derechos, un organismo idóneo para la generación de derechos particulares"; al respecto en general FRANZ WIEACKER, *Storia del diritto privato moderno*, II, [trad. it., A. Fusco], Giuffrè, Milán, 1980, pp. 249 s.; (Pero ya SAVIGNY veía en la obligación una figura de "naturaleza orgánica", al respecto ver SUSANE WÜRTHWEIN, *Zur Schadenersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19 Jahrhunderts*, Dunkler & Humboldt, Berlín, 1990, pp. 184 ss.); expresa la misma idea haciendo referencia a la relación obligatoria como una "estructura" y como "proceso", KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, 12ª ed., Beck'sche ed., Munich, 1979, pp. 24 s.; JOACHIM GERNHUBER, *Das Schuldverhältnis*, Mohr Siebeck, 1989, 9, después de hacer un recuento de las definiciones apenas referidas, caracteriza la relación obligatoria como una "unidad compleja"; JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, 6ª ed., C.F. Müller Juristischer ed., Heidelberg, 1984, § 5/II, 69; § 6/I y ss., 81 y ss.; § 29, 429 y ss.

² Sobre la terminología ver infra nt. 30. En Colombia hace énfasis en esa estructura, FERNANDO HINESTROSA, *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, I, 3ª ed., Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 113 ss., y nt. 143.

³ CSJ., Cas. Civ., 1º de julio de 2009.

⁴ "En particular, dentro del ámbito de la relación jurídica obligatoria, la más reciente orientación, sitúa las lesiones positivas del contrato (*Vertragsverletzung*) y del crédito (*positive Forderungsverletzung*) por infracción de los denominados "deberes de protección" (*Schutzpflichten*) ligados, vinculados, conexos o asociados al deber primario y central de prestación (*Leistungspflicht*), extendiéndose la responsabilidad obligatoria por incumplimiento, a la protección de los derechos, bienes e intereses de las partes e incluso de terceros por su exposición al riesgo de causarles un daño en razón del vínculo jurídico o como consecuencia de la actividad de otros, y los cuales, ciertamente, son ajenos a la prestación, pero se originan en la ejecución de la relación contractual, por causa u ocasión de ésta, sustentándose en el deber de corrección, probidad, lealtad y buena fe, dentro de las cláusulas normativas generales" [cursivas fuera de texto].

El caso se puede resumir de la siguiente manera. Una empresa (E) emprende un proyecto de construcción de un centro comercial, para lo cual celebra un contrato de fiducia mercantil inmobiliaria y de garantía con la fiduciaria (F), creándose un patrimonio autónomo (P), por medio del cual se administraría el proyecto. Un potencial comprador (C) celebra un contrato de promesa de compraventa con la empresa (E), sobre unos locales que harían parte del centro comercial, adelantando una parte del precio. Además, en dicho contrato tanto el promitente vendedor (E), como la fiduciaria asumen expresamente la obligación de informar al promitente comprador (C) de cualquier cambio en el proyecto, y se comprometen a devolver los dineros en caso de que por algún motivo el proyecto se frustre, una obligación que ya había adquirido la fiduciaria en el contrato de fiducia mercantil y para lo cual estaba "expresa e irrevocablemente autorizada". Tiempo después, la empresa (E) se ve obligada a modificar la estructura del proyecto, con la consecuencia de que algunos de los locales sobre los cuales versaba la promesa de compraventa con (C) ya no se construirán. Sin embargo, ni la empresa (E) ni la fiduciaria informan de tal evento al promitente comprador (C). Este último sólo se entera de la situación cuando el día y hora señalados para la firma de la escritura no comparecen ni la empresa (E), ni la fiduciaria (F). Al darse cuenta de que los locales no se iban a construir, el promitente comprador (C) reclama a la fiduciaria (F) la devolución de los dineros entregados y que habían entrado a hacer parte del patrimonio autónomo, devolución que la fiduciaria (F) retrasa de forma injustificada.

Entre muchos aspectos que retoma la sentencia, interesa mencionar acá el encuadramiento dogmático que hace en la parte motiva de su sentencia el Alto Tribunal. En primer lugar, al promitente comprador (C) se reconoce la calidad de tercero beneficiario respecto del contrato de fiducia mercantil celebrado entre la empresa (E) y la fiduciaria (F)⁵. En segundo lugar, se reconoce que en el contrato de promesa de compraventa constaba expresamente la obligación en cabeza de la fiduciaria de "devolver al promitente comprador los dineros recibidos, así como

⁵ Sin embargo, aclara la Corte, que "por la relación de confianza, especificidad estructural y funcional del negocio fiduciario, en preservación de los derechos del tercero beneficiario y seguridad de la finalidad fiduciaria determinada por el constituyente en su provecho, el ordenamiento jurídico extiende su legitimación, otorgándole ciertos derechos, facultades y acciones, usualmente reservados a las partes del acto dispositivo; así, le confiere "además de los derechos que le conceden el acto constitutivo y la ley", los de "[e]xigir al fiduciario el fiel cumplimiento de sus obligaciones y hacer efectiva la responsabilidad por el incumplimiento de ellas", impugnar sus actos anulables en los casos legales y exigir la restitución de los bienes fideicomitidos, oponerse a medidas cautelares o de ejecución contra éstos o por obligaciones que no lo afectan si no lo hace el fiduciario, solicitar su remoción por causas justificadas y el nombramiento provisional de administrador (artículo 1235 Código de Comercio), demandar el inventario de los bienes recibidos (artículo 1231, *ibídem*) y también impone al fiduciario el deber de rendirle cuentas comprobadas de su gestión (artículo 1234, num. 8º, *eiusdem*), previendo su remoción cuando sus intereses resultan incompatibles (1239, num. 1º, C. de Co.) y la extinción del contrato, entre otras causas, por muerte del beneficiario si así se acordó (artículo 1240, *ídem*)".

los rendimientos que se hubieren logrado en el fondo común ordinario, para lo cual quedó expresa e irrevocablemente autorizada por la sociedad promitente", una obligación que también resultaba integrada por la referencia que se hacía en el contrato de promesa de compraventa a una cláusula del contrato de fiducia mercantil, en la que se asumían por parte de la fiduciaria esas mismas obligaciones frente al promitente comprador. En otras palabras, la obligación de devolución de dineros al promitente comprador por parte de la fiduciaria estaba prevista tanto en el contrato de promesa de compraventa, como en el contrato de fiducia mercantil.

Ahora bien, se reconoce que la fiduciaria adquirió dichas obligaciones comprometiendo en principio la responsabilidad del patrimonio autónomo y no la propia, siendo precisamente esa la finalidad del contrato de fiducia mercantil y de la constitución de dicho tipo de patrimonio. Y sin embargo, como ya en varias ocasiones la misma jurisprudencia ha reiterado, "cosa distinta es, [...] que por razones de otra índole, *verbi gratia*, las derivadas de un obrar excesivo o contrario a las estipulaciones negociales o a los fines de la fiducia, entre otras posibles hipótesis [...], el fiduciario comprometa su responsabilidad y, por ende, sus propios bienes, frente a los afectados por su obrar ilícito, responsabilidad que en el ordenamiento jurídico patrio no es extraña, en la medida, en que el que con su dolo o culpa causa un daño está llamado a indemnizarlo, siendo contractual el fundamento de esa responsabilidad, si es que esa conducta activa u omisiva se dio en desarrollo de un negocio jurídico de esa naturaleza, o extracontractual, en el caso contrario"⁶.

Es precisamente lo que ocurre en el caso analizado. La fiduciaria en cuanto titular del patrimonio autónomo había adquirido la obligación de devolver los dineros entregados por los promitentes compradores con sus rendimientos, en caso de que el proyecto se frustrara. Desde un punto de vista dogmático, la Corte Suprema de Justicia, con base en el principio de la buena fe que permea todo el derecho de las obligaciones, parece reconocer en cabeza de la fiduciaria un 'deber de protección' frente al promitente comprador, un deber que en el caso concreto se puede derivar tanto de la promesa de compraventa, como del contrato de fiducia mercantil, si bien sólo en este segundo caso se podría hablar de una extensión de un deber de protección de la fiduciaria a favor del tercero (beneficiario del contrato de fiducia), pues en relación con la promesa de compraventa, la fiduciaria había asumido directamente una obligación contractual frente al promitente comprador, quien a su vez era parte del contrato.

En vista de que la figura alemana de los deberes de protección y de su extensión a favor de terceros llamada en causa por la jurisprudencia colombiana en la sentencia mencionada constituye un elemento para el encuadramiento dogmático del

⁶ Así ya la Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, en su sentencia del 31 de mayo de 2006; en sentido similar en la sentencia del 3 de agosto de 2005, haciendo suya una afirmación de la doctrina.

caso concreto, si bien no es el único eje de su argumentación, resulta interesante y necesario delinear su contexto y desarrollo histórico particular⁷, no sólo para ser conscientes de su origen y su razón de ser, en parte condicionado por las particularidades del ordenamiento en el que se enmarcan, sino también para contar con elementos suficientes para evaluar su utilidad en otro escenario jurídico. Después de todo, la confrontación con instituciones jurídicas foráneas debe tener el efecto positivo de profundizar el conocimiento de las propias⁸.

A tal fin se ofrecerá una descripción sumaria del origen en el ámbito contractual de la teoría de los deberes de protección en Alemania (II.1), indicando las deficiencias del régimen alemán de responsabilidad por actos ilícitos que en un primer momento llevaron a ampliar el ámbito de aplicación de la responsabilidad contractual (II.2). Posteriormente se ofrecerá una breve comparación entre la construcción dogmática de los deberes de protección y la figura de las obligaciones de seguridad creada por la jurisprudencia francesa, con el fin de señalar el paralelismo que existe entre ellas (II.3), un análisis que se considera relevante en vista de que la jurisprudencia colombiana también ha hecho propia esta última figura⁹. En fin,

⁷ Califica como "particular del derecho alemán en el derecho civil europeo" el recorrido histórico doctrinal y jurisprudencial que desembocó en el reconocimiento de deberes de protección contractuales y precontractuales FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht. Ein Handbuch mit Texten und Materialien*, 3ª ed., Springer, Viena-Nueva York, 2009, 1346.

⁸ ALAN WATSON, *Legal Transplants. An Approach to Comparative Law*, Scottish Academic Press, Edimburgo, 1974, 16: "La primera virtud del derecho comparado es la comprensión que puede ofrecer de la naturaleza del derecho y en particular del desarrollo jurídico. Por medio de aquél deberíamos estar en la capacidad de aislar los factores que en última instancia han llevado a una verdadera innovación en una sociedad en particular. Por lo tanto, deberíamos aprender si una norma jurídica que es transportada a otro sistema puede permanecer inalterada en su nuevo escenario". En el mismo sentido KONRAD ZWIGERT/HEINZ KÖTZ, *An Introduction to Comparative Law*, 2ª ed., [trad. ing. TONY WEIR], Clarendon Press, Oxford, 1987, 20, quien sobre la función educativa del derecho comparado afirma que éste "ofrece al estudiante del derecho una completa nueva dimensión; a partir de éste puede aprender a respetar las culturas jurídicas particulares de otros pueblos, entenderá mejor su propio derecho, puede desarrollar los estándares críticos que lo podrían llevar a su mejoramiento y aprenderá cómo las normas jurídicas están condicionadas por los hechos sociales y las diferentes formas que ellas pueden adoptar".

⁹ Así, por ejemplo, ha sido reconocida una obligación de seguridad en materia de servicios hospitalarios (C.S.J. sala de casación civil, sentencia del 12 de septiembre de 1985, en *G.J.*, CLXXX, 416 y ss.; sentencia del 1º de febrero de 1993; sentencia del 18 de octubre de 2005, en donde se describe la obligación de seguridad de la siguiente manera: "No son pocos los contratos que presuponen la existencia de una "obligación de seguridad" a cargo de una de las partes, en virtud de la cual el deudor está obligado a cuidar de la integridad corporal del acreedor o la de las cosas que éste le ha confiado"), al respecto, JAVIER TAMAYO JARAMILLO, *Tratado de responsabilidad civil*, t. 1, 2ª ed., Legis, Bogotá, 2007, 100 y ss. En materia de responsabilidad por productos defectuosos, ver de reciente, Corte Suprema de Justicia, sala de casación civil, sentencia del 30 de abril de 2009, en donde se reconoce una obligación de seguridad en cabeza del productor, llegando a una situación muy parecida a la verificada en la experiencia francesa, sobre la cual ver infra nt. 107. (si bien se advierte que se "desdibuja o atenúa en estos asuntos la importancia de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual". Un antecedente se puede encontrar en la sentencia del 7 de febrero de 2007: responsabilidad 'especial' del productor o fabricante frente al consumidor o usuario).

con estos elementos, se procederá a la exposición del origen, el fundamento, los rasgos esenciales y los principales casos en los cuales se ha llevado a cabo una extensión en Alemania de los deberes de protección a terceros ajenos al contrato (y a la relación obligatoria) que han sido englobados en la figura del 'contrato (y la relación obligatoria) con efectos de protección de terceros' (III).

II. EL ORIGEN DE LA TEORÍA DE LOS DEBERES DE PROTECCIÓN

2.1. El marco dogmático: la doctrina de la "violación positiva del contrato"

Para comprender con exactitud la posición de los deberes de protección en la ciencia jurídica alemana invocados por la jurisprudencia colombiana, es necesario tener en cuenta el marco dogmático dentro del cual dicha figura fue desarrollada, marco constituido por la estructura que mantuvo el régimen del incumplimiento en el Código Civil Alemán (BGB) hasta antes de la reforma del derecho de obligaciones de 2002, pues fue precisamente alrededor de sus particularidades que se desarrolló la idea de la "violación positiva del contrato" (y del crédito)¹⁰.

Ante todo, se debe recordar que, a diferencia de los códigos civiles como el colombiano, procedentes del código civil chileno de ANDRÉS BELLO¹¹, en materia de incumplimiento de las obligaciones contractuales en la redacción final del BGB quedaron expresamente reguladas las consecuencias jurídicas de sólo dos formas de incumplimiento contractual (la imposibilidad sobrevenida y la *mora debitoris*¹²), lo que dejaba la impresión de un vacío en el planteamiento de ese código al no preverse de forma explícita las consecuencias que derivaban de una ejecución defectuosa o del incumplimiento de deberes complementarios¹³. Haciendo eco a este supuesto

¹⁰ Al término "violación positiva del contrato" se prefirió posteriormente el de "violación positiva del crédito" por considerarse más oportuno, en cuanto es mucho más amplio, por no limitarse a las obligaciones surgidas de contrato. Al respecto ver LUDWIG ENNECCERUS/HEINRICH LEHMANN, *Derecho de obligaciones*, 1, [trad. esp. B. PÉREZ GONZÁLEZ y J. ALGUER], Bosch, Barcelona, 1933, 280.

¹¹ Art. 1613 c.c.col.: "La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento"; art. 1546 c.c.col.: "En los contratos bilaterales va envuelta la condición resolutoria en caso de no cumplirse por uno de los contratantes lo pactado. Pero en tal caso podrá el otro contratante pedir a su arbitrio, o la resolución o el cumplimiento del contrato con indemnización de perjuicios"; cfr. también el art. 1603 c.c.col, sobre el deber de ejecución de buena fe del contrato y las consecuencias que se derivan del mismo.

¹² Al respecto, en general, ver REINHARD ZIMMERMANN, *Law of Obligations. Roman Foundations of the Civilian Tradition*, Juta & Co. Ltd., Ciudad del Cabo-Wetton-Johanesburgo, 1992, 809 y ss.

¹³ La redacción del BGB fue influenciada por la teoría desarrollada por FRIEDRICH MOMMSEN –y transmitida por B. WINDSCHEID–, cuyo centro de gravitación era el concepto de imposibilidad, concepto que en la obra de este autor asumía "una relevancia desproporcionada" [RICARDO CARDILLI, "El papel de la 'doctrina' en la elaboración del 'sistema': el ejemplo de la 'responsabilidad contractual'", en *El contrato en el sistema jurídico latinoamericano*, 1, U. Exter-

"gran vacío"¹⁴ H. STAUB, en 1902, pretendió ofrecer un remedio acumulando las hipótesis que resultaban aparentemente excluidas del régimen del código en la figura que él denominó *violaciones positivas del contrato* (*positiven Vertragsverletzungen*)¹⁵.

- nado de Colombia, 1998, 50]. En todo caso advierte ULRICH HUBER, *Leistungsstörungen*, t. 1, Mohr Siebeck, Tübinga, 1999, 88 y s., que los casos que modernamente se consideran de 'violación positiva del crédito' MOMMSEN los encuadraba en la responsabilidad por 'culpa', que, desde la perspectiva de este último autor, en sentido objetivo no presuponia más que la inexecución de una obligación válida y en sentido subjetivo requería la culpabilidad.
- ¹⁴ "De conformidad con el § 286 del BGB el deudor debe resarcir al acreedor por el daño derivado de la mora. Incurrir en mora quien omite una prestación a la cual estaba obligado. De esta forma se ha llegado a una protección clara y suficiente para todos los casos en los que alguien no ejecuta la prestación a la que se encontraba obligado, esto es, en el caso que alguien deje de hacer, lo que debe hacer. Por el contrario el BGB no contiene una disposición de este tipo para los numerosos casos en los que alguien lesiona un vínculo por medio de un hacer positivo, en los que alguien hace lo que debe omitir o ejecuta la prestación que tiene que ejecutar, pero de forma defectuosa": HERMANN STAUB, "Der 50. Band der "Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen". Ein juristisches Jubiläum", en *DJZ*, 7, 1902, 31, citado por HANS PETER GLÖCKNER, *Positive Vertragsverletzung*, Peter Lang, Frankfurt a.M., 2006, 34 y s.
- ¹⁵ En realidad en la actualidad se reconoce que ese "gran vacío" no existía como tal [sin embargo, ver p. ej., F. WIEACKER, ult. op. cit., 250, quien hace referencia a un "alejamiento de la Pandectística fatigoso pero imparabile: de modo que los supuestos de hecho limitados e incompletos de las lesiones previstas por el BGB residían en la injustificada generalización, debida a Friedrich Mommsen, de soluciones heredadas de algunas fuentes romanas en las cuales la figura de la imposibilidad estaba limitada a la culpa estipulatoria individual"]. Como lo expone claramente WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, 60 y ss., de una parte, el § 275 del BGB regulaba la hipótesis de la imposibilidad como fundamento para la liberación del deudor cuando a este último no le era imputable dicha imposibilidad; de otra, el sistema de la responsabilidad del BGB de 1900 se fundamentaba en la idea de una responsabilidad general por culpa que encontraba su norma central en el § 276 ("El deudor es responsable, a menos que esté establecido de otro modo, del dolo y de la culpa. Quien no tenga el debido cuidado actúa negligentemente"). Esta norma, junto con los §§ 277 a 279 (sobre el cuidado llevado a cabo en los asuntos propios, la responsabilidad por la culpa de los dependientes como propia culpa y la responsabilidad en caso de cosas genéricas, respectivamente) "constituían una base suficiente para sustentar una pretensión general de resarcimiento del acreedor en caso de un comportamiento culpable del deudor". Al lado de estas reglas, existían una serie de disposiciones en las cuales se regulaban casos específicos de incumplimiento (§§ 280, 286, 325 y 326, sobre las consecuencias de la imposibilidad que sea atribuible al deudor y la mora), además de las reglas especiales para relaciones obligatorias provenientes de tipos contractuales concretos (como es el caso del régimen de los vicios materiales en la compraventa regulados en ese entonces en el § 463), cuya función era "ampliar la responsabilidad del deudor, en cuanto a sus consecuencias jurídicas, en los casos especiales allí regulados de inexecución o ejecución defectuosa, es decir conceder un resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento, lo que en términos actuales se denomina daños en lugar de la prestación". Fue precisamente una interpretación demasiado restrictiva del § 276 del BGB, la que hizo surgir la laguna. El legislador, así como la jurisprudencia anterior a la expedición del BGB, no tenían ninguna duda de que supuestos como la ejecución defectuosa o la violación de deberes accesorios daban lugar a un resarcimiento del daño ocasionado. Se consideraba entonces evidente que si el deudor debía responder por un comportamiento doloso o culposo (§ 276 del BGB), tenía que resarcir el perjuicio causado al acreedor [ULRICH HUBER, *Leistungsstörungen*, t. 1, Mohr Siebeck, Tübinga, 1999, 80; que dicha solución estaba reconocida en la práctica antes de la expedición del BGB lo expone SUSANE WÜRTHWEIN, *Zur Schadensersatzpflicht wegen Vertragsverletzungen im Gemeinen Recht des 19 Jahrhunderts*, Dunkler & Humboldt, Berlín, 1990, en especial, 210 y ss.] De allí que como indica MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Leistungsstörungen", vor §§ 275, en *HKK*, no.

De acuerdo con STAUB, en los casos de la imposibilidad y de la mora regulados en el código, el deudor lesiona su deber contractual, pues se abstiene de hacer algo a lo cual se había obligado; por el contrario en lo que él englobó como *violaciones positivas del contrato* el deudor emprendía una acción de la cual precisamente debía abstenerse¹⁶. Lo cierto es que, más allá de ofrecer simplemente un marco dogmático en el cual se pudieran encuadrar esas hipótesis, la finalidad de STAUB era extender a las "violaciones positivas del contrato"¹⁷ las consecuencias jurídicas expresamente contempladas para las hipótesis de la de la mora (§ 286 del BGB) y de la imposibilidad atribuible al deudor (§ 326 del BGB), esto es, el resarcimiento del daño derivado del incumplimiento (*Schadensersatz wegen Nichterfüllung*) y el derecho a la terminación del contrato (*Rücktritt*)¹⁸.

Con el acogimiento masivo de la teoría de STAUB, primero en la doctrina y luego parcialmente en la jurisprudencia¹⁹, no sólo se consolidó una interpretación

87, 930 y ss. una parte de la doctrina de aquel entonces hubiera considerado que esa interpretación restrictiva del régimen del incumplimiento del BGB era ingenua, pues resultaba ridículo pensar que sólo después de 1900 se había comenzado "a cumplir de forma defectuosa o a violar positivamente el contrato". Ya con anterioridad al "descubrimiento" de STAUB la jurisprudencia de la Corte Imperial reconocía que la prestación defectuosa era una violación contractual y por lo tanto concedía la pretensión de indemnización de conformidad con el § 276 del BGB.

¹⁶ MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Leistungsstörungen", vor §§ 275, en *HKK*, no. 84, 926 y ss., hace ver cómo la interpretación del BGB propuesta por STAUB estuvo condicionada por su cultura jurídica proveniente del ordenamiento Prusiano, pues él ejercía allí como abogado. En efecto, en el código Prusiano (ALR) se preveía claramente el resarcimiento en caso de lesión de un deber (*Pflichtverletzung*) (I 5, §§ 285 y ss.), expresamente se fundaba la responsabilidad del deudor en toda negligencia (I 5 §§ 277 y ss.). De allí que STAUB echara de menos en el BGB ese tipo de reglas que sancionaran expresamente un comportamiento positivo (o violación de un deber) contrario al contrato por parte del deudor.

¹⁷ Algunos de los ejemplos esgrimidos en su momento por STAUB son: Alguien se obliga a no revender en Francia las lámparas compradas, pero aún así lo hace. Un comerciante suministra a otro una sustancia por él fabricada que contiene elementos explosivos, sin advertirle a su contraparte; la sustancia causa un daño en el negocio del otro comerciante. El vendedor envía al comprador manzanas con gusanos, que termina afectando las manzanas buenas que el comprador había adquirido de otro vendedor, causándole un gran daño. Una cervecería abastece a un local con cerveza de mala calidad de forma reiterada, como consecuencia el negocio de este último corre el riesgo de irse a pique. Estos y otros ejemplos mencionados por HANS PETER GLÖCKNER, *Positive Vertragsverletzung*, PETER LANG, Frankfurt a.M., 2006, 35 y ss.

¹⁸ Así lo describe HANS PETER GLÖCKNER, "Die Positive Vertragsverletzung", en *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, Vittorio Klostermann ed., Frankfurt a.M., 2000, 166; ver también en general REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho Europeo. La tradición del derecho civil en la actualidad*, [trad. esp. J. RODRÍGUEZ OLMOS], Universidad Externado de Colombia, 2010, 97 y ss.

¹⁹ La jurisprudencia inicialmente no se vio perturbada por el planteamiento de STAUB, pues consideraba que si bien el § 276 del BGB no preveía expresamente el resarcimiento del daño por una ejecución defectuosa, en todo caso dicha responsabilidad se deducía de la norma misma. Si bien la Corte Imperial adoptó el concepto de "violación positiva del contrato", fundamentó la concesión del resarcimiento de perjuicios en el § 276 del BGB e intentó acudir lo menos posible a la analogía con el § 326 del BGB propuesta por STAUB para conceder también el derecho a terminar el contrato. Por el contrario, luego de 1945 el Tribunal Supremo

restrictiva del planteamiento del BGB, que se alejaba de las intenciones de sus redactores y del tratamiento que se había dado al régimen de responsabilidad contractual hasta antes de la expedición del código²⁰, sino que también se introdujo una nueva terminología –y con ésta, una nueva perspectiva– en materia de responsabilidad contractual. Con STAUB se (re)introduce el concepto de “violación de un deber” (*Pflichtverletzung*) en el régimen de perturbación de la prestación²¹, desplazando la atención de una idea de inexecución (*Nichterfüllung*) a una “retórica de los deberes”²², que al mismo tiempo implicaba un cambio en la comprensión del contenido de la obligación, pues éste entonces “ya no dependía del resultado de la prestación (*Leistungserfolg*), esto es, de la expectativa patrimonial del acreedor, sino exclusivamente del acto de prestación (*Leistungsbandlung*), del deber impuesto al deudor”²³.

Alemán acogió el fundamento dogmático de la violación positiva del contrato, advirtiendo que el § 276 del BGB sólo contenía un parámetro de responsabilidad, pero no preveía ninguna consecuencia jurídica, adoptándose de este manera en la jurisprudencia la idea de que los casos de violación positiva del contrato habían sido olvidados por el legislador. Sobre estos desarrollos, ver MARTIN JOSEF SCHERMAIER, “Leistungsstörungen”, vor §§ 275, en *HKK*, n.º 87, 930 y ss.

²⁰ Al respecto ver supra nt. 15.

²¹ MARTIN JOSEF SCHERMAIER, “Leistungsstörungen”, §§ 280-285, en *HKK*, n.º 18, 1199. En realidad como lo afirma este autor, se habría tratado más exactamente de una reintroducción del concepto de “deber” en el derecho civil que había sido ya elaborado por los autores del derecho natural, como en la concepción de PUFFENDORF de su sistema de derecho natural como un “ordenamiento de deberes”, sobre esto y los desarrollos posteriores *ibíd.*, n.º 10, 1189 y s.

²² Se debe tener presente la ambigüedad terminológica existente en el ámbito alemán alrededor de la palabra *Pflicht*, que puede bien significar tanto obligación como deber. Al respecto advierte claramente MARTIN JOSEF SCHERMAIER, “Leistungsstörungen”, §§ 280-285, en *HKK*, n.º 2, 1181: “La lengua alemana permita ocultar esta diferencia: lo que el francés distingue con *obligation* y *devoir*, el inglés con *obligation* y *duty*, abarca el alemán formal con ‘*Leistungspflicht*’ y ‘*Sorgfaltspflicht*’. Aunque ‘*Verbindlichkeit*’ podría ser un concepto correspondiente al de *obligatio*. [...] En realidad, a pesar de que desde el BGB de 1900 se hubiera adoptado este uso idiomático, se trata de dos niveles diferentes de deberes: la obligación a la prestación se encuentra a su vez sometida al deber de cumplirla de acuerdo con “la buena fe atendiendo a los usos del tráfico” (§ 242), que significa entonces que se debe observar en la ejecución “la diligencia exigida en el tráfico” (§ 276 II). En otras palabras: la observancia del ‘*Leistungspflicht*’ se encuentra sometida a la exigencia de un ‘*Sorgfaltspflicht*’. Por lo tanto se confunden dos planos, cuando se equiparan las violaciones de ambos ‘*Pflichten*’. Y sin embargo, cuatro años después la modernización del derecho de las obligaciones, prevalece la idea de que se debe encuadrar el incumplimiento mismo (*Nichterfüllung*) como la violación de un deber (*Pflichtverletzung*)”.

²³ Así la posición crítica de MARTIN JOSEF SCHERMAIER, “Leistungsstörungen”, §§ 280-285, en *HKK*, n.º 17, 1198. El autor considera que “mientras que con la ‘lesión de un deber’ el parámetro se ubica en el acto de la prestación del deudor, con la ‘inejecución’ se verifica el resultado de la prestación realizado al acreedor”: 7, 859. “En la ‘inejecución’ (*Nichterfüllung*) toda la atención se fija en si el acreedor ha obtenido lo que podía esperar con fundamento en la relación obligatoria. En ello se cuenta no sólo el cumplimiento de la prestación principal sino, también la ejecución de todas las prestaciones complementarias y adicionalmente, que el deudor observe ‘la diligencia exigida en el tráfico’. Si el deudor lesiona uno de los hoy denominados ‘deberes complementarios’, esto es, si su acto de ejecución permite echar de menos la diligencia necesaria, entonces él provoca también con ello una ‘inejecución’, en la medida

Con todo, el 'descubrimiento' de la supuesta laguna agudizó la atención sobre la variedad de los posibles deberes que podían surgir de una relación obligatoria concreta, conduciendo a una tipificación y sistematización de los mismos, pues, sin duda, la variedad de casos que estaba llamada a cobijar la idea de las 'violaciones positivas del contrato' era amplia y heterogénea. Como fruto de este trabajo se llegó a la distinción hecha célebre por HEINRICH STOLL en 1932²⁴ entre *deberes que sirven al interés en la prestación* y *deberes de protección*²⁵: de una parte, este autor identificó los deberes que "resultan del contenido del contrato, que tienen una finalidad positiva" esto es, que "sirven al logro del interés en la prestación", que denominó "deberes en la ejecución" (*Erfüllungspflichten*). De otra, señaló que todas las relaciones obligatorias son consideradas de buena fe y que "por medio de la relación obligatoria se crea una relación especial entre las partes que es considerada por nuestro ordenamiento como una relación de confianza recíproca" y que "abre la posibilidad para ambas partes [...] de influir en la persona y los bienes de la otra", por lo que se

en que él ha lesionado la expectativa legítima patrimonial del acreedor, en consideración al resultado de la prestación": n.º 4, 1184. "Se dejó de hablar de que el deudor debía responder por una determinada medida de diligencia, sino de que él estaba obligado a una determinada diligencia. Este cambio pareció inofensivo y fue utilizado incluso por los mismos defensores de una responsabilidad por inejecución. Sin embargo, con esta formulación no sólo se trata de afrontar el mismo problema una vez de forma negativa (ausencia de un comportamiento reprochable), otra vez positiva (diligencia en el acto de la prestación)", 17 y ss, 1197. Sobre la consolidación del papel central del concepto de lesión de un deber (*Pflichtverletzung*) a partir de SIBER, WOLFGANG WIEGAND, "Die Verhaltenspflichten. Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte", en *Festschrift für Sten Gagner zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck ed., Munich, 1991, 552 y s.

²⁴ HEINRICH STOLL, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung", en *AcP*, 136, 1932, 289.

²⁵ Por tal motivo H. STOLL es normalmente considerado el fundador de la doctrina moderna de los deberes de protección, si bien la idea ya había sido elaborada por autores anteriores. Así por ejemplo señala FRANZ DORN, "Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis", § 241 en *HKK*, n.º 98 y ss., 235 y ss., que ya FERDINAND LUDWIG KELLER, pero sobre todo HUGO KRESS en su *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrecht* de 1929, habían elaborado la idea de deberes de protección y cuidado. El mismo STOLL, op. cit., en la nota 66 hace referencia a KRESS, apartándose de la idea de este último de que los deberes de protección en el contrato implicaban también el deber de no poner en peligro la finalidad contractual. Sin, embargo, advierte MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Leistungsstörungen", §§ 280-285, en *HKK*, n.º 20 y ss., 1201 y s., que fue la construcción de SIBER en 1914 y su distinción entre obligación principal y accesoria (*Haupt- y Nebenverpflichtung*), y estas últimas entre "deberes de conservación" (*Erhaltungspflichten*), "deberes de aviso" (*Anzeigepflichten*) y "deberes de preparación" (*Vorbereitungspflichten*), la que sirvió de un punto final transitorio a la discusión iniciada con la adopción de la figura de la violación positiva del contrato. Los aportes de KRESS (en su *Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts* de 1929), pero especialmente la contribución de STOLL habrían sólo "creado un nombre, pero no desarrollado el concepto" ya sistematizado por SIBER, quien precisamente definió la relación obligatoria como un 'organismo', en el mismo sentido WOLFGANG WIEGAND, "Die Verhaltenspflichten. Ein Beitrag zur juristischen Zeitgeschichte", en *Festschrift für Sten Gagner zum 70. Geburtstag*, C.H. Beck ed., Munich, 1991, 552 y s. En la clasificación de SIBER, los modernamente denominados deberes de protección se encuadraban en los 'deberes de conservación' (conservación de las cosas y de la persona del acreedor, "y de un tercero" (!)), op. cit., (nt. 1), 185 y s.

derivan deberes de “abstenerse de cualquier efecto perjudicial”, deberes que tienen una “finalidad negativa”, pues “deben proteger a la contraparte para que no sufra daños que podrían resultar de la relación particular” que se crea entre las partes; estos deberes “no sirven al interés en la prestación sino al interés en la protección del acreedor” por lo que los denomina “deberes de protección”²⁶.

Esta distinción hizo célebre la etiqueta “deber de protección” como un elemento independiente de la prestación (*Leistungspflicht*) y de los deberes complementarios que sirven a la realización de esta última (*Nebenleistungspflichten*), si bien la idea misma detrás de ese concepto se remonta ya al derecho romano, en cuyos juicios de buena fe el acreedor podía llegar a obtener en casos concretos el resarcimiento de los daños que sufriera por la lesión de deberes de lealtad y diligencia que pesaban sobre él en virtud de la relación obligatoria concreta²⁷. En tal caso, el fundamento de la demanda era la misma *actio* que estaba a disposición para cada tipo de *obligatio*²⁸. Así mismo, en el derecho común anterior a la expedición del BCB, si bien ciertamente no se conocía una pretensión general por “violación del contrato”,

²⁶ HEINRICH STOLL, “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung” en *AcP*, 136, 1932, 289. La concepción de STOLL fue posteriormente adoptada –y adaptada– en el ámbito del nacionalsocialismo, centrada en la idea de lealtad (*Treuegedanke*) derivada a su vez de la idea de comunidad (*Gemeinschaftsgedanke*); al respecto FRANZ DORN, “Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis”, § 241 en *HKK*, n.º 101, 237 y s.

²⁷ MAX KASER/ROLF KNÜTEL, *Römisches Privatrecht*, 18ª ed., C.H. Beck, Munich, 2005, 186. En el mismo sentido CARLOS AUGUSTO CANNATA, “Sul problema della responsabilità nel diritto privato romano”, en *IURA*, 44, 1993, 36; ID., “Responsabilità contrattuale nel diritto romano medievale, e moderno”, en *Digesto delle discipline privatistiche, Sezione Civile*, XVII, UTET, Turín, 1998, en particular nt.1 en donde se indica cómo también se derivaba una responsabilidad en el caso de que en la ejecución de la obligación se ocasionen daños definitivos al acreedor, lo que en derecho romano daba lugar a un concurso entre responsabilidad contractual y aquiliana.

²⁸ FRANZ DORN, “Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis”, § 241 en *HKK*, n.º 10, 145; n.º 84, 222. Así, por ejemplo, en caso de arrendamiento, D. 19, 2, 13, pr.: “Así mismo se pregunta si el calesero, esto es el cochero, vuelca, por disputar pasar delante de otros, la calesa, y estropeó o mató a un esclavo; opino que hay contra él la acción de locación, porque debió moderarse; pero también se le dará a éste la acción útil de la *lex Aquilia*”, § 6: “Si el lavandero hubiere tomado vestido para lavarlos, y los hubieran roído los ratones, se obliga por la acción de locación, porque debió precaverse de esto; y si el lavandero hubiere cambiado una capa, y dado a uno la del otro, se obligará por la acción de locación, aunque lo hubiere hecho por ignorancia”; § 4: “Así mismo escribió Juliano en el libro octogésimo sexto del Digesto, que si un zapatero hubiere dado a un aprendiz, que no lo hacía muy bien, un golpe en la cerviz con la horma del zapato, con tanta vehemencia que le saltase un ojo, tiene su padre la acción de locación; porque aunque se haya concedido a los maestros la leve corrección, sin embargo, éste no guardó moderación...”; en caso de compraventa, D. 19, 1, 6, 4: “Si me hubieres vendido alguna vasija, y hubieres dicho que en ella cabía cierta medida, ó que tenía cierto peso, ejercitaré contra ti la acción de compra, si me la dices de menos. Pero si me hubieres vendido la vasija, de suerte que afirmases que estaba sana, si no estuviera sana, me responderás también de lo que por tal motivo yo hubiere perdido; más si no se hubiera tratado que me la entregues sana, debes responder solamente del dolo malo. Labeón opina al contrario, y que sólo se ha de observar esto, que si no se hubiera tratado lo contrario, debe de todos modos entregarse sana; y es verdad. Minicio refiere, que Sabino respondió, que de ello se ha de ser responsable también en el arrendamiento de tina-

así como tampoco una pretensión por "violación de deberes de protección", estos casos eran reconocidos por la doctrina y resarcidos por la jurisprudencia a partir de la pretensión que surgía de la relación obligatoria concreta de la cual procedía el deber lesionado²⁹.

En todo caso, habiéndose consolidado la idea de la violación positiva del contrato y del crédito como marco dogmático, éste sirvió como principal catalizador para el afianzamiento de la perspectiva de la violación de deberes y su escalonamiento dentro de la relación obligatoria. Con el tiempo, se construyó un amplio sistema de deberes de comportamiento: por una parte, aquellos deberes enderezados a asegurar la transferencia patrimonial objeto de la obligación (*Nebenleistungspflichten*), concretizando las modalidades de ejecución de la prestación, así como deberes adicionales de comportamiento que resultan necesarios para asegurar la finalidad de la relación obligatoria (deberes complementarios vinculados a la prestación, como deberes de custodia, de información, de asesoría, etc.); por otra parte, los deberes de protección propiamente dichos (*Schutzpflichten*), esto es, aquellos que sirven para proteger el interés en la integridad jurídica y patrimonial de los involucrados en la relación obligatoria³⁰. Como contenido de dichos debe-

jas". Otros ejemplos en D. 19, 1, 13, pr.-2; D. 19, 2, 60, 7; D. 19, 2, 19, 1, citados por MAX KASER, *Das römische Privatrecht*, 1º t., C.H. Beck'sche ed., Munich, 1971, 515, nt. 11.

²⁹ ULRICH HUBER, *Leistungsstörungen*, t. I, cit. (nt. 13), 82 y ss. Un deber de custodia (*Obhutspflicht*) de la integridad del pasajero en materia de contrato de transporte fue reconocido ya en 1903 por la Corte Imperial (confirmada en 1905), en un caso en el que el pasajero había resbalado al bajar de un tren, debido a que el piso congelado por las temperaturas no había sido adecuadamente limpiado por los empleados de la empresa de ferrocarriles. En este caso, debido a la deficiencia en materia de responsabilidad extracontractual por el hecho de los auxiliares y la posible exculpación de la empresa, la Corte Imperial afirmó que del contrato de transporte surgía el deber en cabeza del transportador de transportar a los pasajeros sin poner en peligro su salud hasta su destino. Al respecto, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 85 y ss., quien además subraya el sorprendente paralelismo entre las decisiones del *Reichsgericht* y las de la *Cour de Cassation* francesa, que por la misma época creó la *obligation de sécurité* en casos análogos.

³⁰ La terminología sobre los deberes enderezados a la protección del *status quo*, en contraposición de los deberes dirigidos a la obtención de la finalidad de la relación obligatoria y del contrato (es decir, del interés al *status ad quem*) no ha sido unánime en la doctrina: deberes de protección (*Schutzpflichten*), deberes de cuidado (*Sorgfaltspflichten*), o simplemente ulteriores deberes de comportamiento (*weitere Verhaltenspflichten*) o deberes complementarios (*Nebenpflichten*), por cierto la denominación más criticada por su ambigüedad frente a los denominados deberes accesorios o complementarios ligados a la prestación). Sobre estas diferentes denominaciones ver, entre muchos otros, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. I, cit. (nt. 1), §2/I, 8 y ss. (quien, además, dentro de la denominación 'ulteriores deberes de comportamiento' distingue los 'deberes de protección' y los deberes de lealtad –*Loyalitätspflichten*– propios de las relaciones de larga duración, en particular las de trabajo y las societarias, marcadas por una especial connotación de confianza); JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, cit. (nt. 1), § 5/II, 69 y ss. (quien hace referencia en general a 'deberes concomitantes' –*Begleitpflichten*–, distinguiendo diferentes círculos o niveles de deberes, aquellos dependientes de la prestación, que sirven a concretizar sus contornos y modalidades, y aquellos independientes de la existencia o validez de una prestación); en general sobre éstas y otras denominaciones, ver DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II,

res de protección, a pesar de la falta de uniformidad en la doctrina al momento de catalogar los diferentes casos³¹, tomaron forma dos grupos de deberes que pueden surgir con ocasión de la celebración y ejecución de un contrato: los deberes de información (*Informationspflichten*)³² y los deberes de cuidado y asistencia (*Obbuts- und Fürsorgepflichten*)³³, que se sumaban a los deberes de protección ya codificados para relaciones contractuales concretas³⁴.

Sellier-de Gruyter, Berlín, 2005, n.º 154 y s., 169 y s. (quien por lo demás prefiere adoptar la expresión *Rücksichtspflichten*, atendiendo a la terminología utilizada en la reforma del derecho alemán de las obligaciones de 2002). La terminología utilizada en reforma al derecho de obligaciones entrada en vigor en 2002 no aportó claridad, ya que se optó por hacer referencia al "respecto" (*Rücksicht*) de los derechos, bienes jurídicos e intereses de la contraparte (§ 241, II).

- ³¹ Así, por ejemplo, algunos autores diferencian deberes de protección que acompañan a la prestación (*Leistungsbegleitende Schutzpflichten*) y deberes de protección generales (*Allgemeine Schutzpflichten*) [JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. I, cit. (nt. 1), § 5/III, 73]; otros hacen énfasis en el etapa en la que surgen dichos deberes, distinguiendo entre deberes precontractuales, post-contractuales y los que surgen durante la ejecución de la relación obligatoria; en fin, otros que bajo el concepto general de deber de protección, distinguen entre deberes de cuidado (*Obbutspflichten*) y deberes de información (diversamente señalados como *Aufklärungs-, Auskunft-, Hinweis-, Warn- o Informationsschutzpflichten*, entre otras denominaciones). Al respecto, por todos, DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II, cit. (nt. 30), n.º 427, 238. Sobre la influencia de la terminología ver también *supra* nt. 28. Y sobre las críticas que generó esa inclusión de 'deberes de protección' dentro de la relación obligatoria (de fuente contractual) ver EDUARD PICKER, "Positive Forderungsverletzung und culpa in contrahendo – Zur Problematik der Haftungen „zwischen“ Vertrag und Delikt", en *AcP*, 183, 1983, en particular 391 y ss. (Señala las acusaciones de "hipertrofia del derecho contractual", de "adulteración material y dogmática del sistema de responsabilidad", o de que "la negación del verdadero carácter de tales deberes atendiendo a su intercalación constructiva algunas 'relaciones especiales' demuestra [...] que esto no es un 'orgullo' para la dogmática del derecho civil alemán").
- ³² Estos deberes, que adquirieron autonomía en la jurisprudencia como deberes de protección sólo con el desarrollo de la teoría de JEHRING sobre la responsabilidad en la relación precontractual, fueron posteriormente desarrollados a partir de la posguerra en el ámbito de contratos válidamente celebrados en una gran variedad de casos [al respecto ver WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 104 y ss]. Por otra parte, los deberes contractuales de información pueden constituir tanto deberes de protección, como deberes complementarios ligados a la prestación, si bien se reconoce que frecuentemente es difícil establecer una línea nítida entre un deber de información en interés de la protección de la integridad de los contratantes y un deber de información enderezado a asegurar el interés en la prestación, pues es posible que la violación de un deber de ese tipo afecte ambos intereses.
- ³³ Así, ya HEINRICH STOLL, "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung" en *AcP*, 136, 1932, 289: "Frecuentes son los deberes de aviso y conservación (*Anzeige- und Erhaltungspflichten*)". Se hace referencia a deberes de asistencia respecto de personas y deberes de cuidado frente a las cosas, así DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II, cit. (nt. 30), n.º 479, 259; WOLFGANG GROBECKER, *Implied Terms und Treu und Glauben*, Dunkler & Humblot, Berlín, 1999, 182.
- ³⁴ Representativo es el caso del § 618 del BGB, según el cual el beneficiario de la prestación de servicios en principio se encuentra obligado a proteger a quien está obligado a prestar dichos servicios "contra los peligros para la vida y la salud", al respecto WOLFGANG GROBECKER, *Implied Terms und Treu und Glauben*, Duncker & Humblot, Berlín, 1999, 182 y s., quien adicionalmente señala cómo en el caso de contratos con vínculos personales elevados así como una inserción intensiva en el ámbito de peligro ajeno, existen en mayor medida, deberes

Esos casos reunidos bajo la etiqueta de deber de protección fueron inicialmente determinados por medio de la interpretación del contrato³⁵, pero poco a poco fueron desprendidos del deber de prestación (y de la voluntad de las partes), encontrando su fundamento exclusivamente en el principio de la buena fe contenido en el § 242 del BGB. Este nuevo fundamento, junto con la calificación como *relación de confianza* de la *relación particular* creada entre las partes de la relación obligatoria³⁶ y el posterior reconocimiento de la posibilidad de que existan relaciones obligatorias que "se agotan en la creación de deberes generales de comportamiento", esto es, "relaciones obligatorias sin un deber (primario) de prestación"³⁷, llevaron a tender un puente con la doctrina de la *culpa in contrahendo*³⁸.

En efecto, la doctrina 'descubierta' por JHERING había ya dado pie a un camino paralelo que buscaba por su parte dar solución a algunas lagunas del sistema de responsabilidad aquiliana³⁹. El punto de partida del trabajo de JHERING –la responsabilidad en cabeza del enajenante derivada de la celebración de un contrato inválido por no verificar que existan todos los requisitos necesarios para su validez– constituye un ejemplo de protección de la integridad de la esfera jurídica y patrimonial de una parte, esto es, lo que en la doctrina alemana se entiende por deber de protección⁴⁰. Con la reelaboración y la extensión de la figura 'descubierta' por

de protección de la vida y la salud del otro contratante. En derecho laboral esta función la desempeña el § 618 del BGB y el amplio deber de asistencia del empleador basado en el 242 del BGB. De parte del trabajador existe en cambio un amplio deber de fidelidad, que sirve primordialmente a la protección patrimonial del empleador. (Algunos de esos deberes de protección se encuentran actualmente previstos en normas especiales, p. ej. el deber resultante del 17 de la ley contra la competencia desleal (UWG) de salvaguardar secretos empresariales, la prohibición de compartir a terceros circunstancias que dañen el buen nombre y el crédito, así, DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II, cit. (nt. 30), no. 483 y ss., 260.

³⁵ Con base en el § 157 del BGB sobre interpretación de buena fe, operando por medio de la figura típica del ordenamiento alemán de la 'interpretación integradora', esto es, mediante una creación de nuevas obligaciones o una ampliación del contenido de las ya existentes acudiendo a la idea de la 'voluntad hipotética' de las partes. Un ejemplo de este fundamento de los deberes de protección es la obra de HUGO KRESS [*Lehrbuch des Allgemeinen Schuldrechts*, Beck ed., Munich, 1929, 5 (citado por W. WIEGAND, "Die Verhaltenspflichten", cit. (nt. 23), 555]: "De relevancia general son aquellas pretensiones de protección, que resultan de las relaciones obligatorias aun sin acuerdo expreso y que pueden ser determinadas por medio de interpretación integradora (§ 157) o con origen directamente de las disposiciones legales (buena fe;... ocasionalmente también de normas particulares...)"

³⁶ HEINRICH STOLL, en *AcP*, 136, 1932, 289.

³⁷ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, cit. (nt. 1), §2/I, 12.

³⁸ FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit. (nt. 7), 1348: "El punto de partida de la doctrina de la *culpa in contrahendo* en el siglo XIX fue la responsabilidad por la celebración de un contrato inválido"; CARLO CASTRONOVO, "Obblighi di protezione", en *Enciclopedia Giuridica Treccani*, t. XXI, Roma, 1990, 3.

³⁹ RUDOLF V. JHERING, *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione* [trad. it. F. PROCCHI], Jovene, ed. Nápoles, 2005 [original 1861]; FRIEDRICH KESSLER/EDITH FINE, "*Culpa in contrahendo*, Bargaining in Good Faith, and Freedom of Contract: A comparative Study", en *Harvard Law Review*, 77, 1964, 401 y ss.

⁴⁰ Sobre la conexión entre los deberes de protección relacionados con la doctrina de la *culpa*

JHERING a manos de la doctrina y la jurisprudencia⁴¹, se reconoció cada vez con mayor transparencia que no solamente de la celebración de un contrato podían surgir deberes de protección, sino que una relación particular podía configurarse ya antes de la celebración de un contrato⁴² y podía extenderse más allá de su ejecución⁴³, momentos en los cuales también pueden surgir para las partes dichos deberes⁴⁴.

in contrabendo y con la de la violación positiva del contrato CLAUS-WILHELM CANARIS, "Ansprüche wegen 'Positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für dritte' bei nichtigen Verträgen", en *JZ*, 1965, 476 y s.

⁴¹ Sobre la evolución de la doctrina de la *culpa in contrabendo* en Alemania, THOMAS GIARO, "*Culpa in contrabendo: eine Geschichte der Wiederendeckungen*", en AAVV., *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, V. KLOSTERMANN, Frankfurt am Main, 2000, 113 y ss.

⁴² Caso célebre y emblemático es el denominado 'caso del linóleo' (*Linolleumrollenfall*), de la Corte Imperial (9 de diciembre de 1911, *RGZ* 78, 239): una mujer entró en un almacén por departamentos para comprar un revestimiento de linóleo. Mientras escogía entre las muestras, resultó herida por unos rollos de linóleo que habían sido manipulados negligentemente por uno de los empleados del almacén. Si bien el contrato de compraventa no se había perfeccionado, la Corte condenó al almacén al resarcimiento del daño con base en una relación jurídica de "naturalidad similar a un contrato", incluyendo la responsabilidad por *culpa in contrabendo* en el campo de la responsabilidad contractual y evadiendo así las deficiencias del régimen de responsabilidad extracontractual que habría permitido al almacén eximirse de la responsabilidad; al respecto y por todos ver REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, Derecho contemporáneo, Derecho Europeo*, cit. (nt. 18), 95 y ss.

⁴³ *Leading case* es la sentencia de la Corte Imperial de 5 de octubre de 1939 (*RGZ* 161, 330): El demandante adquirió del demandado un terreno dentro de un complejo de construcciones que había planeado el demandado y para cuya construcción había sido debidamente autorizado. El demandante afirmó haber adquirido el terreno porque tenía una vista a la montaña y porque el demandado le había asegurado que, atendiendo a los planos de construcción autorizados, no se realizarían ulteriores construcciones en los terrenos que quedaban de por medio y que el terreno que el demandante había adquirido tenía la mejor vista. En el contrato no constaba ninguna de tales aseveraciones y además se había excluido toda responsabilidad por vicios materiales. Posteriormente, el demandado adquirió el terreno que mediaba entre el del demandante y la falda de la montaña, obtuvo la aprobación de la modificación de los planos de construcción y erigió una casa. El demandante entonces alegó que la nueva construcción del demandado obstaculizaba su vista de la montaña y que había menoscabado el valor de su propiedad, motivos por los que demandó. La Corte Imperial, entre otros argumentos, consideró establecido que al momento de la celebración del contrato de compraventa, ambas partes asumieron que la situación había creado una relación entre el terreno adquirido y el medio circundante. Y si bien determinó que para el momento en el que el demandante había adquirido y erigido la casa en el nuevo terreno el contrato entre demandante y demandado había sido plenamente ejecutado, también estableció que la exigencia de ejecutar el contrato de conformidad con la buena fe puede imponer al deudor el deber de realizar o abstenerse de realizar algunos actos, tal como ocurre en la etapa de las negociaciones. Por tanto, considera que en el caso concreto el demandado no puede ser eximido de la acusación de haber actuado en contravención a los deberes que le corresponden en calidad de deudor, en la medida en que procedió a construir el área en frente de la propiedad del demandante apenas un año después de que este último hubiese construido su morada, confiando en la no construcción del terreno que mediaba entre su propiedad y la montaña. Una traducción en inglés de la sentencia se encuentra en http://ftp.cc.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=947 (consultada el 27 de diciembre de 2010).

⁴⁴ JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, cit. (nt. 1), § 6/VI, 91. En derecho alemán, a diferencia de otros ordenamientos la responsabilidad por *culpa in contrabendo* no puede ser considerada delictual, así como tampoco negocial. Se trata de un tipo de respon-

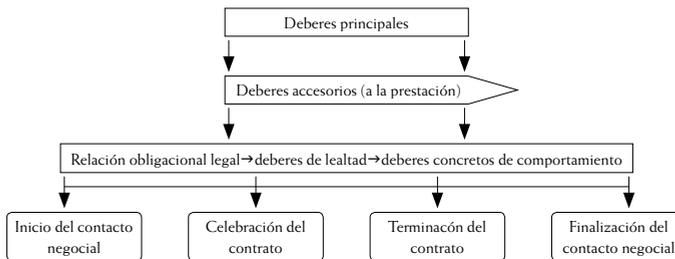
Sin poder entrar a tratar la compleja evolución de la doctrina de la *culpa in contrabendo*, baste aquí señalar que el encuentro entre las dos vertientes –la de la construcción de los deberes de protección en el marco de la teoría de la violación positiva del contrato y la de la reelaboración de la *culpa in contrabendo*– llevó a plantear en la doctrina⁴⁵ la idea de una 'tercera vía', esto es, una relación obligatoria unitaria de naturaleza legal que, fundada en el principio de la buena fe del § 242 del BGB, impone a las personas que entablan un 'contacto negocial' o un 'contacto social

sabilidad especial de origen legal (DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, 13ª ed., C.H. Beck, Munich, 2002, n.º 112, 67) Sobre los grupos de casos elaborados por la doctrina y la jurisprudencia dentro de la noción moderna de *culpa in contrabendo*, se distinguen (DIETER MEDICUS, ult. op. cit., nos. 103 y ss., 58 y ss.): 1. daños ocasionados a la integridad personal o a la propiedad de las personas que toman parte en las negociaciones precontractuales. Debido a las deficiencias del régimen de responsabilidad extracontractual, este tipo de daños fueron incluidos dentro de la relación especial que se crea entre los participantes a las negociaciones precontractuales, en donde existe para los participantes un deber de cuidado intensificado. A la *culpa in contrabendo* se le aplica el régimen de responsabilidad contractual, evadiendo de este modo las deficiencias mencionadas. 2. Daños meramente patrimoniales. También incluidos en el régimen surgido de la relación especial precontractual, para evadir las limitaciones de la responsabilidad extracontractual. Se diferencia entre: a) el daño surgido sin que siquiera se haya alcanzado la apariencia de un contrato válido, esto es, el caso propiamente dicho de ruptura de las negociaciones; b) daño surgido de un contrato aparentemente válido al momento de su celebración, pero que posteriormente resulta ser inválido, y c) casos en los que el contrato efectivamente es válido, pero el daño surge porque termina vinculado a un contrato que resulta demasiado oneroso para él por culpa de otro. Crítico sobre la forma como se acomunan distintos supuestos de responsabilidad bajo la etiqueta de *culpa in contrabendo*, por no tener gran cosa en común, por seguir cada uno diferentes principios de imputabilidad y por tener diferentes consecuencias, JOHANNES KÖNDGEN, "Der Positivierung der *culpa in contrabendo* als Frage der Gesetzgebungsmethodik", en REINER SCHULZE/HANS SCHULTE-NÖLKE (ED.), *Die Schuldrechtsreform vor dem Hintergrund des Gemeinschaftsrechts*, Paul Siebeck ed., Tübinga, 2001, 237 y ss. En particular la crítica va dirigida al primer grupo, esto es, daños ocasionados a la integridad personal o a la propiedad de las personas que entran en contacto negocial, hipótesis que considera "casos de responsabilidad cripto-delictual", cuya inclusión en la figura de la *culpa in contrabendo* no tiene ningún fundamento. En el mismo sentido KRAMER, "Einleitung zu § 241", en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, §§ 241-432, 5ª ed., C.H. Beck ed., Munich, 2007, n.º 91, 41.

⁴⁵ El principal promotor de la idea ha sido CLAUS-WILHELM CANARIS, "Ansprüche wegen 'Positiver Vertragsverletzung' und 'Schutzwirkung für dritte' bei nichtigen Verträgen", en *JZ*, 1965, 479, quien tomando como punto de partida el encuadramiento dogmático de eventuales deberes de protección en caso de invalidez del contrato celebrado, insiste en la "unidad esencial" de todos los deberes de protección, reuniendo en una sola categoría dogmática los deberes de protección individuados por medio de la figura de la *culpa in contrabendo* y aquellos que se encuadran dentro de la construcción de la 'violación positiva del contrato': "Todos los deberes de protección encuentra su fundamento en una relación de protección unitaria, que surge con el comienzo del contacto negocial y aumenta a lo largo de varios niveles –comienzo de las negociaciones contractuales, celebración del contrato, etapa de cumplimiento– surgen independientemente de la voluntad de las partes, es decir que son de naturaleza 'legal' y encuentran su justificación en el principio de la confianza y su fundamento legal-positivo en el § 242 del BGB. Esto significa que las violaciones de los deberes de protección antes y después de la celebración del contrato son reunidos en un supuesto de hecho unitario y se separan de los casos de violación positiva de contrato [...]"; y más recientemente ID., "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (seconda parte)", en *Rivista critica di diritto privato*, 4, 1983, 807.

intensificado⁴⁶ deberes de comportamiento con el fin de evitar un menoscabo a la integridad de su situación jurídica y patrimonial en la medida de lo posible, incluso previa y posteriormente a la celebración de un contrato y con independencia del mismo⁴⁷. Sin embargo, este planteamiento no ha sido plenamente acogido ni en la doctrina ni en la jurisprudencia, que se siguen decantando por la naturaleza contractual de los deberes de protección que surgen de un contrato válidamente celebrado⁴⁸.

- ⁴⁶ JOSEF ESSER/EIKE SCHMIDT, *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, t. 1, cit. (nt. 1), § 29/I, 430. Aboga por una extensión del requisito del 'contacto negocial' a la simple *participación en el tráfico negocial*, CLAUS-WILHELM CANARIS, "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (seconda parte)", cit. (nt. 45), 827 y s., para quien el contacto "no necesariamente debe ser *directo*", observando que en todo caso es posible una extensión descontrolada de la responsabilidad "manteniendo la exigencia que la declaración, que de lugar a la confianza, esté 'orientada' o 'dirigida' hacia el exterior y que, respectivamente, subsista la necesidad de una íntima conexión entre la posibilidad de interferencia aumentada y la relación contractual".
- ⁴⁷ Un resumen gráfico de esta idea lo ofrece WOLFGANG WIEGAND, "Von der Obligation zum Schuldverhältnis", en *Recht*, 1997, 92, que por su claridad se reproduce a continuación:



- ⁴⁸ DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, cit. (nt. 44), n.º 416, 200 (de la interpretación del contrato concreto pueden resultar reducciones de la responsabilidad también en el caso de violación de deberes de protección); KRAMER, "Einleitung zu § 241", en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, §§ 241-432, 5ª ed., C.H. Beck ed., Munich, 2007, n.º 83, 39 y nt. 376 (sobre la 'teoría de la conversión' (*Umschlagstheorie*), según la cual una vez que se celebra un contrato válido, los deberes de protección se convierten en deberes contractuales, afirmada por el BGH en 1964: "la responsabilidad por violaciones positivas del contrato no reposa en la confianza, sino en la violación de deberes contractuales"); de resaltar es la crítica de KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, t. 1, cit. (nt. 1), § 9 II, 102 y s., al desdoblamiento que origina la concepción de CANARIS, pues "tal descomposición de la relación obligatoria [...] en dos relaciones obligatorias paralelas [...] conlleva de una parte dificultades de delimitación considerables [...]. De otra parte CANARIS encuentra dificultades adicionales, cuando en un contrato se ha pactado una limitación de la responsabilidad", pues "¿vale ésta para los deberes con fundamento en el contrato o también para los deberes de protección con fundamento en una relación obligatoria de origen legal?", concluyendo que "cuando la prestación y los deberes de protección influyen mutuamente y además están sometidos a las mismas reglas, no encuentro ningún motivo suficiente para reconocerles como dos relaciones obligatorias separadas". A esta crítica responde CANARIS ("Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (seconda parte)", cit. (nt. 45), 823), indicando que si bien es cierto que se pueden presentar dificultades de delimitación con los deberes derivados propiamente del contrato, esto no es óbice para reconocer el doble fundamento. Sobre la posibilidad de que la limitación de la responsabilidad tanto de origen contractual como legal se extienda también a los 'deberes de protección', considera que es un problema de interpretación que

En resumen, se reconoce en la doctrina y en la jurisprudencia alemana que al lado de la prestación (*Leistungspflicht*) y de los deberes complementarios ligados al cumplimiento de la prestación (*Nebenleistungspflichten*), existen deberes de protección (*Schutzpflichten*) que sirven a la salvaguardia de la integridad de las partes, esto es, a la conservación de su *status quo*; de allí que ellas se deban comportar de modo que no resulten afectados los bienes jurídicos preexistentes de cada una de ellas. Esos deberes de protección, en cuanto son independientes de la prestación, surgen también antes de la celebración del contrato y después de su ejecución, dado que el deber general de protección busca compensar el mayor riesgo en el que se encuentran los bienes jurídicos de las partes que participan en la relación obligatoria, es decir, desde el momento en que la influencia mutua en la esfera ajena se incrementa y durante el período que dicha situación se mantenga⁴⁹. En el caso de contratos válidamente celebrados, se reconoce que pueden presentarse situaciones en las que la violación de un deber complementario ligado a la prestación, al mismo tiempo resulte menoscabando la integridad de la esfera jurídica y patrimonial del deudor independientemente de su interés en la prestación, esto es, un deber de protección.

"se pone en términos análogos con relación, por ejemplo, a un hecho concurrente de ilícito extracontractual". Y sobre la posibilidad que un 'deber de protección pueda al mismo tiempo configurar una violación del contrato y justificar la terminación o resolución del contrato, considera que esto no es nada excepcional, pues "el mismo elemento de hecho a veces puede resultar relevante bajo aspectos jurídicos diferentes. En consecuencia, también un ilícito ('*Delikt*') –por ejemplo una injuria o unas lesiones personales– pueden constituir al mismo tiempo una violación del contrato, con todas las consecuencias específicamente previstas por el derecho contractual". Sobre otras críticas en el mismo sentido contra la posición de CANARIS, ver FRANZ DORN, "Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis", cit. (nt. 25), n.º 104, 240. KAI KUHLMANN, *Leistungspflichten und Schutzpflichten*, Duncker & Humboldt, Berlín, 2001, 85, 97 y s. (quien hace énfasis en la relación recíproca entre la prestación contractual y los deberes de protección), 92 y ss. (en donde defiende la *Umschlagstheorie* a la par que la confronta críticamente con la idea de la relación obligatoria unitaria que acomunaría todos los deberes de protección, a prescindir del momento de su surgimiento), 109 y ss. (en donde afirma una esencial coincidencia estructural y de contenido entre los denominados 'deberes complementarios ligados a la prestación' y los 'deberes de protección'). WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 82, considera que la idea de una relación obligatoria unitaria, y la consecuente idea de que los deberes de protección no derivan del contrato, sino de una relación obligatoria de origen legal fundada en el principio de la confianza, queda sin piso con la introducción del nuevo § 241 II, pues allí se indicaría claramente que para la determinación de los deberes de protección se debe tomar como referencia la relación obligatoria concreta y, de esta forma, es imposible no tomar como referencia el contrato, en caso de existir uno.

⁴⁹ PETER HUBER, "Der Inhalt des Schuldverhältnisses", en *Eckpfeiler des Zivilrechts*, Sellier-de Gruyter, Berlín, 2008, 125; ERNST KRAMER, "Einleitung zu § 241", en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, §§ 241-432, 5ª ed., C.H. Beck ed., Munich, 2007, n.º 80 y ss, 37 y s. Desde el punto de vista del análisis económico del derecho, se ha afirmado también que el reconocimiento de deberes de protección flexibles reduce los costos de transacción en la celebración del contrato, puesto que hacen innecesaria la determinación de riesgos de daño y la correspondiente regulación contractual, así HANS CRISTOPH GRIGOLEIT, "Leistungspflichten und Schutzpflichten", en *Festschrift für Claus-Wilhelm Canaris zum 70. Geburtstag*, I, C.H. Beck, Munich, 2007, 283.

De hecho, si bien en la teoría la delimitación de los diferentes tipos de deberes contractuales parece clara, con frecuencia en la práctica la frontera entre unos y otros es difusa y no siempre fácil de determinar, por lo que se considera que la única vía posible para establecer ante qué tipo de violación se está (esto es, si ante una violación del interés en la prestación o del interés en la integridad), es un análisis caso por caso⁵⁰, un esfuerzo por lo demás necesario, puesto que las consecuencias jurídicas de encuadrar una violación en una u otra categoría son diferentes⁵¹.

La teoría de los deberes de protección fue finalmente acogida en el BGB con la ley para la modernización del derecho alemán de las obligaciones que entró en vigor en enero de 2002. Por una parte, en ella se elevó la "violación de un deber" (*Pflichtverletzung*) a eje central en materia del resarcimiento del daño⁵². En efecto, el § 280 I del BGB prescribe que "si el deudor viola un deber de la relación obligatoria,

⁵⁰ Frecuente es esta situación en los denominados deberes de información (*Aufklärungspflichten*), en los que una misma situación puede acarrear una lesión del interés en la prestación y una lesión del interés en la integridad: p. ej., el deber de suministrar instrucciones detalladas para operar una motosierra. El deber de información en este caso sirve tanto para asegurar el funcionamiento de la máquina, como para proteger al usuario del aparato de eventuales lesiones derivadas de una incorrecta utilización de la misma, así DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II, cit., (nt. 30), n.º 161, 171; en el mismo sentido DIETER MEDICUS, *Bürgerliches Recht*, 20ª ed., Carl Heymanns Ed., Berlín, 2007, n.º 208, 149; ERNST KRAMER, "§ 241", en *Münchener Kommentar zum BGB*, II, §§ 241-432, 5ª ed., C.H. Beck ed., München, 2007, n.º 19, 60 y s.

⁵¹ De acuerdo con la nueva reforma del derecho alemán de las obligaciones, en el caso de estar en presencia de una violación de un deber de protección en un contrato bilateral, el fundamento para solicitar la terminación del contrato será el § 324 del BGB y, en consecuencia, se estará sometido al presupuesto cualificado allí previsto ("si ya no le es exigible el mantenimiento del contrato"), mientras que en los demás casos serán valorados de conformidad con los presupuestos establecidos en el § 323 del BGB. Igualmente, para poder solicitar el denominado 'resarcimiento del daño en lugar de la prestación' (*Schadensersatz statt der Leistung*) en el caso de la violación de un deber de protección, es necesario que al acreedor no se le pueda exigir la prestación por parte del deudor (con fundamento en el § 280, I del BGB y el § 282 del BGB), lo cual implica una valoración especial en comparación con el régimen general del § 281 del BGB ("Resarcimiento del daño en lugar de la prestación por falta de cumplimiento de la prestación o de incumplimiento según lo debido"). El ejemplo ofrecido en las actas del proyecto de reforma es el siguiente: un pintor contratado para renovar las paredes de una casa ejecuta correctamente su trabajo de pintura, pero cada vez que sale de la casa a recoger materiales daña la puerta de entrada y los muebles de la casa. Sobre estas particularidades, DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II, cit. (nt. 30), n.º 538 y ss., 277 y ss.

⁵² Sobre la impropiedad del término *Pflichtverletzung* y la preferible *Nichterfüllung*, ULRICH HUBER, *Leistungsstörungen*, t. 1, cit. (nt. 13), 5 y s. ("Más adecuado que PV, porque éste remite a un comportamiento incorrecto subjetivo del deudor" y una perturbación de la prestación "puede reposar tanto en circunstancias que el deudor tenga que responder, como en circunstancias de las cuales él no pueda ser hecho responsable"). En el mismo sentido REINHARD ZIMMERMANN, *The new German Law of Obligations*, Oxford U. Press, 2005, 51; WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 67 y ss., "el *Vertretenmüssen* significa fundamentalmente culpa; pero ésta presupone un comportamiento antijurídico y por consiguiente un comportamiento objetivamente contrario al deber. Las perturbaciones de la prestación por las que el deudor no debe responder, no pueden ser abarcadas con el concepto de violación de un deber, pues no existe conceptualmente una violación de un deber".

el acreedor puede exigir resarcimiento del daño que de ello resulta", quedando englobadas todas las hipótesis de daños derivados de la "violación positiva del contrato" (esto es, además de la violación de los deberes de prestación, también de los deberes complementarios relacionados con la prestación principal y de los deberes de protección autónomos frente a la prestación principal), así como también de la violación de los deberes precontractuales (*culpa in contrahendo*), estos últimos también codificados en dicha ocasión (§ 311 II)⁵³. Por otra parte, en el § 241 del BGB, sobre los deberes que surgen de la relación obligatoria se explicita en el numeral 2º que "la relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte", recogiendo así positivamente la idea ya consolidada de la relación obligatoria como una 'relación compleja'⁵⁴.

Ahora bien, esta sumaria exposición de la evolución de los deberes de protección en la ciencia jurídica alemana quedaría incompleta si no se tuviera en cuenta que desde hace mucho tiempo se ha reconocido que dicho proceso ha sido condicionado por la necesidad de ofrecer un fundamento al resarcimiento de ciertos daños que no resultarían cubiertos por el régimen de responsabilidad delictual, lo que ha llevado a una expansión de la responsabilidad contractual, como se expondrá en el siguiente acápite.

2.2. Insuficiencias del régimen de responsabilidad extracontractual en Alemania

Las particularidades del régimen de responsabilidad extracontractual delineado en el BGB también 'estimularon' a la ciencia jurídica alemana en la búsqueda de soluciones para algunos casos problemáticos, recurriendo al ámbito contractual.

En primer lugar, se debe señalar que a diferencia de otras codificaciones civiles que basan su sistema de responsabilidad extracontractual en una cláusula general

⁵³ "Una relación obligatoria con los deberes del § 241, apartado 2, también resulta de: 1) entablar negociaciones contractuales; 2) la preparación de un contrato por el cual una parte, en vista de una posible relación jurídica negocial, concede a la otra parte la posibilidad de afectar sus derechos, bienes jurídicos e intereses o se los confía, o de 3) contactos negociales similares".

⁵⁴ El § 241 II del BGB, no ha sido inmune a las críticas. Se le achaca su carácter superfluo; la terminología inusual (en lugar de hacer referencia a *Schutzpflicht* como venía haciéndose en la ciencia jurídica alemana, se prefirió aludir la obligación de 'respetar', o tomar en consideración – *Pflicht zur 'Rücksicht'*); la falta de concretización; la impresión errada de que los deberes de protección son la excepción en una relación obligatoria, cuando en verdad son la regla general. De allí que esta norma "más allá de una legitimación *a posteriori* de la doctrina de los deberes de protección por medio de la ley y más allá de un punto de partida para la regulación de los § 280 y ss., 311 I, II, III [del BGB] no ofrece nada", así FRANZ DORN, "Begriff des Schuldverhältnisses und Pflichten aus dem Schuldverhältnis", § 241 en *HKK*, no. 109, 243 y s.; DIRK OLZEN, "§ 241" en *Staudingers Kommentar zum BGB*, libro II, cit. (nt. 30), n.º 551 y ss., 281.

que obliga a resarcir todo daño que haya sido ocasionado a otro con culpa o dolo⁵⁵, el sistema de responsabilidad civil por hecho ilícito en el BGB, de *lege lata*, se plantea en dos ideas fundamentales: una tutela diferenciada de los bienes jurídicos y un criterio de imputación atendiendo a la entidad del ilícito y el grado de culpabilidad⁵⁶. Estos ejes se reflejan en las dos principales disposiciones en la materia: el § 823 y el § 826 del BGB. El § 823 en su numeral 1º sólo protege ciertos intereses jurídicos taxativamente enumerados (vida, integridad corporal, salud, libertad, propiedad y otro derecho de un tercero)⁵⁷, mientras que el numeral 2º contempla la denominada responsabilidad surgida por la contravención culposa de una norma legal "que tiene por finalidad la protección de otro". Por su parte, el § 826 contempla la responsabilidad derivada del daño ocasionado dolosamente en una forma que contraviene las buenas costumbres⁵⁸. De esta manera, como ha sido anotado por CANARIS, la

⁵⁵ El paradigma de ese modelo es la cláusula general del *Code civil* francés, art. 1382: "Cualquier hecho de la persona que cause a otra un daño, obligará a aquella por cuya culpa se causó, a repararlo". (Una cláusula también presente en el § 1295 del ABGB austriaco).

⁵⁶ Así, CLAUS-WILHELM CANARIS, "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (prima parte)", en *Rivista critica di diritto privato*, 4, 1983, 568. El autor hace referencia a un tercer "elemento-guía", que identifica en la responsabilidad contractual y/o derivada de la confianza en las 'relaciones particulares', o lo que es lo mismo, la necesaria complementariedad de los regímenes contractual y extracontractual (y en adición la confianza, para aquellos que reconocen en esta última una 'tercera vía'). En palabras del mismo autor, el sistema de la responsabilidad en conjunto "sólo puede ser comprendido plenamente si junto a ella se valoran la responsabilidad derivada de una 'relación particular' y [...] la responsabilidad derivada de 'violaciones positivas del crédito' y de 'culpa in contrahendo'".

⁵⁷ Al respecto, en general, REINHARD ZIMMERMANN, *Law of Obligations*, cit. (nt. 12), 1036 y ss.: "En la ciencia jurídica del siglo XIX se defendió mayoritariamente un regreso al ámbito más limitado de la responsabilidad aquiliana del derecho romano y fue este punto de vista que encontró expresión en el § 823 I del BGB. [...] existe unanimidad en que en ningún caso el objeto que se pretenda incluir en el § 823 I del BGB bajo la cláusula de "otro derecho" se refiera al patrimonio de la parte lesionada como tal. [...] La posición alemana está basada en el miedo de una responsabilidad "en una cantidad indeterminada, por un tiempo indeterminado a una clase indeterminada": Se tenía la idea de que negar en principio el resarcimiento del daño puramente patrimonial es la única manera efectiva de prevenir una escandalosa variedad de demandas provenientes de una multitud de gente que sofocaría las actividades comerciales y volvería intolerable el diario vivir". Sobre las vías que ha recorrido la doctrina alemana para saldar ese vacío, los juristas alemanes "tratan de identificar ciertos criterios *incrementando* el rango y la intensidad de los deberes del demandado frente al demandante en determinadas situaciones y así, por vía excepcional, justifican la atribución de la responsabilidad. La protección de la confianza razonable generada en el demandante, sus particulares calidades profesionales o algún tipo de 'contacto social' entre las partes han sido propuestos como criterios útiles. Además, algunas construcciones contractuales bastante forzadas han sido utilizadas para superar las excesivas limitaciones del régimen de responsabilidad extracontractual". Sobre el origen histórico de las disposiciones del BGB en esta materia, ver REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit. (nt. 18), 79 y ss.; MARTIN IMMERHAUSER, *Das Dogma von Vertrag und Delikt. Zur Entstehungs- und Wirkungsgeschichte der sweigeteilten Haftungsordnung*, Böhlau ed., Colonia-Weimar-Viena, 2006, 351 y ss.

⁵⁸ En general, sobre la estructura de la responsabilidad por hecho ilícito en Alemania, KONRAD ZWIEGERT/HEIN KÖTZ, *Introduction to Comparative Law*, cit. (nt. 8), 638 y ss.; BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts. A Comparative Treatise*, 4ª ed., Hart Publishing, Oxford-Portland, 2002, *passim*. Sobre el papel de la jurisprudencia en la interpretación y

arquitectura del BGB sustituyó una única 'maxi'-cláusula general de responsabilidad por tres 'mini'-cláusulas⁵⁹.

La principal limitación que ha conllevado este diseño ha sido la dificultad para encontrar un fundamento del resarcimiento de los denominados daños meramente patrimoniales (*reiner Vermögensschaden*), esto es, los daños que no tienen una conexión precedente con un daño a la persona o a la propiedad⁶⁰. En otras palabras, no cabe duda de que el daño patrimonial es resarcible si es consecuencia de la lesión de uno de los intereses jurídicos previstos en el § 823, I del BGB⁶¹; o si dicho tipo de daño se encuentra cubierto por el ámbito de la norma legal de cuya violación se deriva la responsabilidad, de conformidad con el numeral 2º del § 823; o si se reúnen los presupuestos de la presencia del dolo y la contrariedad a las buenas costumbres del § 826 del BGB. Pero fuera de estos casos, los daños meramente patrimoniales difícilmente encuentran un fundamento en el régimen aquiliano de responsabilidad. Así, por ejemplo, los casos en los que una intervención negligente de un tercero causa una interrupción de la energía que lleva a detener la producción de una empresa, cuando dicha intervención negligente no implica al mismo tiempo una lesión de uno de los derechos absolutos reconocidos en el § 823, I del BGB⁶²; o en casos de

flexibilización del régimen de responsabilidad extracontractual establecido en el BGB, ver REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit. (nt. 18), 79 y ss.

⁵⁹ CLAUS-WILHELM CANARIS, "Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (prima parte)", cit. (nt. 56), 573.

⁶⁰ Así, MAURO BUSSANI/VERNON V. PALMER "The notion of pure Economic Loss and its Settings", en ID. (ed.), *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge U. Press, Cambridge, 2003, 5. Al daño puramente patrimonial se opone el daño indirecto (*consequential loss*), es decir, el daño que tiene una conexión con cualquier daño a la persona o la propiedad del lesionado. La categoría de daño puramente patrimonial es utilizada sólo en algunos ordenamientos jurídicos europeos, como Inglaterra, Suecia y Alemania.

⁶¹ La jurisprudencia ha extendido los intereses jurídicos cobijados bajo el § 823 I del BGB, en especial interpretando la expresión "otro derecho de un tercero", incluyendo derechos considerados *absolutos* como la posesión, derechos reales como la servidumbre, la hipoteca, el derecho al nombre, diferentes tipos de derechos sobre bienes inmateriales. Así mismo, se han creado jurisprudencialmente nuevos derechos protegidos, como el 'derecho a una empresa establecida y ejercida' y la protección a la personalidad y la intimidad. Sobre los desarrollos históricos en este sentido ver, por todos, REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit. (nt. 18), 85 y ss.; sobre el estado actual de la situación, BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts*, cit. (nt. 58), 69 y ss.

⁶² Determinantes son los celebres "casos de los cables", en particular dos sentencias del Tribunal Federal Alemán. En el primer caso (9 de diciembre de 1958), una excavadora realizando trabajos en un terreno causó daños a un cable subterráneo de alta tensión de propiedad de una empresa de energía, que a su vez suministraba el servicio de electricidad a una tipografía. Como consecuencia del daño ocasionado al cable de alta tensión, la tipografía permaneció inoperante por varias horas y se solicitó el resarcimiento del daño ocasionado por la empresa propietaria de la excavadora. El Tribunal Federal Alemán negó cualquier tipo de resarcimiento, pues se estaba en presencia de un daño meramente patrimonial como consecuencia de la interrupción de la producción, no se había lesionado ninguno de los derechos previstos por el § 823, I del BGB, ni tampoco se podía hablar de una lesión del derecho a una empresa establecida y ejercida, pues el daño no había sido producto de una actividad

suministro de información errada o imprecisa que conlleva para el destinatario de la información un daño meramente patrimonial⁶³.

Para suplir estos vacíos, la jurisprudencia no dudó en extender el régimen de responsabilidad contractual, bien fuera mediante la configuración de contratos implícitos de información⁶⁴, mediante la creación de deberes de protección contractuales y su extensión a favor de terceros, o mediante el recurso a la figura de la *culpa in contrahendo*, construida como una responsabilidad derivada de una relación obligatoria de naturaleza legal, surgida como consecuencia del contacto negocial y que sigue los principios de la responsabilidad contractual, precisamente para evadir las deficiencias de la responsabilidad aquiliana.

En segundo lugar, el régimen de responsabilidad civil extracontractual contenido en el BCB presenta otra particularidad en relación con la responsabilidad por el hecho de los auxiliares o dependientes. De conformidad con el § 831, n.º 1º del BCB "quien encarga una actividad está obligado al resarcimiento del daño" que su auxiliar o dependiente ocasiona a un tercero, pero puede en todo caso exonerarse de su responsabilidad si demuestra diligencia en la elección de la persona

tendiente directamente a afectar a la empresa (requisito exigido por la jurisprudencia para poder aplicar dicha figura). En el segundo caso (4 de febrero de 1964) una persona al cortar algunos árboles causó daños en las líneas eléctricas aéreas, llevando a la interrupción del servicio de energía que afectó a una empresa avícola. Como consecuencia del hecho, el desarrollo de los huevos empollados artificialmente fue interrumpido, se obtuvo un número menor de aves y se perdieron otras que nacieron con malformaciones. En contraste con la decisión anterior, el Tribunal Federal Alemán, sí concedió el resarcimiento del daño sufrido por la empresa avícola, en cuando habría sido lesionado el derecho de propiedad de esta última sobre los huevos y las aves. La contrariedad de las decisiones en hipótesis sustancialmente similares, demuestra las dificultades en las que se puede encontrar un juez alemán cuando tiene que determinar el fundamento del resarcimiento de un daño meramente patrimonial. Sobre estos y otros 'casos de los cables', FILIPPO RANIERI, "Cable cases e responsabilità per danni puramente economici: Il 'Case Method' come esempio di approccio didattico nell'insegnamento del diritto privato europeo", en *Quaderni di diritto privato europeo*, 2, 1998, 151 y ss.; BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts*, cit. (nt. 58), 203 y ss.

⁶³ Así, por ejemplo, el Tribunal Federal Alemán (BGH, 12, febrero, 1979, 6º sala civil): el demandante solicita el resarcimiento de los daños causados por el demandado, un banco internacional, por un daño derivado de una información inexacta suministrada por una de sus filiales, información relacionada con la fiabilidad crediticia de un tercero. El tribunal deduce la responsabilidad contractual del banco al suministrar información: "En este caso el banco se dirige a un grupo bien definido de posibles prestamistas, que están interesados en anticipar dinero para un proyecto específico. La información está dirigida a este grupo al que los demandados deseaban atraer, y que saben que ese grupo utilizará dicha información para tomar decisiones económicas fundamentales. [...] debido a las finalidades que se buscan con la información, el banco debe ser consciente de que las personas que probablemente se basarán en ella deben entender esa información en el sentido de una declaración jurídicamente vinculante. [...] Es por ello que, en este caso, la buena fe lleva a que surja una relación contractual cuando el destinatario potencial ha confiado en ella para tomar su decisión", configurando de esta forma un "contrato de suministro de información", al respecto, ver BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts*, cit. (nt. 58), 265.

⁶⁴ Ver supra última nota.

encargada o en la dirección de la actuación de esta última (diligencia *in eligendo* e *in vigilando*)⁶⁵. Sin lugar a dudas, esta posibilidad de exoneración, no presente en otros ordenamientos de estirpe romanista⁶⁶, puede conducir en el caso concreto a resultados verdaderamente inequitativos. Como consecuencia, al igual que en el caso del daño puramente patrimonial, la jurisprudencia ha tomado el camino de la responsabilidad contractual (y cuasi-contractual representada en la figura de la culpa *in contrabendo*)⁶⁷, en donde dicha posibilidad de exculpación no existe⁶⁸, para

⁶⁵ Una norma, por lo demás, introducida de forma consciente por los redactores del BGB. Como señala SYBILLE HOFER, "Drittschutz und Zeitgeist. Ein Beitrag zur privatrechtlichen Zeitgeschichte", en ZRG (GA), 117, 380 y s., el § 831 del BGB fue introducido como norma de protección de los pequeños empresarios contra los riesgos financieros que se derivarían si tuvieran que responder por todos los errores de sus dependientes.

⁶⁶ Una responsabilidad sin posibilidad de exculpación de los propietarios y comitentes está prevista en el art. 1384, inc. 5º c.c. francés ("Los propietarios y los comitentes, [serán responsables] del daño causado por sus criados y encargados en el desarrollo de las funciones que les hubieran encargado"); en el mismo sentido, art. 2049, c.c. italiano.

⁶⁷ El caso más célebre es el denominado 'caso del linóleo' (Corte Imperial, sentencia del 7 de diciembre de 1911): una señora que había entrado en un almacén por departamentos a buscar un tapete, resultó lesionada por unos tapetes enrollados que habían sido manipulados negligentemente por parte de un empleado del almacén. La Corte Imperial en este caso afirmó la existencia de una "relación jurídica preparatoria del contrato de compraventa" que "ostenta un carácter similar al contractual", pudiendo de esta forma aplicar el § 278 del BGB y evadiendo la posibilidad de exoneración del propietario del almacén. En este caso, la Corte Imperial abiertamente reconoció el motivo de justicia que la empujaba a esta decisión: "[...] se iría en contra del sentido general de justicia si el propietario del negocio –con quien el potencial comprador deseaba hacer la compra– debiera responder sólo de conformidad con el § 831 del BGB, y no incondicionalmente, de manera que si el propietario lograra salir exonerado, la persona lesionada tendría que dirigirse contra el empleado que usualmente carece de recursos económicos". El mismo argumento de justicia para evadir las consecuencias del § 831 del BGB fue usado expresamente por la Corte Imperial posteriormente (sentencia del 5 de octubre de 1917), esta vez para proteger a un tercero ajeno al contrato, recurriendo a la figura de la interpretación integradora: se debe presumir que el arrendatario al celebrar el contrato de arrendamiento desea obtener la misma protección para los miembros de su núcleo familiar y adquirir para ellos los mismos derechos de los que él goza. Sobre estos dos casos, ver REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit. (nt. 18), 97 y ss. Esta línea fue continuada por la Corte Imperial y el Tribunal Supremo Federal, en otros casos: El caso del 'contador de gas' (Corte Imperial, sentencia del 10 de febrero de 1930, en el cual se emplea la figura que posteriormente sería denominada contrato con efectos de protección a favor de tercero); el caso de 'la cáscara de banano' (Tribunal Supremo Federal, sentencia del 26 de septiembre de 1961, en donde se recurre a la figura de los deberes similares a los contractuales derivados de la culpa *in contrabendo* para asignar la carga de la prueba al demandado en el caso de una persona que se lesiona al resbalar dentro del negocio en una cáscara de banano); el caso de 'la hoja de lechuga' (Tribunal Supremo Federal, sentencia del 28 de enero de 1976, en el que por primera vez se combina la figura de la culpa *in contrabendo* con la del contrato con efectos de protección a favor de terceros, en un caso en el que un niño que acompañaba a hacer compras a su madre, resbaló en una hoja de lechuga mientras esperaban para pasar a la caja. En este caso el Tribunal recurrió a estas figuras no sólo para obtener una inversión de la carga de la prueba en beneficio del damnificado, sino también para eludir el corto plazo de prescripción del régimen de responsabilidad extracontractual que imperaba en aquella época): Sobre estos casos, de forma concisa CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, t. 1, C.H. Beck, Munich, 1996, 197 y s.

⁶⁸ § 278 del BGB: "El deudor debe responder de la culpa de su representante legal y de las per-

evadir las limitaciones del § 831, n.º 1º del BGB⁶⁹. Una vez más, la construcción de contratos implícitos y de deberes de protección incluyendo terceros ajenos a la relación contractual y a la relación obligatoria han sido las “muletas y construcciones auxiliares” que han servido para neutralizar estas debilidades⁷⁰.

Por todo lo anterior, ha sido reconocido por la doctrina que de no haber existido estas restricciones, “las figuras de la *culpa in contrahendo*, de la violación de deberes de protección en el ámbito del contrato y del contrato con efectos de protección a favor de terceros nunca se habrían desarrollado de la manera como terminó ocurriendo”⁷¹.

sonas de que se sirve para el cumplimiento de sus obligaciones con la misma extensión que de la culpa propia”. CLAUS-WILHELM CANARIS, “Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione (prima parte)”, cit. (nt. 56), 804, advierte que, en todo caso, la diferencia entre el régimen de responsabilidad contractual y extracontractual por el hecho de un auxiliar o dependiente, no sólo depende de la posibilidad de exculpación, pues “[t]ambién si el legislador aboliera esta posibilidad, sigue existiendo en todo caso, en el ámbito de la responsabilidad de los auxiliares, la exigencia –si bien evidentemente muy reducida– de una aplicación concurrente del § 278 del BGB” ya que “el concepto de auxiliar allí entendido es más amplio que el del § 831 del BGB, al cobijar también la figura del auxiliar independiente (“independent contractor”). En este marco, por lo tanto, [...] las figuras de la “*culpa in contrahendo*”, de las violaciones positivas del contrato y del contrato con efectos de protección frente a terceros mantendrían su función, incluso luego de una eventual reforma del par. 831 del BGB”.

⁶⁹ Las limitaciones del § 831, n.º 1º del BGB también han sido parcialmente superadas dentro del mismo ámbito de la responsabilidad extracontractual mediante la figura de origen jurisprudencial de los deberes de garantizar la seguridad en el tráfico (*Verkehrssicherungspflichten* o *Verkehrspflichten*), que han sido definidos de la siguiente manera: “[...] quien mediante su actividad o con su propiedad crea una fuente de riesgo potencial en la vida cotidiana que pueda afectar los intereses y derechos de terceros, está obligado a asegurar la protección de estos últimos contra los riesgos por él creados” (así, BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts*, cit. (nt. 58), 86; sobre el origen de esta figura, REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit. (nt. 18), 93 y ss.). En particular, una parte de la doctrina considera que las dificultades han sido superadas con el desarrollo de la “responsabilidad organizacional” (*Organisationsverschulden*), según la cual el empresario o titular del negocio debe organizar su negocio o empresa de forma tal que la actividad empresarial o laboral no ocasione daños a terceros; en caso de no cumplir con dicho deber, el empresario o titular del negocio es responsable con fundamento en el § 823 y no del § 831 del BGB, independientemente de la falta de diligencia de sus auxiliares o dependientes; al respecto CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, t. 1, cit. (nt. 67), 183 y ss.; BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, ult. op. cit., 702 (quien además señala cómo este desarrollo sirvió como puente hacia el reconocimiento de la responsabilidad por productos defectuosos mediante la inversión de la carga de la prueba por una deficiente organización del proceso de producción). Concuerdan en la idoneidad de esta figura para limitar la aplicación de la figura del contrato con efectos de protección a favor de terceros para evadir las consecuencias del § 831 del BGB, DIETER MEDICUS, *Schuldrecht I. Allgemeiner Teil*, cit. (nt. 44), no. 776, 374; PETER SCHLECHTRIEM, “Schutzpflichten und geschützte Personen”, en *Festschrift für Dieter Medicus zum 70. Geburtstag*, Carl Heymanns Ed., Colonia-Berlín-Bonn-Munich, 1999, 530; MARTIN J. SCHERMEIER, “Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law”, en E.J.H. SCHRAGE (ed.), *Ius quaesitum tertio*, Dunkler & Humblot, Berlín, 2008, 315.

⁷⁰ THOMAS GIARO, “*Culpa in contrahendo*: eine Geschichte der Wiederentdeckungen”, en AAVV., *Das Bürgerliche Gesetzbuch und seine Richter*, V. Klostermann, Frankfurt am Main, 2000, 131.

⁷¹ Así, CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, t. 1, C.H. Beck, Munich, 1996, 197.

2.3. *Excursus*. El paralelismo entre las "obligaciones de seguridad" en Francia y los "deberes de protección" de la doctrina alemana

En Francia, gracias a la cláusula general del art. 1382 del c.c.fr, el problema del resarcimiento de los denominados daños puramente patrimoniales en principio no se plantea, al punto que dicha categoría resulta prácticamente desconocida⁷². Por otra parte, tampoco existe la posibilidad de exculpación por el hecho de auxiliares o dependientes, ya que según el art. 1384, n.º 5º "los propietarios y los comitentes [responden] del daño causado por sus criados y encargados en el desarrollo de las funciones que les hubieran encargado". Y sin embargo, en el ordenamiento jurídico francés es posible encontrar desarrollos que guardan cierto paralelismo con la figura de los deberes de protección de la experiencia alemana.

La jurisprudencia francesa ha desarrollado la figura de la obligación de seguridad (*obligation de sécurité*), mediante la cual se reconocieron deberes de comportamiento más allá de la prestación, que buscaban proteger a los contratantes originalmente contra daños a la persona y a la salud, posteriormente también contra menoscabos en los bienes de su propiedad⁷³. Considerada fruto de la interpretación del contrato⁷⁴, esta figura fue inicialmente reconocida en 1911 por la jurisprudencia en el ámbito del contrato de transporte⁷⁵ al establecer el principio según el cual el

⁷² Así, literalmente, CHR. LAPOYADE DESCHAMPS, "La réparation du préjudice économique pur en droit français", en *Revue Intern. de Droit Comparé*, 1998, 367 ss. [citado por FILIPPO RANIERI, "Cable cases e responsabilità per danni puramente economici", cit. (nt. 62)]: "Este tema es particularmente difícil de tratar o incluso de concebir para un jurista francés, porque éste, a priori, no conoce ni el problema, ni siquiera la expresión misma". Sobre la evolución de la interpretación del régimen de responsabilidad extracontractual de los arts. 1382 y ss. del c.c.fr., RODOLFO SACCO, "Legal Formants: A Dynamic Approach to Comparative Law", 2ª parte, en *The American Journal of Comparative Law*, 39, 1991, 358 y ss., en donde además se pone de presente cómo durante la primera mitad del siglo XIX los autores franceses entendían el art. 1382 c.c.fr., de una manera restrictiva, esto es, sometiendo su aplicación a la lesión de derechos absolutos o la violación de una norma que protegía a la víctima, lo que conducía al mismo resultado que luego sería plasmado en el § 823 del BGB.

⁷³ Así, en relación a la obligación de seguridad que pesa en cabeza del vendedor profesional, quien "está obligado a entregar los productos exentos de cualquier vicio o defecto de fabricación que pueda ocasionar un daño para las personas o los bienes" (Casación civil, cámara 1ª, 20 de marzo de 1989; sobre la evolución de la obligación de seguridad en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos ver infra nt. 107); o a favor de animales, una obligación de seguridad a cargo del veterinario en el tratamiento del animal. Sobre estos casos, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 83 y nt. 144. Crítico al respecto, PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, Dalloz, París, 2006, nº 3299, 748: "en estricto sentido, no existe una obligación de seguridad en relación a las cosas".

⁷⁴ Si bien su fuente no es la intención de las partes, sino la equidad. Al respecto FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., Dalloz, París, 1993, 331; MARIE-HÉLÈNE MALEVILLE, *Pratique de l'interprétation des contrats. Etude jurisprudentielle*, Publicaciones de la U. de Rouen, 1991, 253, 255.

⁷⁵ Casación civil, sentencia del 21 de noviembre de 1911. Jurisprudencia confirmada poco tiempo después en sentencias del 17 de enero y del 21 de abril de 1913. Al respecto, PIER

transportador "tiene la obligación contractual de transportar al pasajero sano y salvo hasta su destino", una decisión cuyo resultado, por cierto, guarda una sorprendente similitud con dos sentencias adoptadas por la misma época por la Corte Imperial alemana⁷⁶, si bien con fundamentos y finalidades diferentes. Mientras que en estas últimas mediante la imposición de un deber de protección contractual en cabeza del transportador se buscó evadir la posibilidad de exculpación de la empresa de ferrocarriles frente a la culpa de su dependiente de conformidad con el § 831, n.º 1º del BGB, la creación de la obligación de seguridad en el área francesa tuvo otro desarrollo histórico-sistemático⁷⁷.

Hasta finales del siglo XIX la Corte de Casación francesa consideraba que un resarcimiento por el daño ocasionado al pasajero durante la ejecución de un contrato de transporte estaba sometido a la disciplina de la responsabilidad extracontractual con fundamento en la cláusula general del art. 1382 del c.c.fr., lo que conllevaba la necesidad de probar una culpa del transportador. Por el contrario, si los daños recaían sobre las cosas transportadas, el régimen aplicable era el de la responsabilidad contractual⁷⁸. Este diferente tratamiento, que colocaba a la persona en peor posición que la mercancía, fue objeto de críticas en la doctrina y condujo a que la *Cour de Cassation* cambiara su posición en los albores del siglo XX, 'contractualizando' el daño por medio de la creación de una obligación de seguridad de resultado, logrando de esta forma conceder una protección adecuada al pasajero lesionado,

GIUSEPPE MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale. Analisi comparata di un problema*, CEDAM, Padua, 1989, 77 y ss.; FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit. (nt. 7), 807 y ss.

⁷⁶ Un deber de protección (*Obhutspflicht*) de la integridad del pasajero en materia de contrato de transporte fue reconocido ya en 1903 por la Corte Imperial (sentencia confirmada en 1905), en un caso en el que el pasajero había resbalado al bajar de un tren, debido a que el piso congelado por las temperaturas no había sido adecuadamente limpiado por los empleados de la empresa de ferrocarriles. En este caso, debido a la deficiencia en materia de responsabilidad extracontractual por el hecho de los auxiliares y la posible exculpación de la empresa, la Corte Imperial afirmó que del contrato de transporte surgía el deber en cabeza del transportador de transportar a los pasajeros sin poner en peligro su salud hasta su destino. Al respecto, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 84 y ss.

⁷⁷ Sobre lo que sigue, PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit. (nt. 73), n.º 3302 y ss., 749 y ss.; WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 85 y ss.; LUIGI LAMBO, *Obblighi di protezione*, CEDAM, Padua, 2007, 157 y ss.; FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit. (nt. 7), 807 y ss.; CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, cit. (nt. 67), t. I, 469 y ss.; SIMON WHITTAKER "Privity of Contract and the Law of Tort: the French Experience", en *Oxford Journal of Legal Studies*, 15, 1995, 334 y ss.

⁷⁸ Así como resumen H. CAPITANT/F. TERRÉ/Y. LEQUETTE, *Les grands arrêts de la jurisprudence civile*, t. I, 12ª ed., Dalloz, París, 2008, 760, la Corte de Casación "al negarse a equiparar el transporte de pasajeros con el transporte de cosas, dado que el transportador no puede vigilar a los pasajeros, quienes son libres en sus movimientos, de la misma manera que vigila las materias inertes, decidió que el transportador simplemente contrata la obligación de transportar al pasajero, mas no la de protegerlo contra cualquier tipo de accidente. En consecuencia, le correspondería al pasajero la prueba de que el accidente había sido causado por la culpa del transportador".

ya que se liberaba a este último de la prueba de la culpa del transportador, quien a su vez podía exonerarse solamente demostrando una causa extraña.

Adicionalmente, se debe tener en cuenta que para aquella época aún no se había consolidado la responsabilidad general por el hecho de las cosas, desarrollado con fundamento en el art. 1384, n.º 1º del c.c.fr.⁷⁹, por lo que no se vislumbraba todavía una alternativa sólida diferente al recurso al ámbito contractual para proteger debidamente al pasajero⁸⁰; por otra parte, a pesar que no se había establecido la regla del no-cúmulo, se venía imponiendo la neta separación entre la responsabilidad contractual y extracontractual en la doctrina francesa, después de un período en el que el régimen de responsabilidad extracontractual había sido aplicado también a cuestiones contractuales⁸¹.

A partir de esa sentencia, la jurisprudencia extendió progresivamente las obligaciones de seguridad a otras áreas de la actividad económica en las que los riesgos para los contratantes exceden los riesgos innatos de la vida cotidiana⁸², obligaciones en gran parte de los casos impuestas a cargo de un profesional, quien, se considera, debe asumir las consecuencias de su actividad⁸³. Sin embargo, la suerte de las obligaciones de seguridad no estaría exenta de fluctuaciones, de lo cual es representativa la evolución de la figura en el contrato de transporte.

La inicial imposición de obligaciones de seguridad del resultado en el caso del contrato de transporte de pasajeros, extendida luego también fuera del trayecto mismo a los daños sufridos en los andenes y las instalaciones ferroviarias⁸⁴, así como a otros casos⁸⁵, fue objeto de críticas, pues a pesar de que el daño se producía

⁷⁹ Sobre el surgimiento y evolución de la teoría del 'riesgo' en Francia, ver GENEVIÈVE VINEY, *Tratado de derecho civil. Introducción a la responsabilidad*, [Trad. esp. F. Montoya Mateus], U. Externado de Colombia, Bogotá, 2007, 108 y ss.

⁸⁰ FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, 5ª ed., Dalloz, París, 1993, 408.

⁸¹ Al respecto, ver la detallada exposición de PIER GIUSSEPPE MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. (nt. 75), 47 y ss.; CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, cit. (nt. 67), t. I, 430 y s.

⁸² Diversos contratos de transporte y similares (tele-esquí, telecabinas, teleférico), contratos en los que se ponen a disposición instalaciones para el deporte, para juegos, para la organización de espectáculos, contrato de trabajo, contrato de hotelería y restauración, prestación de servicios por parte de agencias de viajes, así como en el contrato de compraventa. En general, para un análisis casuístico, LUIGI LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit. (nt. 77), 164 y ss. Sobre el empleo de la *obligation de sécurité* en el caso de responsabilidad por productos defectuosos, ver *infra* nt. 107.

⁸³ PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit. (nt. 73), n.º 3301, 749: "en definitiva, la obligación de seguridad constituye "un mecanismo de transferencia de los riesgos" de la víctima a cargo del profesional".

⁸⁴ Corte de Casación, 1ª cámara civil, 17 de mayo de 1961.

⁸⁵ Obligación de seguridad en beneficio de un huésped de un hotel que se lesiona al resbalar a causa de una cáscara de fruta en la recepción del hotel (Corte de apelación de Riom, 19 de marzo de 1937); en beneficio de un pasajero que resbala en la metropolitana de París debido a la nieve (Corte de Casación, 1ª cámara civil, 7 de julio de 1954); en beneficio de un niño que en su permanencia en la guardería sufre una lesión (Corte de Casación, 1ª cámara civil,

dentro del ámbito de responsabilidad del deudor, también el comportamiento del acreedor implicaba un rol concurrente en la producción del daño. De allí que la jurisprudencia no tardara en aplicar a las obligaciones de seguridad la *summa divisio* entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado que había sido propuesta por DEMOGE en 1925, con el fin de evitar un excesivo endurecimiento y un desbordamiento de la responsabilidad contractual. Al recurrir a dicha distinción utilizando los parámetros del rol activo de la víctima y del alea en las obligaciones de seguridad, la mayor parte de éstas terminaron siendo consideradas como obligaciones de medios, perdiendo su intensidad y efectividad, o como lo ha descrito un autor, llevándolas a perder su energía⁸⁶. A su vez, esta atenuación de las obligaciones de seguridad ocasionó incongruencias con la protección ofrecida por la disciplina de la responsabilidad extracontractual tal y como venía siendo desarrollada por la jurisprudencia.

En efecto, con la consolidación del principio del no-cúmulo en la jurisprudencia francesa según el cual la responsabilidad contractual y extracontractual se excluyen mutuamente y la existencia de un contrato impide el recurso a las reglas previstas para la responsabilidad extracontractual⁸⁷, y con el desarrollo de la responsabilidad por el hecho de las cosas a partir del art. 1384 n.º 1º del c.c.fr.⁸⁸, se creó un delicado problema de coordinación con el régimen de responsabilidad contractual, en particular con las obligaciones de seguridad. El ejemplo más ilustrativo se puede encontrar en una decisión de la Corte de Casación de 1970⁸⁹, en la cual se estableció que fuera del trayecto correspondiente al contrato de transporte sólo se configuraba a cargo del transportador una "obligación general de prudencia y diligencia", es decir, una obligación de seguridad de medios. Así, al pasajero que

7 de julio de 1954); casos citados por WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 88.

⁸⁶ PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Droit Civil. Les obligations*, 2ª ed., Cujas ed., París, 1990, 444.

⁸⁷ Posición consolidada en la sentencia de la Corte de Casación Civil, del 11 de enero de 1922: "Es solamente en materia de delito o de cuasidelito que cualquier culpa obliga a su autor a resarcir el daño; los arts. 1382 y ss. del c.c., no tienen aplicación cuando la culpa ha sido cometida en la ejecución de una obligación que resulta de un contrato". Sobre esta sentencia, CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, cit. (nt. 67), t. I, 429 y s.; ver también el profundo análisis de PIER GIUSEPPE MONATERI, *Cumulo di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*, cit. (nt. 75), 47 y ss., en donde se expone la evolución doctrinal y jurisprudencial de una amplia aplicación del régimen de responsabilidad extracontractual aún en caso de la existencia de un contrato, a las críticas doctrinales de esta posición y en defensa de la autonomía de ambos tipos de responsabilidad, hasta el momento en el que se consolidó el principio del *non-cumul*.

⁸⁸ Sobre la evolución y presupuestos de la responsabilidad general por el hecho de las cosas, JEAN CARBONNIER, *Droit civil. Les Obligations*, vol. IV, 383 y ss.

⁸⁹ Corte de Casación, 1ª cámara civil, 21 de julio de 1970; un año antes la Corte de Casación, 1ª cámara civil, 1º de julio de 1969, había ya limitado la obligación de seguridad de resultado al trayecto del transporte, sin especificar el régimen de responsabilidad más allá del mismo.

después de descender de un tren era embestido por otro pasajero sufriendo un daño, se le imponía la obligación de demostrar una falta de diligencia de la empresa de ferrocarriles en la ocurrencia de tal evento. Como consecuencia, la víctima no podía recurrir a la disciplina de responsabilidad extracontractual general por el hecho de las cosas que había sido desarrollada por la jurisprudencia a partir de finales del siglo XIX con fundamento en el art. 1384, n.º 1º del c.c.fr., una responsabilidad que al no exigir a la víctima la prueba de la culpa, resultaba mucho más ventajosa que el recurso a la figura de la obligación de seguridad de medios. Además, de esta situación podía derivarse la solución absurda según la cual, si en tal evento varias personas resultaban lesionadas, las que habían celebrado un contrato de transporte se encontrarían en una peor posición frente a los terceros ajenos a cualquier relación contractual con el transportador, pues estos últimos sí podrían beneficiarse del régimen de responsabilidad extracontractual indicado. Esta "incoherencia del sistema"⁹⁰ sería resuelta con un giro en la posición jurisprudencial en 1989⁹¹, en la cual la Corte de Casación consideró que fuera del trayecto del transporte propiamente dicho no existía una obligación de seguridad contractual (ni de medios ni de resultado), debiéndose aplicar, por el contrario, la disciplina de la responsabilidad extracontractual, en el caso concreto de accidentes en las estaciones ferroviarias, una responsabilidad derivada de la "*garde du sol*", esto es, la responsabilidad por el estado del suelo del local comercial, o de la instalación donde se lleva a cabo la actividad, desarrollada a partir del art. 1384, n.º 1º, del c.c.fr.⁹²

La extensión de la responsabilidad extracontractual, condujo a una pérdida de terreno de las obligaciones de seguridad, no sólo porque su ámbito temporal de aplicación fue reducido⁹³, sino porque, como ya se indicó, en su mayoría fueron consideradas obligaciones de medios, con la consecuente "pérdida de energía" de

⁹⁰ FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. (nt. 4), 431.

⁹¹ Corte de Casación, 1ª cámara civil, 7 de marzo de 1989. Sobre la relación entre la *obligation de sécurité* y la figura de la *garde du sol*, FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit. (nt. 7), 1370 y ss.

⁹² Esta línea jurisprudencial de aplicación de la responsabilidad extracontractual en situaciones de circulación por espacios abiertos, fue afirmada posteriormente por la Corte de Casación francesa en otros casos: responsabilidad de un centro médico, por la lesión de un paciente al caer en un hall de libre circulación (1ª cámara civil, sentencia del 10 de enero de 1990); responsabilidad del comerciante por la organización y funcionamiento del área donde se encuentra su establecimiento que es de entrada libre (2ª cámara civil, sentencia del 5 de junio de 1991, confirmada por la 1ª cámara civil, sentencia del 29 de mayo de 1996), sobre las cuales, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 204 y s.; ver también, PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit. (nt. 73), n.º 3308, 750 y s.

⁹³ Paradigmático es el caso del contrato de transporte y la solución adoptada por la Corte de Casación en 1989, una solución extendida a contratos similares como es el caso de los telesquí, telecabinas o teleféricos, entre otros, o a los contratos que se enmarcan en el sector del ocio y esparcimiento (carruseles, botes alquilados, toboganes, etc.): FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. (nt. 74), 409, 432.

las mismas⁹⁴. Además, la introducción de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado en las obligaciones de seguridad, lejos de aportar claridad, ha demostrado los límites de dicha clasificación y de los criterios de diferenciación utilizados⁹⁵, en particular la incertidumbre a la que conduce el criterio del rol ac-

⁹⁴ Si bien, como se desprende del análisis de WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 186 y ss., en algunas áreas se puede observar una permanencia, incluso un avance en áreas en las que tradicionalmente se tendía a reconocer meras obligaciones de seguridad de medios, en donde se comenzaron a reconocer obligaciones de seguridad de resultado. En particular, esto ha tenido lugar en el sector turístico y de esparcimiento; en el caso de las agencias de viajes, la jurisprudencia mediante la imposición de obligaciones de resultado en casos puntuales, abonó el camino a la normatividad posterior en la materia que imponía una responsabilidad por riesgo unitaria (ley del 13 de julio de 1992); Así mismo en el campo de la responsabilidad médica, si bien la jurisprudencia sigue calificando el objeto de la prestación en principio como obligación de medios, en relación con la seguridad del paciente, ha reconocido varios casos puntuales, una obligación de seguridad de resultado, por ejemplo, con relación a la utilización de materiales y aparatos, en el campo de la responsabilidad médica (*jurisprudence des prothèses*) (192 y s.). A esto se debe sumar la obligación de seguridad de resultado configurada en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, inicialmente reconocida por la jurisprudencia en 1989 (Cas. civ. cám. 1ª, 20 de marzo de 1989, confirmada en Cas. Civ., 1ª cam., 11 de junio de 1991, responsabilidad extendida a terceros en la sentencia de la Cas. civ. cám. 1ª, del 17 de enero de 1995), bajo la influencia de la Directiva comunitaria que sobre este tema se había expedido el 25 de julio de 1985 y cuya transposición en el ordenamiento jurídico francés tuvo que esperar hasta 1998 (art. 1386-4, c.c.fr.: "Un producto es defectuoso en el sentido del presente título cuando no ofrezca la seguridad que legítimamente se puede esperar de él", sobre la evolución de la obligación de seguridad en el ámbito de la responsabilidad por productos defectuosos, JEAN CALAIS-AULOY-FRANK STEINMETZ, *Droit de la consommation*, 7ª ed., 2006, Dalloz, Paris, 339 y ss. Ver también, FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit. (nt. 7), 1681 y ss., quien indica además cómo la jurisprudencia francesa recurrió en estos casos a la figura de la *obligation de sécurité* debido a que la *action directe* que había sido reconocida tiempo atrás contra cualquier participante a la cadena de venta y distribución, adoleció hasta la reforma de 2006 del corto término de prescripción de la acción por vicios redhibitorios -"*bref délai*"-). En fin, merece una mención especial una sentencia de la Corte de Casación francesa, del 17 de enero de 1995, en la cual se reconoció por primera vez una responsabilidad contractual por el hecho de las cosas. El caso era el siguiente: una niña de 4 años que había sido inscrita a un colegio privado, sufrió una lesión en un ojo a causa de un aro de plástico defectuoso usualmente utilizado en ejercicios de psicomotricidad. La Corte se pronunció a favor de la responsabilidad del productor del aro, siguiendo el camino ya indicado por la directiva comunitaria de 1985; y respecto de la entidad educativa, en lugar de derivar la responsabilidad de una obligación de seguridad (que posiblemente habría sido configurada como obligación de medios atendiendo a los criterios del alea y del rol activo de la víctima, y por lo tanto habría sido ineficaz pues habría sido difícil aportar la prueba de una *faute* de la misma), reconoció que "contractualmente, un establecimiento educativo está obligado a asegurar la seguridad de los alumnos que le han sido confiados, y por ende es responsable de los daños que sufran no solamente por su culpa sino también por el hecho de las cosas que él utiliza para la ejecución de su obligación contractual". Para un análisis de la sentencia, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *ult. ob. cit.*, 270 y ss.

⁹⁵ También se han aplicado a las obligaciones de seguridad la subclasificación en obligaciones (de seguridad) de medios reforzadas y obligaciones (de seguridad) de resultado atenuadas, buscando con las primeras facilitar el reconocimiento de la culpa del deudor, con las segundas, ser parte de una presunción de la culpa, pero el deudor conserva la posibilidad de probar la ausencia de la misma. Estas subclasificaciones evidencian la necesidad de flexibilidad en el caso concreto, así como la rigidez de lo inapropiado de la *summa divisio*. Sobre estas

tivo de la víctima en el caso concreto⁹⁶, que ha llevado a tratar situaciones sustancialmente similares, unas veces como obligación de seguridad de resultado, otras como obligación de medios⁹⁷. En todo caso, la figura de las *obligations de sécurité* ha sobrevivido, a tal punto que en los más recientes proyectos de reforma del derecho de las obligaciones se ha contemplado su codificación⁹⁸.

Como se puede observar en los desarrollos y las fluctuaciones expuestas, la figura de la obligación de seguridad presenta un ámbito de influencia en cierta

subdivisiones, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 91 y s.; FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. (nt. 74), 433.

⁹⁶ PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit. (nt. 73), n.º 3306 y s., 750.

⁹⁷ Así lo pone de presente LUGI LAMBO, *Obblighi di protezione*, cit. (nt. 77), 164 y s.: mientras que el gestor de un *bobsleigh run* tiene una obligación de seguridad de resultado (al igual que el gestor de una pista de carros chocones, limitado al momento en el que el usuario toma el puesto dentro del carro), el gestor de una escuela de equitación, de un hotel o restaurante, o el de un club de veraneo tienen una obligación de seguridad de medios, con lo que "surge la pregunta sobre en qué modo haya sido posible establecer que la '*liberté de manoeuvre*' del usuario de *bob-sleigh* es menor o igual a cero, respecto a la del alumno de equitación". Así mismo WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 90 y s., pone de presente cómo la misma jurisprudencia en casos concretos ha dado efectos a una obligación de seguridad de resultado, si bien las circunstancias encuadraban perfectamente en la configuración de una obligación de medios. Una "estrategia doble" que se puede encontrar en casos como en el que un cliente de un restaurante sufre un daño cuando al sentarse la silla se rompe, y en el cual la Corte de Casación considera que si bien el restaurador en principio tiene una obligación de seguridad de medios frente a sus clientes, en el caso concreto la obligación de poner a disposición sillas estables y en buen estado son parte integral del contrato de restauración, y dicha obligación había sido incumplida (Cas. Civ., 1ª cam., 2 de junio de 1981); en el caso de un huésped de un hotel, quien sufre un daño como consecuencia de la explosión de la calefacción de su habitación, en donde la Corte hace referencia a que la obligación que pesa en cabeza del hotelero de poner a disposición una calefacción segura es de medios, y sin embargo fundamenta su responsabilidad a prescindir de que haya existido un error en la manipulación del sistema por parte del huésped (Cas. Civ., 1ª cam., 19 de julio de 1983); en el caso de un niño que muere ahogado en la piscina de un restaurante alquilado para un evento, en el que el restaurador sólo había colocado unas sillas como barrera para acceder a la piscina, por lo que es considerado responsable por la escasas medidas de seguridad adoptadas sin importar el rol activo del menor (Cas. Civ., 1ª cam., 14 de marzo de 1995); en el caso de vuelos en parapente, en el que la Corte de Casación afirmó en un primer momento que pesaba a cargo del organizador sólo una obligación de medios (9 de octubre de 1996), para un año después reconocer una obligación de resultado (21 de octubre de 1997), con la única diferencia que en el primer caso el cliente había hecho uso del aparato por su propia cuenta, mientras que en el segundo el vuelo había sido supervisado por el encargado.

⁹⁸ Así, en el denominado *avant-projet Catala* de 2005, se ha propuesto codificar expresamente la figura: "art. 1150. La obligación de seguridad, inherente a algunos contratos, impone velar por la integridad de la persona del acreedor y de sus bienes". Por su parte, el *projet de la Chancellerie* presentado en 2009, que refleja una gran influencia de los principios UNIDROIT y los principios *Lando*, de una forma más general en el tema del *contenu du contrat* hace referencia a obligaciones expresas o implícitas: "art. 79. Las obligaciones contractuales son expresas o implícitas. Ellas pueden ser de dar, hacer o no hacer" y "art. 80. Las obligaciones implícitas se determinan con referencia a la intención de las partes y a sus relaciones habituales, pero también en consideración a la naturaleza del contrato de conformidad con la ley, los usos y la equidad".

medida paralelo al de la construcción dogmática de los deberes de protección en Alemania, pues ambas se encuentran en la frontera entre la responsabilidad contractual y extracontractual y en cierta medida implican una 'contractualización' de ciertos daños que, en principio, serían extracontractuales. Incluso, algún autor ha señalado cómo los resultados en materia de carga de la prueba obtenidos con la aplicación de la distinción entre obligaciones de medios y de resultado a las obligaciones de seguridad en el área francesa, son equiparables a los obtenidos por la jurisprudencia alemana que hace uso del principio de la repartición de la carga de la prueba de acuerdo con las esferas de riesgo⁹⁹.

Sin embargo, las diferencias que existen entre ambas construcciones también son considerables. Una diferencia sustancial entre el deber de protección y la *obligation de sécurité* se debe anotar en cuanto a su fisonomía. Mientras que, como ya se señaló, el deber de protección es considerado independiente de la prestación, al punto que es concebible a prescindir de la existencia de esta última (los denominados deberes de protección sin deber primario de prestación), rasgo esencial de la obligación de seguridad es su carácter accesorio a una obligación principal¹⁰⁰.

Adicionalmente, se debe señalar que el área francesa carece de una construcción dogmática unitaria clara y equiparable a la de los deberes de protección. De hecho, la figura de la *obligation de sécurité* abarca sólo una parte del área cobijada por los deberes de protección en Alemania, un área que resulta plenamente cubierta con la figura afín¹⁰¹ de los deberes contractuales de información y consejo (*obligation de renseignement et de conseil*), que ha experimentado una gran expansión durante el siglo XX en vista de la creciente complejidad de las nuevas situaciones contractuales y que tienen como finalidad que los contratantes puedan evitar un daño a su persona o a sus bienes¹⁰².

Pero resulta aún más relevante, la diferencia en el plano funcional. Como ha sido indicado por un comparatista, mientras que en Alemania los deberes de protección "sirven para intensificar la responsabilidad entre los contratantes en comparación con el régimen de responsabilidad extracontractual, en Francia esta función existe sólo si falta una *garde* de conformidad con el art. 1384, n.º 1º c.c.fr, o si se trata de

⁹⁹ WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 184. El principio de la repartición de la carga de la prueba atendiendo a las esferas de riesgo implica que "en algunos casos, en los que la causa del daño deriva de la esfera de poder o de organización del demandado, muchas veces le resulta al demandante difícil, si no imposible, probar una culpa del demandado, mientras que, por el contrario, para este último normalmente es fácil controlar su esfera de poder o de organización; de este modo él está 'más cerca' de aclarar los hechos y de soportar las consecuencias de una insuficiente aclaración de los mismos" (Tribunal Supremo Federal, sentencia del 9 de diciembre de 1976).

¹⁰⁰ Ver, por todos, PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit. (nt. 73), n.º 3295 y s.

¹⁰¹ "Hermana menor" de las obligaciones de seguridad, como lo expresa WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 93.

¹⁰² Así, PHILIPPE LE TOURNEAU, *Droit de la responsabilité et des contrats*, cit. (nt. 73), n.º 3352, 751.

una obligación de seguridad de resultado o si existe una inversión de la carga de la prueba de la culpa¹⁰³. En otras palabras, la interacción entre responsabilidad contractual y extracontractual que confluye en los deberes de protección y en las obligaciones de seguridad es sustancialmente diferente, estando determinada por las diferentes instituciones y figuras jurídicas existentes en cada una de las experiencias jurídicas. Así, la inexistencia de un principio de no-cúmulo¹⁰⁴ y las limitaciones de la disciplina de responsabilidad extracontractual en Alemania ya mencionadas, son elementos claves para entender la diferencia funcional respecto de las obligaciones de seguridad de la experiencia francesa, en la que, por el contrario, rige un principio de no-cúmulo y existe un régimen de responsabilidad extracontractual mucho menos rígido¹⁰⁵.

¹⁰³ CHRISTIAN VON BAR, *Gemeineuropäisches Deliktsrecht*, cit. (nt. 67), t. I, 469. En la misma dirección, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 200 y s., quien hace referencia por una parte, a una expansión "vertical" de la disciplina de responsabilidad extracontractual en Alemania, mediante la creación y expansión de supuestos de hecho que se suman a las hipótesis de responsabilidad contractual ya establecidas, por otra, se refiere a una expansión "horizontal" del régimen de responsabilidad aquiliana en Francia, que en vista del principio del *non-cumul* conlleva automáticamente a una restricción de la responsabilidad contractual.

¹⁰⁴ En el Derecho civil alemán rige el denominado principio de la concurrencia de pretensiones (*Grundsatz der Anspruchskonkurrenz*), de conformidad con el cual el acreedor en una relación contractual que ha sufrido determinados daños por el hecho de su deudor, puede fundar su pretensión de resarcimiento del daño tanto desde el punto de vista de la responsabilidad contractual, como de la responsabilidad extracontractual. Al respecto, WINFRIED-THOMAS SCHNEIDER, *Abkehr vom Verschuldensprinzip*, cit. (nt. 15), 18 y s., quien señala cómo "en el proceso civil [alemán] las peticiones sustentadas en un fundamento contractual y legal constituyen el mismo objeto del litigio, ya que la demanda y los hechos que la soportan son idénticos, esto es, solo una pretensión procesal es objeto del proceso y solo la fundamentación para el reconocimiento o el rechazo de las peticiones será diferente dependiendo del fundamento de la pretensión". Así, por ejemplo, si un concesionario de automóviles olvida en su local comercial colocar un aviso visible advirtiendo que el piso recién encerado está resbaloso, y como consecuencia de esta falta de diligencia un cliente que viene a recoger un automóvil resbala y cae produciéndose un daño corporal, el cliente puede sustentar su pretensión de resarcimiento tanto en el régimen de responsabilidad extracontractual (§ 823, n.º 1º del BGB), como en el régimen de responsabilidad contractual por violación de un deber de protección (§ 280 n.º 1º del BGB). Pero "su situación es más favorable si puede invocar el § 280, n.º 1º, porque en este caso el otro contratante debe responder por el descuido de sus auxiliares de conformidad con el § 278 (y no puede alegar la prueba de exculpación del § 831); además, porque de conformidad con el § 280, n.º 1º, frase final, el otro contratante tiene la carga de la prueba de que él no debe responder por la violación del deber, mientras que en las pretensiones derivadas del § 823, n.º 1º la víctima tiene la carga de probar que la otra parte se comportó de forma negligente": HEIN KÖTZ, *Vertragsrecht*, Mohr Siebeck, Tubinga, 2009, 206.

¹⁰⁵ Esta diferencia se puede observar también claramente en la disciplina de la responsabilidad derivada de la culpa *in contrabando* de la experiencia francesa. Así, en particular sobre el grupo de casos de una lesión del interés en la integridad (daño a la integridad personal o a los bienes) en la etapa precontractual, STEPHAN LORENZ, "Die *Culpa in contrabando* im französischen Recht", en *ZEuP*, 1994, 218 y ss., 242: "Mientras que en el derecho alemán las lagunas de la disciplina delictual se resuelven recurriendo al derecho contractual, en el derecho francés se encuentra más bien la situación contraria. Debido a que el derecho francés con su construc-

En fin, como a continuación se expondrá, en el derecho civil alemán, por las mismas particularidades señaladas, la extensión de los deberes de protección a terceros ajenos al contrato (y a la relación obligatoria) ha experimentado un gran auge, contrario a lo que se puede observar en el área francesa, en la cual, la tendencia ha sido a restringir las obligaciones de seguridad a las partes involucradas en el contrato¹⁰⁶, salvo en algunos casos como el del régimen especial de la responsabilidad del productor por productos defectuosos¹⁰⁷.

ción de una cláusula general, así como de la responsabilidad estricta por el hecho de auxiliares, no presenta la rigidez de la disciplina alemana de la responsabilidad extracontractual, el 'concepto artificial' de una responsabilidad contractual o cuasi-contractual no es necesaria".
¹⁰⁶ A partir de la interpretación extensiva del art. 1121 del c.c.fr. ("Se podrá estipular paralelamente en beneficio de un tercero cuando tal sea la condición de una estipulación que se haga por sí mismo o de una donación que se efectúe a otro"), por parte de la jurisprudencia, se elaboró la figura de la estipulación por otro (*stipulation pour autrui*), en virtud de la cual las partes pueden convenir que surja una obligación del promitente frente a un tercero beneficiario (JEAN CARBONNIER, *Droit civil. Les Obligations*, cit. (nt. 88), 187 y s.). Si bien la hipótesis normal es que las partes tengan la voluntad de estipular por otro, la jurisprudencia llegó a reconocer en ciertos casos que dicha voluntad podía ser tácita, configurando una estipulación por otro implícita, una ficción utilizada con el fin de garantizar mejor la seguridad de las personas, extendiendo el círculo de los terceros que pueden beneficiarse del contrato (FRANÇOIS TERRÉ/PHILIPPE SIMLER/YVES LEQUETTE, *Droit civil. Les obligations*, cit. (nt. 74), 379). Así, inicialmente se reconoció que "se debe presumir que el pasajero víctima de un accidente mortal ha estipulado en beneficio de las personas frente a las cuales tenía un deber de asistencia en virtud de un vínculo legal" (Corte de Casación 1ª cámara civil, 6 de diciembre de 1932; confirmada en sentencia del 24 de mayo de 1933), con lo que se buscaba que terceros ajenos al contrato pudieran ejercer la acción en responsabilidad contractual y así poder invocar la obligación de seguridad que pesaba en cabeza del transportador (PHILIPPE MALAURIE/LAURENT AYNÈS, *Droit Civil. Les obligations*, cit. (nt. 86), 123). Sin embargo, en una sentencia reciente (Cas. Civ., 1ª cám., 28 de octubre de 2003), la jurisprudencia decidió descartar la responsabilidad contractual con fundamento en dicha figura, en un caso de la muerte de algunos ciudadanos franceses en un accidente en el desarrollo de un viaje organizado en un país extranjero. Los familiares de las víctimas pretendían reclamar el resarcimiento de los daños morales, un daño que no era reconocido por el país donde había ocurrido el accidente, por lo que para que se aplicara la ley francesa alegaron la existencia de un contrato de transporte (y, por ende, una *stipulation implicite pour autrui*). La Corte se aparta de la solución contractual, afirmando la naturaleza extracontractual del daño. Esta figura fue aplicada también como fundamento de la responsabilidad de un centro de transfusión de sangre frente a un paciente que había recibido de un hospital una transfusión de sangre infectada con el virus del VIH (Corte de apelación de París, 1º de agosto de 1991; Cas. Civ., 1ª cám., 28 de agosto de 1998), anticipando la solución que sería acogida en la transposición en 1998 de la Directiva Comunitaria en materia de responsabilidad del productor por productos defectuosos de 1985, con lo que el recurso a la *stipulation pour autrui implicite* en estos casos ha dejado de ser necesaria; en este sentido MARIE-LAURE IZORCHE, "Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française", en LETIZIA VACCA (ED.), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli ed., Turín, 2000, 86 y s.; sobre el desarrollo de la responsabilidad del productor en la experiencia francesa ver *infra*, nt. 107.

¹⁰⁷ Mención aparte merece el régimen de responsabilidad del productor por productos defectuosos, incorporado en 1998 en el título cuarto del *code civil* (arts. 1386-1 al 1386-18), en donde se reconoce legalmente una obligación de seguridad que beneficia a cualquier víctima, exista o no un vínculo contractual (art. 1386-1). Esta extensión de la obligación de seguridad a terceros en esos casos ya había sido reconocida por la jurisprudencia en 1995 (Cas. Civ., cám., 1ª, del 17 de enero de 1995, sobre la cual ver *supra* nt. 94) confirmada en

III. ORIGEN Y RAZÓN DE SER DE LA FIGURA DEL "CONTRATO CON EFECTOS DE PROTECCIÓN A FAVOR DE TERCEROS" EN ALEMANIA

Con los elementos expuestos, ahora es posible comprender mejor el proceso de extensión de los deberes de protección a terceros ajenos a la relación contractual (y obligatoria). En el ordenamiento jurídico alemán, de una relación obligatoria, bien sea que tenga su fundamento en un contrato o en el contacto negocial, pueden surgir deberes de protección no sólo entre los contratantes o entre quienes se entabla el contacto negocial, sino también frente a terceros¹⁰⁸. En estos casos el tercero no está legitimado para exigir el cumplimiento de la prestación principal (en el caso del contrato), sino sólo para solicitar el resarcimiento de los daños derivados del incumplimiento de un deber de protección que pesaba en cabeza de una de las partes¹⁰⁹, aunque en la actualidad se reconoce que la protección contractual del tercero también puede activarse si el daño se produce como consecuencia del incumplimiento de la prestación principal¹¹⁰. Esta figura, que implica una flexibi-

una sentencia de la 1ª cám. Civ., 28 de agosto de 1998, en un caso relativo a la responsabilidad de un centro de transfusión, por el suministro de sangre contaminada de VIH a una paciente de un hospital. Interesante en este caso es que no sólo se reconoce la responsabilidad del productor (el centro de transfusión) frente al paciente, sino también frente a terceros (el marido y los hijos, víctimas *par ricochet*). Aún después de la implementación en 1998 de la Directiva Comunitaria en materia de responsabilidad por productos defectuosos, esta línea jurisprudencial que reconoce una obligación de seguridad de resultado a favor de terceros fue confirmada (Cas. Civ., 1ª cám., 13 de febrero de 2001), manteniendo en apariencia un régimen concurrente con el de los arts. 1386-1 y ss. Sin embargo, ha sido señalado cómo en una sentencia de 2002 de la Corte de Justicia de las Comunidades Europeas se rechaza implícitamente dicha línea jurisprudencial, en cuanto se afirma que al lado de la disciplina de la Directiva "sólo pueden subsistir los regímenes generales de responsabilidad que tengan un fundamento diferente, como la garantía por vicios ocultos o la culpa". En la medida en que tanto la Directiva Comunitaria transpuesta en 1998 y la línea de jurisprudencia francesa indicada tienen su fundamento en una obligación de seguridad, esta última debería ser absorbida en la primera. Al respecto, JEAN CALAIS-AULOY-FRANK STEINMETZ, *Droit de la consommation*, cit. (nt. 94), 342 y ss.; también en general sobre la evolución de este tipo de responsabilidad, FILIPO RANIERI, *Europäisches Obligationenrecht*, cit. (nt. 7), 1681 y ss. Por lo demás, la naturaleza de la responsabilidad del productor por productos defectuosos es todavía objeto de debate, afirmándose por algunos la naturaleza 'mixta' del régimen especial (JEAN CALAIS-AULOY-FRANK STEINMETZ, ult. ob. cit., 346; FILIPO RANIERI, ult. ob. cit., 1688, quien también subraya una "cierta similitud estructural" con la figura alemana del contrato con efectos de protección frente a terceros (nt. 129); pero ver PATRICE JOURDAIN, en *Rev. trim. dr. civ.*, 3, 1998, 686, quien entrevé una 'decontractualización' de la obligación de seguridad, por lo cual considera que la responsabilidad del productor se encuadraría como un régimen especial de responsabilidad extracontractual).

¹⁰⁸ HEIN KÖTZ, *Vertragsrecht*, cit. (nt. 104), 215; ID., "The Doctrine of Privity of Contract in the Context of Contracts protecting the Interests of Third Parties", en *Tel Aviv U. Stud. L.*, 195, 1990, 196.

¹⁰⁹ KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., (nt. 1), t. 1, 186.

¹¹⁰ PETER GOTTWALD, en *Münchener Kommentar zum BGB*, 5ª ed., C. H. Beck, Munich, 2007, § 328, n.º 117 y s. Esto resulta claro en los casos de responsabilidad de los peritos por informaciones imprecisas (*Expertenhaftung*) sobre los cuales se hará referencia más adelante, en los que el resarcimiento del daño del tercero surge de un cumplimiento defectuoso, en otras palabras,

lización del principio de la relatividad del contrato¹¹¹, ha sido usada para eliminar un vacío existente entre la responsabilidad contractual y extracontractual, vacío derivado de las limitaciones de esta última ya expuestas, esto es, la responsabilidad atenuada por el hecho de los auxiliares tal y como fue establecida en el § 831 del BCB y el ámbito restringido de bienes e intereses jurídicos protegidos de conformidad con el § 823, n.º 1º del BCB.

Si bien la denominación "contrato con efectos de protección de terceros" (*Vertrag mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*) fue acuñada en 1956 por KARL LARENZ¹¹², la idea de la extensión de este tipo de extensión de la responsabilidad contractual comenzó a construirse por la jurisprudencia ya desde la segunda década del siglo XX. En un primer momento, la figura fue derivada del contrato a favor de terceros (§ 328 del BCB¹¹³), recurriendo a la interpretación integradora del contrato, bien fuera como consecuencia de la ficción de una voluntad implícita de las partes, o simplemente justificándola como resultado de la finalidad del contrato. Así, en uno de los primeros casos que data de 1917¹¹⁴, un empleado B que trabajaba para la empresa estatal de los ferrocarriles, A, había sido trasladado de ciudad, para lo cual le fue asignada una nueva vivienda. Sin embargo, el anterior arrendatario que había ocupado el mismo inmueble había sufrido tuberculosis y había dejado contaminado el lugar, con tan mala suerte que la hija del empleado, H, contrajo la enfermedad. Esto ocurrió porque el médico que la empresa de ferrocarriles había contratado para la desinfección de la vivienda, C, no lo hizo ni a tiempo ni correctamente.

el perito no asume una obligación de cumplimiento específico frente al tercero, pero una vez que cumple, se crea a su cargo un deber de protección que incluye el correcto cumplimiento de su obligación, no sólo frente a su contraparte, sino también frente a determinados terceros que no hicieron parte del contrato. Así, GUNTHER TEUBNER, "Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract", en DAVID CAMPBELL/HUGH COLLINS, *Implicit Dimensions of Contract*, Oxford U. Press, Oxford, 2003, 333, nt. 2.

¹¹¹ Con esta denominación, BASIL MARKESINIS/HANNES UNBERATH/ANGUS JOHNSTON, *The German Law of Contract*, 2ª ed., Hart Pub., Oxford-Portland, 2006, 181, quien además de la figura en estudio, agrupa como ejemplos de dicha flexibilización el contrato a favor de un tercero propiamente dicho y la figura también propia del ordenamiento alemán de la *Drittschadensliquidation* o del *Transferred Loss*, entendiéndose por esta última la figura que "permite al acreedor contractual exigir (liquidar) el daño sufrido por un tercero derivado de la inejecución o ejecución defectuosa del contrato por parte del deudor contractual" (217).

¹¹² Por primera vez en una nota a la sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) del 25 de abril de 1956, en *NJW*, 1956, 1193.

¹¹³ "1. Mediante contrato puede establecerse una prestación a un tercero con el efecto que el tercero adquiere inmediatamente el derecho a reclamar la prestación" y "2. A falta de una determinación específica cabe deducir de las circunstancias, en especial de la finalidad del contrato, si el tercero adquiere el derecho, si el derecho del tercero nace inmediatamente o sólo bajo determinadas circunstancias y si debe reservarse a las partes contratantes la facultad de suprimir o modificar el derecho del tercero sin su asentimiento".

¹¹⁴ Corte Imperial, sala 3ª, sentencia del 5 de octubre de 1917, sobre la cual ver, REINHARD ZIMMERMANN, *Derecho romano, derecho contemporáneo, derecho europeo*, cit. (nt. 18), 97 y s.; MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law", en E.J.H. SCHRAGE (ed.), *Ius quaesitum tertio*, Dunkler & Humblot, Berlín, 2008, 306 y s.

En este caso tanto el empleado B –quien era realmente el único arrendatario y por lo tanto contraparte de la empresa de Ferrovías– como su hija C, demandaron a la empresa A.

La Corte Imperial decidió en este caso declarar responsable contractualmente a la empresa estatal tanto frente al arrendatario como frente a su hija quien resultaba ajena al contrato de arrendamiento, fundamentando formalmente su decisión en el § 328 del BGB, pues acudiendo a una ficción consideró que el arrendatario en este caso había deseado que los miembros de su núcleo familiar gozaran de los mismos derechos que como arrendatario surgían del contrato mismo. En realidad, la misma Corte Imperial no ocultó su intención de superar las deficiencias del régimen de responsabilidad extracontractual por el hecho de auxiliares o dependientes del § 831 del BGB, construyendo por medio de ficciones interpretativas un contrato a favor de terceros¹¹⁵.

Esta construcción fue mantenida en la jurisprudencia de la Corte Imperial¹¹⁶ y continuada por el Tribunal Supremo Federal (BGH), pese a las críticas de la doctrina, que ponía de relieve cómo la figura del contrato a favor de terceros del § 328 del BGB no era un fundamento idóneo, al no estar legitimado el tercero para exigir la ejecución del contrato, por lo que el único fundamento sería la interpretación integradora atendiendo a la finalidad del contrato y al principio de la buena fe¹¹⁷. La jurisprudencia, con una actitud muy pragmática, no se preocupó por el problema del fundamento dogmático, sino que se concentró en ofrecer criterios que permitieran una delimitación de la aplicación de la figura y evitar así una incontenible extensión de la responsabilidad contractual que terminara por desfigurar los contornos del contrato¹¹⁸.

¹¹⁵ En efecto, la verdadera razón por la cual llegó la Corte Imperial a esta decisión fue una razón de justicia: "dar un tratamiento diferente de tales derechos en el caso del arrendatario y en el caso de las personas que dependen de él atenta con el correcto sentido de la justicia".

¹¹⁶ Otro célebre caso resuelto por el *Reichsgericht* es el denominado "caso del medidor de gas" (sentencia del 10 de febrero de 1930), en el cual la empleada del servicio (E) que trabajaba en casa de (Z) sufrió una lesión a su integridad corporal cuando el medidor de gas, que había sido mal reparado por (X) un empleado de la empresa (Y). (E) demanda a la empresa (Y) y la Corte Imperial le concedió el derecho al resarcimiento del daño sufrido, con base en la figura del contrato a favor de terceros del § 328 del BGB: en el contrato de reparación del medidor de gas entre la empresa (Y) y la propietaria de la casa (Z), se entendía una vez más, la Corte Imperial recurría a esa figura para evadir por medio de la responsabilidad contractual la posibilidad de exculpación de la empresa (Y) por el error de su empleado (X), prevista en la disciplina extracontractual (§ 831 del BGB).

¹¹⁷ Una tesis impulsada especialmente por LARENZ en su nota a la sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) del 25 de abril de 1956, en *NJW*, 1956, 1193 y s.; ID., "Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen", en *NJW*, 3, 1960, 78 y ss.; ID., *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., (nt. 1), t. I, 185 y ss.; en el mismo sentido, JOACHIM GERNHUBER, "Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe – Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte", en *Festschrift für Arthur Nikisch*, Mohr ed., Tübinga, 1958, 249 y ss.

¹¹⁸ Sobre lo que sigue, MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law", cit. (nt. 69), 309 y ss.; WOLFGANG KRÜGER, "Vertraglicher Schutz von Drit-

Así, el BGH en 1959¹¹⁹, consideró como criterio determinante para poder extender los efectos de protección a terceros ajenos al contrato que el acreedor contractual fuera responsable por el "bien y el mal" (el *Wohl und Webe*) del tercero, esto es, que el acreedor contractual tuviera un interés o un deber de protección del tercero¹²⁰. Con esta fórmula, la jurisprudencia buscaba restringir el tipo de personas que podrían beneficiarse de la figura, resultado que logró durante algún tiempo. De ello es testimonio la negativa de la jurisprudencia a utilizar la figura del contrato con efectos de protección a favor de terceros en un caso de responsabilidad por productos defectuosos, lo que condujo paradójicamente, a que en Alemania ese tipo de responsabilidad se desarrollara dentro de la disciplina de responsabilidad extracontractual¹²¹.

tinteressen", en LETIZIA VACCA (ED.), *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica*, Giappichelli ed., Turín, 2000, 59 y ss.; KLAUS LUIG, "Effetti protettivi dei contratti: a favore e a carico di terzi", en *Ibid.*, 193 y ss.; STEFAN VOGENAUER, "Versprechen der Leistung an einen Dritten. §§ 328-335", en *HKK*, t. I, 2ª parte, Mohr Siebeck, Tübinga, 2007, n.º 121 y ss., 2031 y ss.

¹¹⁹ Caso "Capuzol", BGH, sentencia del 15 de mayo de 1959. La fórmula del *Wohl und Webe*, adoptada por el Tribunal había sido propuesta por KARL LARENZ en su nota a la sentencia del Tribunal Supremo Federal (BGH) del 25 de abril de 1956, en *NJW*, 1956, 1193 y s.

¹²⁰ En palabras del BGH (sentencia del 15 de mayo de 1959), los efectos de protección se extenderían a terceros "que por medio del acreedor entran en contacto con la prestación del otro contratante, lo cual también afecta al acreedor, en cuanto este último a su vez está obligado a su protección y asistencia, como el padre respecto de los miembros de la familia, y el empresario respecto de sus trabajadores", citado por KARL LARENZ, "Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personen", en *NJW*, 3, 1960, 80 y ss.

¹²¹ Es el famoso caso de la "peste aviaria", BGH, 6ª sala civil, sentencia del 26 de noviembre de 1968: el propietario de una hacienda avícola mandó a vacunar sus aves contra la peste aviaria, pocos días después la peste se desató y una gran cantidad de sus animales murieron. Resultó probado que debido a un negligente proceso de embotellamiento de las dosis de las vacunas, había existido una insuficiente esterilización de los contenedores de las vacunas, lo que había producido el daño. El propietario de la hacienda avícola demandó a la empresa productora que había vendido al veterinario la vacuna. El BGH rechazó parte de la argumentación de la Corte de Apelación quien había fundamentado su fallo en la responsabilidad contractual. Para el BGH, en este caso no se podía aplicar ni la figura de la indemnización del daño sufrido por un tercero (*Drittschadensliquidation*, sobre la cual ver *supra* nt. 111), así como tampoco el contrato con efectos de protección a favor de terceros. Sobre este último punto en particular, el BGH consideró que en el presente caso no se presentaba el presupuesto según el cual, para poder aplicar dicha figura a un tercero, el acreedor dentro de una relación contractual debe ser responsable por el bienestar de dicho tercero, una relación que no se puede afirmar que exista en un contrato de compraventa o en un contrato de prestación de servicios. De lo contrario, "existe el peligro de que el deudor no pueda calcular más el riesgo que asume al celebrar un contrato". Por el contrario, el BGH consideró, que en el caso en examen existían los presupuestos de una responsabilidad extracontractual de conformidad con el § 823 del BGB, pues estaba probado que el demandante había sufrido un daño y había demostrado el nexo de causalidad de éste y el defecto del producto. En cuanto a la culpa, consideró que el punto de partida debería ser la culpa del productor (presunción de culpa) pues "cuando una persona, al usar un producto industrial para el propósito declarado, sufre un daño en uno de los intereses jurídicos protegidos por el § 823 I del BGB, debido a la fabricación defectuosa del producto, debe ser el fabricante quien explique los antecedentes que causaron el defecto y así demostrar que no fue el responsable de la situación". Una traduc-

Sin embargo, no pasaría mucho tiempo antes de que el BGH prescindiera de dicho criterio. En un caso de 1977¹²² el Tribunal Supremo aplicó la figura del contrato con efectos de protección a favor de terceros, a pesar de que en la relación entre el acreedor contractual y el tercero a favor de quien se extendía el deber de protección no se configuraba de ninguna forma el presupuesto del "bien y el mal". El caso se puede resumir como sigue: un comerciante C regularmente suministraba gravilla a uno de sus clientes K, cargando directamente el precio a la cuenta bancaria que K tenía en su banco, B. K se quedó sin fondos, por lo que el banco B rechazó el cargo del precio de algunos suministros, pero sólo informó de esta situación al banco de C, un mes después, por lo que C continuó suministrando la gravilla durante ese tiempo. K fue declarado en quiebra, por lo que no pudo responder por el precio debido a C por el suministro de gravilla del último mes. C demandó entonces al banco B por no haberle informado a tiempo sobre la situación. El BGH afirmó expresamente que la fórmula del "bien y el mal" resultaba "excesivamente restrictiva" en casos como el analizado, en el que se está ante transacciones masivas que "siguen un procedimiento uniforme aplicado a negocios jurídicos fundados en la confianza de que serán ejecutados debidamente y con la consideración de los intereses involucrados" [cursiva fuera de texto].

Dos aspectos se deben resaltar. En primer lugar, el caso analizado afronta el problema del denominado daño puramente patrimonial, el cual, como ya se tuvo la oportunidad de exponer, no resulta debidamente cubierto por la disciplina alemana de responsabilidad extracontractual. Mientras que en casos anteriores la jurisprudencia alemana había aplicado la figura del contrato con efectos de protección a favor de terceros para evadir las restricciones del § 831 del BGB en materia de responsabilidad por el hecho de auxiliares y dependientes, ahora la jurisprudencia abría la puerta para solventar los problemas de resarcimiento del daño puramente patrimonial que surgían del régimen de los §§ 823 y ss. del BGB¹²³. En segundo lugar,

ción al inglés de este caso se puede consultar en BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts*, cit. (nt. 58), 555 y ss. Sobre el camino diferente tomado en este tema por la jurisprudencia francesa, ver supra nt. 107.

¹²² BGH, 2ª sala civil, sentencia del 28 de febrero de 1977. Una traducción al inglés de este caso se puede consultar en http://www.utexas.edu/law/academics/centers/transnational/work_new/german/case.php?id=707 [consultado por última vez el 30 de enero de 2011].

¹²³ MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law", cit. (nt. 69), 309; ya en 1965 el BGH había incluido a terceros en el ámbito de protección contractual para conceder el resarcimiento de daños puramente patrimoniales, en el denominado "caso del testamento" (sentencia del 6 de julio de 1965), si bien en este caso no se trataba de un resarcimiento por la violación de deberes de protección, sino de la propia inexecución de la prestación principal: una persona había solicitado la asistencia a un notario para redactar su testamento, de manera que la hija fuera reconocida como heredera universal, excluyendo otros parientes. La falta de diligencia del notario, quien no cumplió con el encargo, provocó que a la muerte de su cliente, la hija sufriera un daño patrimonial, pues fue privada del beneficio que habría recibido si el notario hubiera proveído a ejecutar su encargo a tiempo; sobre este caso, MARTIN JOSEF SCHERMAIER, ult. ob. cit., 311 y s.

es de resaltar el cambio del criterio usado por el BGH para extender los efectos de protección de contratos a terceros. Alejándose del criterio del "bien y el mal", por considerarlo demasiado restrictivo, el Tribunal Supremo fundamenta la aplicación de la figura en la confianza que está a la base de cierto tipo de operaciones contractuales. Este nuevo criterio también servirá de fundamento a un nuevo grupo de casos que han adquirido una especial relevancia en la experiencia alemana, esto es, los casos de responsabilidad por informaciones inexactas, en concreto, cuando dichas informaciones son suministradas por peritos y terminan perjudicando a un tercero (*Expertenhaftung*). Pero antes de pasar a este grupo de casos, merece una mención la extensión de la protección a terceros por fuera de un contrato.

Como ya se indicó, también en el régimen de la *culpa in contrabando*, la jurisprudencia ha reconocido la existencia de deberes de protección entre las partes que entablan un contacto negocial¹²⁴. Como en el caso de los deberes de protección contractuales, el reconocimiento de deberes de protección en el régimen de la *culpa in contrabando* tiene la finalidad de evadir las limitaciones de la disciplina de responsabilidad extracontractual, un resultado que se logra en cuanto *la culpa in contrabando* ha sido tradicionalmente sometida a la disciplina de la responsabilidad contractual. Pues bien, no pasaría mucho tiempo para que la jurisprudencia alemana extendiera a terceros dichos deberes de protección surgidos del contacto negocial. En un célebre caso de 1976¹²⁵, el BGH reconoció el resarcimiento del daño sufrido por la hija de un cliente que había entrado en un supermercado, daño que se produjo cuando la menor se dirigía a ayudar a su madre a empacar las cosas y resbaló en una hoja de verdura. En dicho momento el cliente se encontraba en la fila para pagar en la caja y por ende se consideró que no se había celebrado aún ningún contrato. Para el BGH, resultó irrelevante que el daño se hubiera producido antes o después de la celebración del contrato "pues si se considera que sobre la contraparte pesa ese deber de protección tanto antes como después de la celebración del contrato, la inclusión de terceros (quienes igualmente son merecedores de protección) en la obligación es una consecuencia necesaria". De esta manera se reconoció que también de una relación obligatoria surgida del contacto negocial se podían derivar efectos de protección de terceros, lo que, por lo demás, resulta un indicio de que, más allá de las afirmaciones de la jurisprudencia, el fundamento de la extensión de los deberes de protección a terceros se encuentra en el principio de la buena fe (§ 242 del BGB), independientemente de cualquier ficción sobre una voluntad hipotética de las partes¹²⁶.

¹²⁴ Ver supra nts. 38 y ss., así como el texto que acompañan.

¹²⁵ BGH, 8ª sala civil, sentencia del 28 de enero de 1976, "caso de la hoja de verdura" (*Gemüseblatt-Fall*). Una traducción al inglés de este caso se encuentra en BASIL S. MARKESINIS/HANNES UNBERATH, *The German Law of Torts*, c.it. (nt. 58), 789 y ss.

¹²⁶ En este sentido, KARL LARENZ, *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., (nt. 1), t. I, 190; ALESSANDRO SOMMA, "L'esperienza tedesca", en GUIDO ALPA/ANDREA FUSARO (ED.), *Effetti del contratto nei*

Como ya se anunció, de especial relevancia es el grupo de casos de la responsabilidad de los peritos (*Expertenhaftung*) al que el BGH extendió la figura del contrato con efectos de protección en favor de terceros a partir de la década de los 80 del siglo XX. Se trata de situaciones en las que se deriva una responsabilidad de un perito de contratos cuyo contenido es una información, una asesoría, o un dictamen (de naturaleza fiscal, financiera, jurídica, etc.) Los elementos alrededor de los cuales se construye la figura pueden ilustrarse con el siguiente caso: Una persona P encarga a un perito X un avalúo de un inmueble, que al final terminará adquiriendo un tercero, T, con base en el avalúo realizado por X. El precio del inmueble pagado, establecido por medio del avalúo resulta demasiado alto, debido a que el perito pasó por alto algunos vicios materiales considerables, por lo que P solicita que se condene al perito X por el resarcimiento de los perjuicios sufridos¹²⁷. En estos casos el BGH ha decidido proteger al tercero, incluyéndolo dentro de la esfera del contrato por el cual se solicita la información, el dictamen o la opinión profesional, a pesar de que al momento de la celebración de dicho contrato, el perito desconoce quién podrá resultar involucrado con su dictamen. Aún más, también en el caso de que entre el acreedor contractual y el tercero existan intereses contrapuestos¹²⁸, el BGH consideró que había lugar a la inclusión del tercero en la órbita de protección del contrato en una sentencia que ha sido catalogada como un hito¹²⁹. En esa ocasión un arquitecto y perito inmobiliario realizó el avalúo de una casa, pero debido a la mala fe del propietario, quien ocultó un vicio material que no era perceptible a simple vista, el avalúo estableció un precio desproporcionado. A prescindir de los detalles que se presentan en los diferentes casos concretos, lo que interesa relevar es el giro dado por la jurisprudencia, para la cual ya no es fundamental una especial relación entre el acreedor contractual y el tercero, sino que resulta determinante

confronti dei terzi, Giuffrè ed., Milán, 2000, 118, quien además considera que en el caso de la "hoja de verdura" analizado se puede encontrar un intento de la jurisprudencia de superar la controversia sobre el fundamento de la figura: "la cuestión dogmática sobre si tal 'contrato con efectos de protección en favor de terceros' [...] se deriva de la interpretación integradora de un contrato lagunoso (§ 133, 157 del BGB), o si resulta de pretensiones directas similares a las contractuales independientemente de un fundamento en una voluntad hipotética de las partes, como en la doctrina se reconoce de manera creciente, -por ejemplo que resultan de derecho consuetudinario o del desarrollo jurisprudencial del derecho- no requiere en esta sede de profundización o decisión, [...] De acuerdo con ambas posiciones en todo caso lo que resulta relevante es que el contrato requiere la inclusión de terceros en su esfera de protección, en virtud de su sentido y finalidad y en consideración de la buena fe [...]".

¹²⁷ Así, la descripción del caso por MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law", cit. (nt. 69), 313, con base en una sentencia del BGH, del 2 de noviembre de 1983. Otros casos similares son analizados por KLAUS LUIG, "Effetti protettivi dei contratti: a favore e a carico di terzi", cit. (nt. 118), 196 y ss.

¹²⁸ BGH, 3ª sala civil, sentencia del 10 de noviembre de 1994.

¹²⁹ Así, GUNTHER TEUBNER, "Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract", cit. (nt. 129), 333.

la confianza que, en el caso de los peritos, se genera ya no sólo en la contraparte contractual, sino también en terceros¹³⁰.

Precisamente ese nuevo fundamento invocado por el BGH, así como las forzadas ficciones a las que este último tuvo que recurrir para configurar una responsabilidad contractual en casos como en el que existían intereses contrapuestos entre el tercero y el acreedor¹³¹, han vuelto a alimentar la discusión sobre la necesidad de brindar otro marco dogmático más convincente que el de un contrato con efectos de protección de terceros. Así, a la solución contractual se opone una responsabilidad fundada en la confianza (*Vertrauen*), la 'tercera vía' impulsada principalmente por CANARIS¹³², que se sometería al régimen por *culpa in contrabando*: la responsabilidad por el perjuicio sufrido como consecuencia de la confianza defraudada en el caso de la responsabilidad de los peritos, no surgiría entonces de un contrato, sino simplemente de la confianza que el 'tercero' habría legítimamente depositado en el dictamen, la información o la opinión profesional¹³³. Si bien al parecer esta posición fue acogida en la reforma del derecho alemán de las obligaciones de 2002, en el § 311, n.º 3º, del BGB¹³⁴, el debate sigue abierto, pues se afirma por una parte, que ese fundamento dogmático podría ser válido para los casos de la responsabilidad de los peritos, mas no para otros casos en los que también se extiende la protección contractual a terceros¹³⁵;

¹³⁰ Sobre los diferentes matices en los casos concretos, KLAUS LUIG, "Effetti protettivi dei contratti: a favore e a carico di terzi", cit. (nt. 118), 196 y ss.

¹³¹ En el caso de los intereses contrapuestos, primero se tuvo que reconocer la inclusión del tercero en el contrato por medio de una interpretación integradora, luego tuvo que recurrir a una segunda ficción para afirmar una "renuncia implícita a las excepciones" que de conformidad con el § 334 del BGB (sobre el contrato a favor a favor de un tercero) son oponibles por el promitente frente al tercero.

¹³² Sobre la propuesta de la 'tercera vía' con relación a los deberes de protección en general, ver supra nt. 45 y texto que acompaña.

¹³³ CLAUD WILHELM CANARIS, "Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei 'Gegenläufigkeit' der Interessen", en *JZ*, 50, 1995, 444 y ss.

¹³⁴ "Una relación obligatoria con los deberes del § 241, apartado 2, también pueden afectar a personas que no deben ser partes contractuales. Especialmente nace una relación obligatoria de este tipo si el tercero demanda una confianza especial y, por ello, influencia considerablemente las negociaciones contractuales o la conclusión del contrato". De esta forma, para el caso de la *Expertenhaftung* se habría cambiado de perspectiva, pasando de hacer énfasis en la protección de un tercero, a la consideración de la responsabilidad de un tercero, así, HANS-PETER HAFERKAMP, "Der Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte nach der Schuldrechtsreform – Ein Auslaufmodell?", en BARBARA DAUNER-LIEB ET AL. (ED.), *Das neue Schuldrecht in der Praxis*, Carl Heymanns ed., Colonia, 2003, 179 y ss.

¹³⁵ La figura del contrato con efectos de protección de terceros en Alemania ha sido aplicada en las hipótesis más variadas: sólo por dar algunos ejemplos, en casos de tratamiento médico se reconoce un deber de protección del tercero-nasciturus en caso de que tenga una propia pretensión de resarcimiento; en contratos sobre esterilización, tratamiento ginecológico o de planificación familiar de la esposa embarazada, surge un deber de protección a favor del otro cónyuge por una carga derivada de una ulterior obligación de alimentos; un contrato que tenga por objeto la interrupción del embarazo, genera un efecto de protección del padre no casado, si la interrupción era legítima; sobre estos y otros casos, PETER GOTTWALD, en *Münchener Kommentar zum BGB*, cit. (nt. 110), § 328, n.º 145 y ss.

por otra, el carácter impreciso y demasiado abstracto de la confianza, lleva al escepticismo de una parte de la doctrina¹³⁶.

En todo caso, como ha sido indicado por un autor, independientemente del fundamento, la cuestión verdaderamente relevante es la definición de parámetros para determinar qué personas y qué tipo de intereses deben ser protegidos¹³⁷, por lo que la doctrina y la jurisprudencia se han esforzado por establecer requisitos con el fin evitar el desbordamiento de la figura. Una y otra han insistido en la necesidad de que el tercero entre en contacto con la prestación (*Leistungsnähe*), de la existencia de un interés en la protección del tercero por parte del acreedor (*Gläubignähe*), de que el círculo de personas protegidas sea reconocible¹³⁸. Sin embargo, los últimos dos requisitos han sido manejados de forma muy flexible por la jurisprudencia, como se puede apreciar en los casos de la responsabilidad de los peritos¹³⁹.

IV. REFLEXIÓN CONCLUSIVA: NECESIDAD DE DIMENSIONAR HISTÓRICA Y SISTEMÁTICAMENTE LAS DOCTRINAS PROVENIENTES DE OTRAS EXPERIENCIAS JURÍDICAS

La exposición del desarrollo de la construcción de la dogmática alemana de los deberes de protección y su posible extensión a terceros, pone de presente varios aspectos. En primer lugar, existe un contexto histórico-sistemático que ha llevado a que estas figuras tengan las características y el alcance descrito. Dentro de ese contexto, se puede observar que la función de dichas figuras está condicionada por la concurrencia de ciertas instituciones, necesidades o modos de ser del ordenamiento jurídico de origen. Por este motivo, las soluciones adoptadas deben ser analizadas y comprendidas teniendo en cuenta dichos condicionamientos. Así como lo demuestra el paralelo entre la figura alemana de los deberes de protección y la figura francesa de las obligaciones de seguridad, una vez divisado el contexto se puede

¹³⁶ Sobre estas críticas, MARTIN JOSEF SCHERMAIER, "Contracts for the Benefit of a Third Party in German Law", cit. (nt. 69), 318 y s. (quien además señala cómo desde la posición de CANARIS se termina perdiendo de vista la relevancia del contrato entre perito y contraparte, que en última instancia debería ser el punto de referencia para determinar la previsibilidad de los terceros que podría verse afectado por su dictamen, un elemento que tradicionalmente ha contribuido a contener la expansión de la responsabilidad contractual en estos casos). También sobre la insuficiencia del principio de la confianza para explicar y disciplinar estas situaciones, GUNTHER TEUBNER, "Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract", cit. (nt. 129), 343 y s.; 354, quien además ofrece un análisis alternativo desde una perspectiva institucional.

¹³⁷ PETER SCHLECHTRIEM, "Schutzpflichten und geschützte Personen", cit. (nt. 69), 535 y s.; 541.

¹³⁸ Sobre estos presupuestos, PETER GOTTWALD, en *Münchener Kommentar zum BGB*, cit. (nt. 110), § 328, n.º 120 y s.

¹³⁹ La protección ha llegado a ser extendida no sólo al tercero directamente perjudicado por un dictamen inexacto de un perito, sino también a un banco que concedió un crédito al tercero con base en el dictamen, así como a un fiador que había garantizado la obligación del tercero, (BGH, sentencia del 13 de noviembre de 1997).

apreciar con mayor claridad la función que ha asumido una figura determinada en un escenario jurídico concreto.

En segundo lugar, una vez que se identifican los elementos propios de cada ordenamiento jurídico que justifican la existencia de una solución en uno u otro sentido, es posible entrar a verificar la necesidad, las ventajas o desventajas que podrían tener dichas soluciones en un ordenamiento diferente. Cuestiones como si se debe extender la protección de un tercero dentro de un contrato o no, en qué situaciones y frente a qué personas, dependerán del diseño propio de cada ordenamiento jurídico. Al identificar los casos, o grupos de casos, que se resuelven en el ordenamiento jurídico de proveniencia con las figuras analizadas, puede entonces preguntarse cuáles serían las herramientas, cuál el fundamento dogmático con el que mejor encuadrarían las soluciones a dichos casos en otra experiencia jurídica.

Ciertamente, un análisis de esta envergadura en el ordenamiento colombiano excede la finalidad del presente escrito. En todo caso, la invocación por parte de la jurisprudencia colombiana de las figuras analizadas brinda una ventana para dar una mirada a experiencias jurídicas foráneas y reflexionar sobre las soluciones allí adoptadas. Es posible que después de una confrontación entre la experiencia jurídica propia y la ajena se considere que "el prado del vecino es mucho más verde" que el propio¹⁴⁰ o que, por el contrario, se llegue a la conclusión de que ya existe un camino trazado más idóneo para afrontar ciertas situaciones concretas; en cualquier caso, lo más importante es contar con los elementos necesarios para valorar críticamente dichas experiencias.

¹⁴⁰ La expresión es de HEIN KÖTZ, "The doctrine of the Privity of Contract in the Context of Contracts protecting the Interests of Third Parties", en *Tel Aviv U. Studies in Law*, 197, 1990, 212.