
Fuentes de las obligaciones, tipicidad progresiva y obligaciones de protección en el ordenamiento italiano^{*-**-***}

» ANDREA NICOLUSSI^{***}

RESUMEN. El ensayo aborda el problema contemporáneo de las fuentes de la obligación a la luz del desarrollo del derecho que ha hecho emerger las obligaciones de protección –subespecie de obligaciones en el sentido clásico–. En particular, el artículo 1173 del Código Civil italiano, al prever como fuentes de las obligaciones los hechos o actos capaces de producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico, se abre a una *tipicidad progresiva*: el juez, aunque no pueda crear obligaciones atípicas en sentido estricto, puede reconocer otras nuevas aplicando principios y normas generales del ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva, la responsabilidad precontractual basada en la obligación de buena fe y otras disposiciones del código civil establecen un principio de protección de la confianza especialmente cuando se trata de actividades profesionales. De ahí una importante innovación que suma a los contratos y hechos ilícitos la confianza surgida de contactos sociales calificados, como fuentes de una responsabilidad que puede denominarse relacional.

* Fecha de recepción: 13 de noviembre de 2023. Fecha de aceptación: 27 de marzo de 2024.

Para citar el artículo: Nicolussi, A., “Fuentes de las obligaciones, tipicidad progresiva y obligaciones de protección en el ordenamiento italiano”, *Revista de Derecho Privado*, Universidad Externado de Colombia, n.º 47, julio-diciembre, 2024, 65-106. DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.47.04>.

** El autor desea agradecer a los profesores Héctor Augusto Campos García (Pontificia Universidad Católica del Perú), María Isabel Troncoso Buitrago (Universidad Externado de Colombia) y Javier Mauricio Rodríguez Olmos (Universidad Externado de Colombia) por su invaluable ayuda en la traducción del presente texto.

*** Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, Italia; profesor. Doctor en Derecho Civil, Università Cattolica del Sacro Cuore, Milán, Italia. Contacto: andrea.nicolussi@unicatt.it Orcid: 0000-0002-4038-2432.

PALABRAS CLAVE: fuentes de la obligación, obligaciones de protección, deberes, contacto social calificado, buena fe, responsabilidad por incumplimiento, cumplimiento *in natura*, tipicidad, atipicidad.

Sources of Obligations, Progressive Typicality, and Obligations of Protection in the Italian Legal System

ABSTRACT. The essay addresses the contemporary problem of the sources of obligation in light of the development of law that has given rise to obligations of protection—subspecie of obligations in the classical sense—. In particular, the article 1173 of the Italian Civil Code, by providing that sources of obligations can also be facts or acts capable of producing them in accordance with the legal system, opens itself to a *progressive typicality*: the judge, although he cannot create atypical obligations in the strict sense, can recognize new ones by applying general principles and rules of the legal system. From this perspective, pre-contractual liability based on the obligation of good faith and other provisions of the civil code establish a principle of protection of reliance, especially when it comes to professional activities. Hence an important innovation that adds to contracts and illicit acts the reliance arising from qualified social contacts, as sources of a liability that can be called relational.

KEYWORDS: sources of obligation, obligations of protection, protective duties, qualified social contact, good faith, liability for non-performance, specific performance, tipicality, atypicality.

Sumario: Premisa terminológica. I. El problema contemporáneo de las fuentes de las obligaciones. Obligaciones de protección como epítome del problema. II. Las obligaciones de protección y la estructura compleja de las obligaciones. Ejemplos legales. III. Orígenes de la categoría. Reflexiones: desde Europa hasta Latinoamérica. IV. Perfiles de la disciplina. V. Aplicaciones y extensiones de la categoría de las obligaciones de protección. La obligación sin prestación (o autónoma de protección). Posible relevancia en el derecho de las personas y de la familia. Conclusiones. Referencias.

Premisa terminológica

Algunas aclaraciones lingüísticas son oportunas por parte del autor, para familiarizar a los lectores con algunos términos que encontrará a lo largo del texto. Como se suele afirmar, traducir es un poco una traición. En realidad, la traducción nunca es automática y obliga a una mayor reflexión.

En primer lugar, es necesario justificar la elección de la expresión *obligaciones de protección* (o *de corrección*) en lugar de *deberes de protección* (más común en la doctrina latinoamericana). La razón es que el autor acoge la idea de que las *obli-*

gaciones de protección son una subespecie dentro de la categoría *obligación* y no dentro de aquella de un simple *deber*.

En efecto, por *deber* entendemos una posición jurídica pasiva (una regla de conducta) que no se erige necesariamente entre sujetos específicos y cuyo incumplimiento no implica inexorablemente responsabilidad ni tampoco una tutela en forma específica. Por ejemplo, la vulneración del deber de prudencia, como puede ocurrir en el tráfico automovilístico, no atañe a dos sujetos específicos y solo adquiere relevancia en la responsabilidad extracontractual si va acompañada de un daño que, además, en virtud del art. 2043 del código civil italiano, ha de ser cualificado como injusto: solamente en este caso se establece la obligación de indemnizar los daños y perjuicios.

En cambio, la obligación es una relación entre dos sujetos específicos y su violación es suficiente para la protección jurídica de la contraparte. En particular, cuando la obligación tiene por objeto el cumplimiento del deudor, el acreedor tiene derecho a exigir su realización y, por tanto, le asiste la acción de condena *in natura*. Junto a esta hipótesis, que es la más común y que corresponde a la concepción clásica o romana, se ha desarrollado en el derecho moderno la idea de que la relación obligatoria contiene no solo la obligación de *prestar* sino también la obligación de *proteger*.

Las *obligaciones de protección* tienen una finalidad puramente negativa, es decir, la mera conservación de los bienes o de la persona de la otra parte, pero su contenido no es necesariamente por ello negativo. Las figuras de las obligaciones de protección que tienen por objeto una faceta positiva no son infrecuentes, por ejemplo: obligaciones de comunicación, obligaciones de custodia (arts. 1686, 1690, 1710 párr., 1712, 1718, 1727, 1747, 1770 párr., 1780, 1913, etc. c. c. it.), obligaciones de rescate (arts. 1227 párr., 1914 c. c. it.), obligaciones de velar por la protección de la integridad física de la persona del acreedor o del deudor (arts. 1681, 2087, etc. c. c. it.).

Sin embargo, dado que la finalidad de estas conductas es de conservación, el acreedor no tiene derecho a exigir la realización de tal conducta, solo puede pedir la indemnización de daños y perjuicios en el caso de que la violación de la obligación de protección haya causado daño. Por tanto, no hablamos de prestación en sentido técnico sino únicamente de protección como objeto de estas obligaciones. Por el contrario, las obligaciones de prestación tienen un propósito positivo, ya que tienden a brindar una ventaja al acreedor (generalmente un aumento patrimonial)¹.

Lo que viene de indicarse permite recalcar la diferencia con los deberes. Las obligaciones de protección exigen que su infracción implique un daño, tal como sucede con los deberes. Sin embargo, a diferencia de la infracción de estos últimos, dicho daño puede ser puramente patrimonial y no exige la prueba de la culpabili-

1 Dispone el artículo 1174 c. c. it.: "La prestación que constituye el objeto de la obligación debe ser susceptible de valoración económica y debe corresponder a un interés, aun no patrimonial, del acreedor".

dad. Esto no sucede en la responsabilidad extracontractual, ya que esta se deriva del quebrantamiento de deberes y de la producción de un daño injusto, conforme a la regulación del código civil italiano. Además, se reitera, a diferencia de los deberes en sentido genérico, la obligación de protección se da entre dos partes específicas y por eso le es aplicable la responsabilidad por incumplimiento, que claramente se diferencia de la responsabilidad extracontractual.

En italiano, además de la palabra *obbligazioni* (obligaciones), también se emplea el término *obblighi*, para indicar deberes entre personas específicas y que generalmente integran el deber primario de prestación dentro de la relación obligatoria. Esta articulación lingüística permite a su vez diferenciar los *obblighi di protezione* (las obligaciones de protección) dentro de la relación obligatoria, de las *obbligaciones autónomas de protezione* (obligaciones sin prestación) que surgen independientemente de una relación obligatoria con prestación.

I. El problema contemporáneo de las fuentes de las obligaciones. Obligaciones de protección como epítome del problema

En el presente trabajo se examina la relación entre las *obbligaciones autónomas de protezione*, que la jurisprudencia italiana ha aplicado a lo largo de dos décadas, especialmente en lo que respecta a la responsabilidad de los profesionales en casos en los que no hay un contrato entre las partes, y el tema de las fuentes de obligación. Estas obligaciones, de hecho, son vistas en Europa como un producto de la doctrina y la jurisprudencia, lo que sugiere la creación de una fuente atípica. El objetivo de estas páginas es, en cambio, destacar cómo la ampliación de las fuentes de obligación en un sistema como el italiano no necesariamente requiere adoptar un principio de atipicidad de las fuentes mismas, sino que se puede argumentar una *tipicidad progresiva o evolutiva*. De esta manera, adicionalmente, resultan dos ventajas: por un lado, se reconoce un fundamento a las figuras de responsabilidad en las que es crucial la relación de confianza razonable entre los sujetos involucrados y, por otro lado, se propone una alternativa al imperialismo de la responsabilidad aquiliana, que debería proporcionar protección solo en ausencia de una relación significativa entre las partes y cuando el hecho dañino presente las características de un hecho ilícito, es decir, que lesione situaciones jurídicas del perjudicado.

En cuanto a las fuentes de las obligaciones, dos modelos inspiraron los códigos civiles. El modelo franco-italiano, que prevé una regulación específica respecto de las fuentes de las obligaciones, y el modelo alemán, que, en cambio, no prevé una regulación sobre el particular.

En Sudamérica, por ejemplo, el artículo 1494 c. c. co. prevé que “las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones; ya de un hecho voluntario de la persona que se obliga, como en la aceptación de una herencia o legado y en todos los cuasicontratos; ya a consecuencia de un hecho que ha inferido injuria o daño a otra persona, como en los delitos; ya por

disposición de la ley, como entre los padres y los hijos de familia”². Por el contrario, el Código Civil peruano de 1984, siguiendo la tónica del Código Civil de 1936, no contiene una disposición normativa expresa que enuncie las diversas fuentes que puedan producir una obligación como efecto jurídico³. La posición del legislador peruano fue la de destinar un libro específico y autónomo del Código Civil a la regulación de las diversas fuentes de las obligaciones⁴: el contrato, la gestión de negocios, el enriquecimiento sin causa, la promesa unilateral y la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, no queda claro si la elección del Código Civil peruano presupone una lista definida o cerrada de fuentes de obligación que el Código en realidad regula, o si la falta de provisión de una norma específica implica una apertura a nuevas fuentes no reguladas.

Esta diferencia entre los dos modelos de código puede tener varias explicaciones, aunque históricamente no parece ser el reflejo de una concepción diferente del real problema de fondo en sentido contemporáneo. De hecho, si uno considera el debate del siglo XIX, la cuestión de las fuentes de la obligación parece principalmente una cuestión de ubicación teórica; incluso cuando los códigos prevén una norma sobre las fuentes, esta no es tal en el sentido técnico, es decir, una norma con una enumeración prescriptiva. En esencia, ya desde el derecho romano los autores centran su atención en la clasificación de las fuentes existentes. Primero lo hace Gayo con su bipartición (*omnis obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*) y, si es que es de su autoría, lo hace también con su tripartición –*obligationes aut ex contractu nascuntur aut ex maleficio aut proprio quodam iure ex variis causarum figuris* (en las *Res cottidianae*)–, siendo Justiniano quien viene a precisar las *variae causarum figurae* con las dos categorías del cuasicontrato y del cuasidelito⁵; y luego lo hacen igualmente los juristas decimonónicos, aunque en cierto punto introducen la referencia (ya presente en la fórmula de Grocio, así como en Domat y Pothier) a la ley, que en cierto modo anticipa el problema del siglo XX⁶.

2 Sobre las fuentes de las obligaciones en el Código Civil colombiano se pueden leer hermosas páginas en Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, 56 ss.

3 El Código Civil peruano de 1852, por el contrario, sí tenía una disposición de este tipo. El artículo 1219 indicaba lo siguiente: “Las obligaciones provienen ó de la ley, ó de un hecho del hombre. Este hecho puede consistir en una promesa, ó en una convención, ó en un delito, ó en un cuasidelito”.

4 En el Proyecto elaborado por la Comisión Reformadora del Código Civil se seguía la tendencia de regular las fuentes de las obligaciones dentro del libro dedicado a las obligaciones. Es la Comisión Revisora la que cambia de criterio y destina un libro autónomo a las fuentes de las obligaciones. De esto da cuenta de la Puente y Lavalle, M., “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil”, en *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. XI, Primera Parte, t. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991, 19.

5 Albertario, E., “Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’art. 1097 del codice civile”, *Rivista del diritto commerciale*, n.º 1, 1923, 498 ss. y 508 ss., donde explica que la categoría de cuasidelito, históricamente condicionada, había perdido su significado.

6 Esta clave interpretativa que podríamos definir como de tipo clasificatorio aún se encuentra, por ejemplo, en la explicación de la disciplina del Código Civil peruano en de la Puente y Lavalle, M., “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil”, cit., 24.

En el siglo XIX la palabra “ley” comienza a interpretarse de dos formas. En la primera puede verse como una garantía de que, a menos que las partes asuman la obligación voluntariamente (principio del contrato), ella es necesaria para vincular a un deudor con un acreedor. En la segunda, la ley llega a ser interpretada con un valor político diferente porque comienza a referirse a una necesidad social⁷. Por un lado, la ley se interpreta en un sentido liberal, y por el otro, en el sentido del socialismo jurídico.

Sin embargo, solo en la segunda mitad del siglo XX la cuestión se plantea con mayor claridad en un sentido prescriptivo y no meramente descriptivo⁸. Ya no se trata de resumir concisamente cuáles son las fuentes de las relaciones obligatorias, sino de prescribir cuáles pueden ser y, sobre todo, qué autoridad puede crearlas. En definitiva, se convierte en un asunto de competencia, porque en el siglo XX emerge cada vez más una tensión entre ley y jurisprudencia⁹. A partir de lo anterior se explica que en Italia la cuestión de la tipicidad o atipicidad de las fuentes de la obligación se plantee explícitamente, esto es, en términos de si el juez puede reconocer directamente o, mejor dicho, crear en determinadas circunstancias una obligación en cabeza de una persona y a favor de otra sin la mediación de la ley. En última instancia, el problema de las fuentes de las obligaciones se convierte en un problema de las fuentes del derecho.

La evolución de la codificación italiana ofrece algunos elementos textuales que permiten dimensionar esta conciencia del problema de fondo. En materia de regulación de las fuentes, Italia ha seguido históricamente desde el principio el modelo francés al establecer, tanto en el Código de 1865 como en el Código de 1942, una disposición que tiene pretensión de completitud. Sin embargo, mientras que la fórmula de 1865 es muy cercana a la del Código francés y podía parecer bastante inofensiva, la de 1942, en cambio, es mucho más compatible con un pensamiento innovador¹⁰. No solo se sustituye el término “ley” por la expresión “ordenamiento jurídico”, sino que se admite como fuente de las obligaciones “cualquier acto o hecho capaz de producirlas conforme al ordenamiento jurídico”. Aunque no hay pruebas de que la nueva fórmula jurídica refleje un cambio consciente de perspectiva por parte del legislador histórico, ofrece una buena oportunidad a quien la interpreta con ojos nuevos.

7 Cimbali, E., “La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria”, *Archivio giuridico Serafini*, 1884, 190-191.

8 En la primera mitad también un autor como Barassi, L., *La teoria generale delle obbligazioni. Le fonti*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1948, 2 define la cuestión de las fuentes como cuestión más doctrinaria que normativa y por lo tanto señala al Código Civil alemán como el más perceptivo.

9 Zaccaria, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milán, Giuffrè, 1984, *passim*.

10 Respectivamente, el artículo 1097 c. c. de 1865 disponía: “Las obligaciones derivan de la ley, de un contrato o cuasi contrato, de un delito o un cuasi delito”, mientras que el Código Civil de 1942 prevé: “Las obligaciones derivan de un contrato, de un acto ilícito, o de cualquier otro acto o hecho susceptible (‘idóneo’) para producirlas conforme al ordenamiento jurídico” (art. 1173).

Esta fórmula, textualmente más elástica, ha permitido incluso cuestionar el principio de tipicidad de las fuentes de la obligación; a lo que se aúna que, si se piensa en las dos fuentes tradicionales –el contrato y la responsabilidad extracontractual–, se habló mucho en la segunda mitad del siglo XX del carácter atípico, no solo de los contratos, sino también de la responsabilidad extracontractual.

De hecho, el desafío del juez a la ley y, en particular, en cuanto a las fuentes de las relaciones obligatorias se refiere, no siempre se hace explícito. Lo mismo ocurre con una parte de la doctrina innovadora¹¹. Probablemente, la forma indirecta de obtener el resultado de extender el poder de los jueces no ha sido tanto la de afirmar la atipicidad de las fuentes de la obligación, como la de afirmar la atipicidad de la responsabilidad extracontractual que, a pesar de ello, sigue siendo una fuente típica¹². Esto ha sido un fenómeno mundial, tanto en el *civil law* como en el *common law*¹³. Se puede hablar de un imperialismo de la responsabilidad extracontractual, que tiende a absorber todas las cuestiones relativas al resarcimiento de los daños causados.

En Italia, por ejemplo, en el último cuarto del siglo pasado se empezó a hablar del carácter atípico de la responsabilidad civil¹⁴. La doctrina que ha ido en esta dirección ha considerado que la fórmula “daño injusto”, prevista por nuestro código civil, es una cláusula general con la que la ley encomienda al juez la tarea de establecer si el daño es injusto. Por lo tanto, tomando en serio esta opinión, en última instancia es el juez quien decide los casos en los que hay responsabilidad.

Sin embargo, si examinamos la jurisprudencia, no encontramos una amplia aplicación de esta facultad: los jueces la han ejercido solo en algunos casos problemáticos¹⁵. Se puede agregar que el valor *justicia* como cláusula general en sentido propio y no simplemente como norma general es en sí mismo problemático. Mientras otras cláusulas generales, como la de *buena fe*, se refieren a un orden de valores que está en un marco reconocible aunque amplio, la *justicia* coincide con toda la función del derecho; de manera que hablar de una cláusula general puede ocultar un cambio de régimen entre un ordenamiento de ley escrita y uno de origen judicial. Además, la distinción entre responsabilidad *extracontractual* –es decir, la responsabilidad entre sujetos que no tienen relación entre sí (o en todo caso, si la tienen, la responsabilidad no deriva de dicha relación)– y responsabilidad por incumplimiento o violación

11 Cfr. Di Majo, A., “Delle obbligazioni in generale”, en Scialoja, A. y Branca, G. (coords.), *Commentario del codice civile. Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1173-1176)*, Bologna-Roma, Zanichelli, 1988, 168 ss. y 222 s.

12 Rodotà, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1964, *passim*.

13 En el *common law*, cfr. Gilmore, G., *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974, 90. La doctrina italiana comenzó a hablar de la injusticia de los daños como cláusula general en la década de 1960: cfr. Rodotà, S., *Il problema della responsabilità civile*, cit.

14 *Ibid.*, 203; Alpa, G., *Il problema dell’atipicità dell’illecito*, Nápoles, Jovene, 1979, 259 ss. Un resumen del problema en Salvi, C., “Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, 1213 ss.

15 Para una revisión crítica cfr. Castronovo, C., *Responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2018, 299 ss.

de una obligación –es decir, la responsabilidad que se deriva de la violación de la relación entre los dos sujetos (la llamada responsabilidad contractual)– ofrece una especie de límite sistemático a la aplicación excesiva de la responsabilidad extracontractual¹⁶.

Por supuesto, la sociedad contemporánea, con su dinamismo, ha requerido una ampliación de la responsabilidad que, vista más de cerca, en muchos casos se presenta con ocasión de una relación entre las partes. En esos casos, imperialismo de la responsabilidad quiere decir que la misma relación entre las partes viene a incorporarse en la responsabilidad extracontractual: un supuesto de hecho de responsabilidad típicamente sin relación se convierte en uno con relación, simplemente, porque se lee la responsabilidad por incumplimiento como vinculada a un contrato. Entonces, si no queremos que sea como “la noche, en la que, como suele decirse, todas las vacas son negras”, el derecho debe responder con la variedad de sus herramientas¹⁷. Esto significa que si la responsabilidad extracontractual no se expande más allá de sus propias fronteras, la responsabilidad por violación de una obligación debe expandirse¹⁸. Es en este punto que el problema de la regla de las fuentes de las obligaciones se vuelve más evidente, porque expandir la responsabilidad por violación de una obligación significa, efectivamente, reconocer nuevas fuentes de obligaciones.

En el *Allgemeiner Teil* del *Schuldrecht* de Peter Schlechtriem, en el párrafo dedicado a las fuentes de la obligación, leemos que, además del *Vertragsprinzip* (principio del contrato) y, por tanto, de las obligaciones contractuales, las obligaciones surgen con base en la ley o, más precisamente, con base en determinadas conductas o hechos, contenidos en la ley y respecto de los cuales se prevé la producción de efectos jurídicos en forma de obligaciones. Se precisa, entonces, que la palabra “ley”

16 La explicación de la existencia de dos formas de responsabilidad civil viene dada por la necesidad de considerar de manera diferente la responsabilidad de quien ya está vinculado a otro sujeto por una relación que implica una obligación de una parte para con la otra y la responsabilidad de quien no está vinculado por una relación con otro, y por lo tanto es necesario un acto ilícito para obligar al primero a pagar una indemnización por el daño a favor del segundo. De hecho, la misma fórmula *extracontractual* implica la falta de una obligación que en el derecho romano era el *contractus* en sentido amplio, mientras que cuando ya existe una obligación su violación basta para explicar la responsabilidad (llamada, por sinécdoque, responsabilidad contractual: es una sinécdoque porque con el tiempo se han desarrollado otras fuentes de obligación, resumidas genéricamente como *variae causarum figurae* y luego *cuasicontratos*, incluida la responsabilidad precontractual). En derecho italiano, la existencia misma de una obligación implica que, a efectos de la responsabilidad del deudor, basta el incumplimiento sin necesidad de probar la culpa del deudor. El deudor, en efecto, solo queda exento de responsabilidad si prueba que el incumplimiento o la demora se debe a una imposibilidad sobreviniente derivada de una causa que no le es imputable (art. 1218 c. c.).

17 En cierto sentido, la idea de valorar la variedad de formas de protección, más que reducir todo a una cuestión de responsabilidad extracontractual, resume el libro de Castronovo, C., *Responsabilità civile*, cit.

18 Naturalmente, incluso la violación de una obligación derivada de un acto ilícito (una responsabilidad extracontractual) debe considerarse entre las hipótesis de responsabilidad por incumplimiento precisamente porque ahora existe una relación obligatoria entre las partes. Pero no debe confundirse esta hipótesis con el supuesto de hecho de la responsabilidad extracontractual en el que la preexistencia de una obligación entre las partes no es relevante.

no debe entenderse solo en sentido formal, sino referida de manera más amplia a las normas jurídicas del ordenamiento jurídico: ya sean las leyes en sentido formal, la costumbre o las instituciones y normas jurídicas moldeadas por la jurisprudencia y la doctrina en el desarrollo del derecho positivo: *Rechtsfortbildung* (“*in Fortbildung des gesetzten Rechts durch Rechtsprechung und Wissenschaft geschaffene Institute und Rechtsregeln*”)¹⁹. Esta consideración no parece presuponer una concepción prescriptiva de la norma sobre fuentes, norma que no existe en el BGB. Es una descripción del estado del arte. Un estado del arte en el cual se destaca un desarrollo del derecho por parte de la doctrina y de la jurisprudencia²⁰.

Esta consideración se refiere, como hipótesis fundamental de *Rechtsfortbildung* (*desarrollo del derecho*), a la responsabilidad precontractual, figura jurídica nacida en Europa entre el siglo XIX y principios del XX, sobre todo gracias a la doctrina jurídica, a partir de Jhering²¹, Stoll²² y Dölle²³, en Alemania, y Faggella, en Italia²⁴. Esta hipótesis fundamental se encuadra más generalmente en el marco de las obligaciones de protección, que en origen también son fruto de la doctrina alemana, aunque no deben pasarse por alto los importantes aportes de la doctrina italiana de la segunda mitad del siglo XX²⁵.

La responsabilidad precontractual y las obligaciones de protección son citadas por Larenz como ejemplos *ante litteram* de esa *Rechtsfortbildung* que teorizó metodológicamente un siglo después y con la que se llenan lagunas, entendidas como “*planwidrige Unvollständigkeiten*”, esto es, incompletudes no planificadas. Es una *Rechtsfortbildung extra legem*, ya que tiene lugar fuera del marco legal, pero al

19 Schlechtriem, P., *Schuldrecht. Allgemeiner Teil*, 6.ª ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, 3-4.

20 El BGH (BGHZ 6, 333) ha hablado de un “*in Ergänzung des geschriebenen Rechts geschaffenen gesetzlichen Schuldverhältnis*”, fórmula con respecto a la cual Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, vol. I, 8.ª ed., Múnich-Berlín, Beck, 1967, 42 precisó que *Gesetz* (ley) tiene que ser entendida como *Rechtsnorm* (norma jurídica).

21 Jhering R., “*Culpa in contrahendo oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen*”, en *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, n.º 4, 1861, 1-112.

22 Stoll, H., “*Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen*”, *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 1923, 532 ss.; Stoll, H., “*Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung*”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, 257 ss.

23 Dölle, H., “*Aussergesetzliche Schuldspflichten*”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, 67-102.

24 Faggella, G., “*Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica*”, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, vol. III, Nápoles, Editore Luigi Piero, 1906, 304.

25 Castronovo, C., “*Obblighi di protezione e tutela del terzo*”, *Jus*, 1-2, 1976, 123 ss.; Castronovo, C., “*Obblighi di protezione*”, *Enciclopedia giuridica*, vol. XXIV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 1 ss.; Mengoni, L., *Obbligazioni e negozio. Scritti*, vol. II, Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi, A. (eds.), Milán, Giuffrè, 2011, 229 ss.; Betti, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1953, 90 ss.

mismo tiempo es *intra ius*, porque tiene lugar dentro del marco del ordenamiento jurídico y los principios que lo sustentan²⁶.

No es casualidad que en el país que construyó la ciencia jurídica moderna europea se valorase la dimensión cultural en la teoría de las fuentes. Es el mismo país que, durante un siglo, prefirió elaborar el derecho sobre la base del derecho romano común antes que elaborar un código civil, y esperó otro siglo para reformar el derecho de obligaciones. Es también el país donde originalmente el código civil no preveía una disposición sobre las fuentes de la obligación, sino que se limitaba a prever el *principio del contrato*, y, por lo tanto, a cumplir con el dogma decimonónico de la centralidad de la voluntad de las partes para el surgimiento de las obligaciones.

Si comparamos Alemania con Italia, la idea de la responsabilidad precontractual y las obligaciones de protección como “instituciones y normas jurídicas moldeadas por la jurisprudencia y la doctrina en el desarrollo del derecho positivo” (*Rechtsfortbildung*) tiene un significado diferente. La regla italiana sobre las fuentes de las obligaciones permite fundamentar en la ley la responsabilidad precontractual y las obligaciones de protección, sin pensar en una fuente atípica como implica la idea alemana con respecto a la versión originaria del *BGB*.

Una precisión es necesaria cuando se hace referencia a la tipicidad o atipicidad de las fuentes. Cabe señalar que tipicidad no significa taxatividad: la tipicidad es compatible con la analogía, mientras que la taxatividad la contradice. De ello se sigue que el sintagma “otros actos o hechos capaces de producirlos conforme al ordenamiento jurídico” permite indudablemente identificar las fuentes de la obligación a través de la *analogia legis* y la *analogia iuris*²⁷. Por otra parte, la atipicidad entendida en sentido verdadero y propio sigue siendo dudosa. La misma letra del artículo 1173 c. c. it. parece excluirla, ya que muestra claramente que una obligación no puede encontrar un fundamento meramente metapositivo. De hecho, la *conformidad* con el ordenamiento jurídico es necesaria. Por eso hemos calificado el sistema italiano de fuentes como orientado hacia una *tipicidad progresiva*. En otras palabras, el artículo 1173 c. c. it. ciertamente da espacio a la interpretación jurisprudencial y doctrinal, pero no desplaza completamente el eje del sistema hacia la jurisprudencia. Por otro lado, esto también se refleja en el principio constitucional del artículo 23, según el cual no puede imponerse ninguna prestación personal y patrimonial sino sobre la base de la ley.

En términos concretos, la *tipicidad progresiva* se manifiesta con el reconocimiento de que, además del contrato y de la responsabilidad extracontractual, también la buena fe objetiva, en el contexto de relaciones jurídicas cualificadas, puede

26 Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg-Nueva York-Tokyo, Springer, 1983, 398.

27 Cfr. Nicolussi, A., *Le obbligazioni*, Padua-Milán, Cedam, 2021, 16 ss. Sobre el tema de las fuentes de las obligaciones cfr., además, Di Majo, A., “Delle obbligazioni in generale”, cit., 162 ss. y (en especial) 175 ss.

ser fuente de obligaciones: estas relaciones son “otros actos o hechos capaces de producir” obligaciones conforme al “ordenamiento jurídico”²⁸. Al lado de la voluntad de obligarse, de un hecho ilícito y de las *variae causarum figurae* previstas por la ley, hay también un principio de protección de la confianza surgida en relaciones jurídicas cualificadas²⁹.

II. Las obligaciones de protección y la estructura compleja de las obligaciones. Ejemplos legales

Las obligaciones de protección constituyen una de las concreciones más significativas de la regla de la buena fe y corrección como cláusula normativa general de las relaciones obligatorias, entendidas de conformidad con la concepción moderna. En efecto, estas últimas se revelan capaces de comprender, junto a la tutela del interés del acreedor en la prestación (art. 1174 c. c. it.), la del interés en la protección de ambas partes (art. 1175 c. c. it.), las cuales –precisamente a causa de la relación– se ven expuestas a un peligro específico de daños a la persona o al patrimonio³⁰.

De aquí la obligación, *ex lege* y recíproca, de comportarse con corrección y de conformidad con la buena fe que integra la prestación principal y que, por tanto, se concreta no solo en deberes instrumentales accesorios y funcionales a la satisfacción del interés del acreedor, sino también en obligaciones (*obblighi*) autónomas³¹ y recíprocas³² destinadas a la protección de la esfera jurídica de la contraparte. Este principio está previsto en el artículo 1175 c. c. it. para la obligación como tal, es decir, abstraída de su fuente, y también se confirma en el contexto de las obligaciones contractuales, cuya ejecución, sobre la base del artículo 1375 c. c. it., debe ser de buena fe.

No es una novedad que la relación obligatoria tenga una estructura compleja, tal como lo demuestra la letra del artículo 2740 c. c. it. que –al regular la responsabilidad *patrimonial*, separada de la prevista en el artículo 1218 c. c. it.– deja claro que tanto el vínculo personal del deudor como aquel sobre sus bienes contribuyen a de-

28 Cfr. Nicolussi, A., *Le obbligazioni*, cit., 19 ss., en donde la tipicidad de las fuentes es definida como progresiva o evolutiva, y 303 ss.

29 Nicolussi, A., “L’obbligazione oltre il principio del contratto. Comportamenti socialmente tipici e relazioni di affidamento”, en *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Nápoles, Jovene, 2022, 683 ss.

30 La autonomía respecto a la obligación de prestación se argumenta con base en la previsión legal de la obligación de corrección y buena fe, cuyos efectos integran la autonomía negocial de las partes: cfr. Castronovo, C., “Obblighi di protezione”, cit., 4.

31 Según Betti, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 93, “la buena fe es esencialmente un *criterio de reciprocidad*”. Mancini, G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1957, 89, nota 108, observa que el elemento de la reciprocidad es “fundamental y omnipresente en las relaciones creadas por la buena fe”.

32 Para un análisis de la jurisprudencia en materia de obligaciones de protección, cfr. Lambo, L., *Obblighi di protezione*, Padua, Cedam, 2007, 145 ss., 242 ss.

finir la relación obligatoria en sí misma³³. Sin embargo, la doctrina más moderna ha puesto de relieve otro aspecto de complejidad, dado por el hecho de que, junto con y paralelamente a la obligación primaria de prestación, existen otras obligaciones distintas, incluidas las llamadas supletorias *instrumentales* (que se refieren al cumplimiento exacto y la preservación de la posibilidad de cumplimiento: por ejemplo, la obligación de la custodia de la cosa que ha de entregarse conforme al artículo 1177 c. c. it.) y las de *protección*³⁴.

Pensemos en las obligaciones de información sobre eventuales peligros que derivan del uso de la cosa objeto de entrega o referidas al riesgo inherente a los productos financieros, y en las obligaciones de confidencialidad a las que cada una de las partes está obligada como resultado de informaciones confidenciales recibidas en el ámbito de la relación o adquiridas de cualquier modo con ocasión de la misma. También debemos considerar las obligaciones de custodia de cosas recibidas en el desarrollo de la relación (por ejemplo, en los contratos de obra, mandato, transporte, hospedaje, etc.) o las obligaciones de predisposición de locales adecuados en los que deban ser alojados los clientes en el curso de una actividad comercial o profesional. En el régimen de las relaciones de trabajo, el artículo 2087 c. c. it. es considerado un supuesto normativo de obligaciones de protección, el cual impone al empleador la adopción de “las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, sean necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores”. También es posible concebir obligaciones de protección que surgen en el contexto de relaciones caracterizadas por la presencia de nuevas tecnologías como las plataformas digitales o los *smart contracts*³⁵. El Código Civil italiano también propone una tipificación de obligaciones de protección incluso cuando falte

33 Breccia, U., “Le obbligazioni”, en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1991, 67 ss.

34 En Italia esta concepción fue desarrollada por Luigi Mengoni en varios ensayos que se pueden leer en Mengoni, L., “Obbligazioni e negozio”, cit., *passim*. Más recientemente cfr. Castronovo, C., “La relazione come categoria essenziale dell’obbligazione e della responsabilità contrattuale”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2011, 66 ss. En la doctrina colombiana, Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, t. 1, 3.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, 113 ss., y nota 143. Cfr., también, Rodríguez Olmos, J.M., “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011, 302, con referencias a la doctrina alemana. En la doctrina peruana, Fernández Cruz, G., “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias”, en Id., *Escritos reunidos de derecho civil patrimonial*, Lima, Instituto Pacífico, 2022, 468-476; Morales Hervias, R.M., “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, *Revista de Derecho PUCP*, n.º 71, 2013, 53-75.

35 Significativo en este sentido es que la doctrina estadounidense hace referencia a la dimensión de la confianza: cfr. Balkin, J., “Free Speech Is a Triangle”, *Columbia Law Rev.*, 2018, 2048, donde se emplea la categoría de *fiduciary duties* para afirmar la existencia de “nuevos tipos de obligaciones” que “surgen de la creciente dependencia y vulnerabilidad de las personas a los servicios digitales que recopilan datos sobre ellas pero cuyas operaciones no son transparentes para ellas”; mientras que en la página 2053 se reconoce que “los *fiduciary duties* se extienden más allá de los términos [contractuales] precisos [...] hacia obligaciones de buena fe, respeto y no manipulación”. Cfr. también Benatti, F. y Portonera, G., “La responsabilidad civil de los proveedores de servicios de Internet.

una obligación que tenga por objeto una prestación. Es el caso del artículo 1338, en el que la obligación general de comportarse de conformidad con la buena fe en la fase de las negociaciones y en la formación del contrato (art. 1337) se ejemplifica en la obligación de informar a la contraparte acerca de la existencia de una causa de invalidez del contrato de la que se tenga conocimiento o que se debería conocer. De manera análoga, según el artículo 1718, el profesional está obligado a custodiar las cosas que le ha enviado un potencial cliente, en vista de un encargo que quede comprendido en su actividad profesional e incluso si el profesional no lo acepta³⁶. Otra hipótesis es la contenida en el artículo 1756, que prevé obligaciones de información a cargo del mediador, aun cuando este no se encuentra vinculado a ninguna de las partes que pone en contacto, por relaciones de colaboración, de dependencia o de representación (art. 1754). De igual manera, es consecuencia de la violación de una obligación de protección la responsabilidad prevista por el artículo 1681, a cargo del transportador, por los accidentes que afectan a la persona del transportado durante el transporte y por la pérdida o menoscabo de las cosas que el transportado lleva consigo; responsabilidad que, expresamente, la norma distingue de la responsabilidad por el retardo o el incumplimiento en la ejecución del transporte, es decir, de la obligación de prestación³⁷. A este listado no exhaustivo se podrían añadir, con relación a la legislación reciente, las obligaciones de información del médico frente al paciente a los fines del consentimiento informado de este último (art. 1, L. n.º 219 de 2017)³⁸.

Volviendo al contenido del artículo 1175 c. c. it., que constituye el fundamento general de la idea de la tutela del interés en la protección de la relación obligatoria, es extremadamente significativo el carácter recíproco de la obligación de corrección

.....

Ideas a partir de la comparación con la jurisprudencia estadounidense”, en proceso de publicación en *N. giur. civ.*, 2024, 2.

- 36 Para profundizar sobre el enfoque neo-dogmático, como método que no renuncia a la integración sistemática de las soluciones jurídicas en el marco de una concepción dinámica de las relaciones entre problema y sistema, cfr. Mengoni, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996; Grossi, P., “Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2012, 15 ss.; Zaccaria, G., “L’apporto di Luigi Mengoni alla metodologia del Novecento”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2012, 63 ss. Sobre la exigencia de un enfoque de este tipo en la doctrina italiana cfr. Cannata, C.A., “Le obbligazioni in generale”, en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, vol. IX, t. 1, Turín, Utet, 1984, 8-9.
- 37 Ya bajo el Código de 1865, se leyó la disposición correspondiente en la perspectiva de las obligaciones de protección: cfr. Scaduto, G. y Rubino, D., “Illecito (atto)”, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, Turín, Utet, 1938, 703 ss.
- 38 Otros ejemplos, citados por Mengoni, L., “Obbligazioni e negozio”, cit., 229, notas 12 y 13, se encuentran previstos en el Código Civil italiano en los artículos 1536, 1686, 1690, 1710, inc. 2.º, 172, 1718, 1727, 1747, 1770 inc. 2.º, 1780, 1913. Con respecto al acreedor, artículos 1227 inc. 2.º, 1785, 1812, 1821, 1913-14-15, 2087 c. c.; y artículos 524 y 525 del Código de Navegación. Sobre la obligación prevista por el artículo 1227, inc. 2.º c. c. it. en la doctrina colombiana, Troncoso, M.I., “La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011, 380, donde se sostiene que la buena fe es el fundamento más apropiado para justificar la obligación de la víctima de moderar su propio daño. Cfr. también Visintini, G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padua, Cedam, 1965, 46 ss., y en general sobre las obligaciones de protección, 34 ss.

que esta prevé³⁹. En efecto, si consideramos la posición del acreedor, quien ciertamente no debe ninguna prestación, no podemos sino reconducirnos a las obligaciones de protección para encuadrar el vínculo por el que se encuentra comprometido. Así lo confirman los artículos 1206 y 1207 c. c. it., que prevén una responsabilidad para el acreedor que no realice lo que sea necesario para que el deudor pueda cumplir; responsabilidad que, una vez más, se confirma en los términos de la violación de una obligación de protección⁴⁰.

III. Orígenes de la categoría. Reflexiones: desde Europa hasta Latinoamérica

La sistematización teórica de las obligaciones de protección es fruto del enfoque neo-dogmático de parte de la doctrina italiana de la segunda mitad del siglo XX⁴¹,

39 La regla parece reflejar un pensamiento que une doctrinas de diferentes ordenamientos. Escribe, por ejemplo, Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., 113: “Indudablemente el deudor debe obrar de buena fe en la ejecución de la prestación, pero no es menos cierto que el acreedor, a su turno, debe obrar con lealtad. Es lo dispuesto por el art. 1175 *codice civile*: ‘Deudor y acreedor deben comportarse según las reglas de la corrección’. Prevención que va más allá de la regla tradicional de los códigos de que ‘los contratos deben ejecutarse de buena fe’, o de que ‘el deudor debe ejecutar la prestación de buena fe’ y corresponde a una postura propia de la cultura jurídica y política contemporánea, que mueve a ver las relaciones obligatorias con un enfoque solidarista”. Del mismo modo, en la doctrina peruana, Morales Hervías, R.M., “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, cit., 59 indica: “los deberes de protección nacen no solo de los contratos sino también de los contactos sociales como el caso de las negociaciones donde se instaura entre las partes una relación social de la cual surgen recíprocos deberes dirigidos a proteger la esfera de intereses que aquella relación pone en peligro”. Es significativo también que, aunque el Código Civil alemán prevea en su versión original una regla sobre *Treu und Glauben* referida solo al deudor, desde Stoll, H., “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung”, cit., 289 se dice que todas las relaciones obligatorias son consideradas de buena fe, así como que “por medio de la relación obligatoria se crea una relación especial entre las partes que es considerada por nuestro ordenamiento como una relación de confianza recíproca” y que “abre la posibilidad para ambas partes [...] de influir en la persona y los bienes de la otra”; por lo que se derivan deberes de “abstenerse de cualquier efecto perjudicial”, deberes que tienen una “finalidad negativa”, pues “deben proteger a la contraparte para que no sufra daños que podrían resultar de la relación particular” que se crea entre las partes; estos deberes “no sirven al interés en la prestación sino al interés en la protección del acreedor”, por lo que los denomina deberes de protección (resumen y traducciones por Rodríguez Olmos, J.M., “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, cit., 312).

40 Nicolussi, A., *Le obbligazioni*, cit., 79 ss.; Falzea, A., *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, Giuffrè, 1947, 77 ss., quien enmarca la obligación del acreedor como una obligación de cooperar.

41 Se mostraron favorables desde un inicio Betti, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, cit., 99 y Mengoni, L., “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, *Rivista del diritto commerciale*, n.º 1, 1954, 185 ss., 280 ss., 366 ss., ahora en Id., *Scritti*, II, cit. 141 ss.; Id., “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, *Rivista del diritto commerciale*, n.º 2, 1956, 360 ss., ahora en Id., *Scritti*, II, cit., 267 ss.; Id., “La parte generale delle obbligazioni”, *Rivista critica di diritto privato*, n.º 3, 1984, 507 ss., ahora en Id., *Scritti*, II, cit., 283 ss. La profundización se debe a Castronovo, C., “Obblighi di protezione e tutela del terzo”, cit., 123 ss., e Id., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milán, Giuffrè, 1979, 240, 264, 477, 496 ss., a quien se confió la primera voz enciclopédica dedicada a la categoría (Id., “Obblighi di protezione”, cit.). Cfr. también Benatti,

así como de una comparación no provincial con la cultura jurídica alemana, en la cual se originó la categoría⁴². No sin alguna desconfianza inicial, la categoría ha sido, poco a poco, ampliamente acogida por los autores, e incluso se recogió por la jurisprudencia, hasta alcanzar en esta una posición consolidada⁴³. Cabe recordar que paralelamente, en Francia, emergió la figura de las *obligations de sécurité*, dogmáticamente menos refinada, pero funcional a la solución de problemas análogos⁴⁴.

La innovación dogmática de las obligaciones de protección asume especial importancia tanto en el ámbito en que se ha desarrollado –la cláusula de buena fe y corrección– como desde el punto de vista metodológico general. En efecto, bajo el primer aspecto, esta garantiza el instrumento conceptual necesario a la fundamentación sistemática de las decisiones que especifican la cláusula normativa general de buena fe, expuesta de manera contraria, como todas las cláusulas generales, al riesgo de aplicaciones de tipo justicialista⁴⁵. Bajo el otro aspecto, las obligaciones de protección comprueban la vitalidad de un método jurídico en condiciones de interpretar dinámicamente la relación entre problema y sistema⁴⁶ y, por ende, salvaguardar tanto la apertura como la autonomía del discurso jurídico⁴⁷.

Este método ha permitido leer mayéuticamente el Código Civil italiano, el cual, si bien es cuarenta años más joven que el BGB, brinda un régimen de las obliga-

F., “Osservazioni in tema di ‘doveri di protezione’”, en *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1965, 461 ss. Por último, se indica la extensa monografía de Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., en donde también pueden hallarse diversas referencias jurisprudenciales. Nicolussi, A., “Obblighi di protezione”, *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milán, Giuffrè, 2015, 661 y Nicolussi, A., *Obbligazioni*, cit., 48 ss. Ha hecho referencia a las obligaciones de protección la Corte Constitucional, sentencia n.º 74, del 28 de febrero de 1992, *Foro italiano*, I, 1992, 1353, con nota de Cosentino, F., “Alla ricerca della raccomandata perduta: modificate le regole sulla ‘posta in gioco’”.

42 Con relación a los orígenes doctrinales de la categoría, cfr. Stoll, H., “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen”, cit., 57 ss.; Staub, H., *Die positiven Vertragsverletzungen*, reimp., Schmidt (ed.), Berlín, 1904, 93 ss.; Kress, H., *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, München, 1929, reimp., Aalen, 1974, 578 ss.

43 Entre los opositores iniciales, cfr. Natoli, U., “L’attuazione del rapporto obbligatorio”, en Cicu, A. y Messineo, F. (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XVI, t. 1, Milán, 1974, 14 ss., y Breccia, U., *Diligenza e buona fede nell’attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, 1978, *passim*, quien, sin embargo, presenta la categoría de manera favorable en “Le obbligazioni”, en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1991, 370.

44 Cfr. Benatti, F., “Osservazioni in tema di ‘doveri di protezione’”, cit., 467 ss.

45 El término *giustizialista* expresa despectivamente la idea de que las cortes se arrogan poderes que el ordenamiento jurídico no les reconoce.

46 Es la fórmula con la que se resume el famoso discurso metodológico de Mengoni, L., “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, *Jus*, n.º 1, 1976, 1 ss.

47 La palabra “innovación” puede declinarse, no solo en el sentido económico –como lo es en la concepción schumpeteriana–, sino también como innovación jurídica. Entiendo esta expresión como el desarrollo de categorías jurídicas por parte de la ciencia jurídica en función de un pensamiento a la vez sistemático y problemático, es decir, abierto a las nuevas necesidades de una sociedad cambiante. En este sentido neo-dogmático, las obligaciones de protección son, además, un ejemplo de tendencia inversa respecto a los enfoques funcionales más frecuentes (anticonceptualista, remedialista, etc.) que a partir del último cuarto del siglo XX han acompañado la crisis de autonomía del discurso jurídico.

ciones más evolucionado con relación al del BGB anterior a la “modernización” de 2002 (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, del 26 de noviembre de 2001, en vigencia desde el 1.º de enero de 2002). No solo el Código italiano está abierto a un principio de tipicidad progresiva de las fuentes de las obligaciones, sino que además en él no se identifican las lagunas que en Alemania hicieron necesaria la teoría de las violaciones contractuales positivas (*positive Vertragverletzungen*); de otro lado, la reciprocidad de la corrección entre deudor y acreedor prevista expresamente por el artículo 1175 c. c. it. supera la *alte Fassung* (versión originaria) de los §§ 241-242 BGB que, por el contrario, referían la obligación de *Treu und Glauben* (*buena fe*) exclusivamente a la posición del deudor, sin implicar al acreedor⁴⁸. Por último, los artículos 1337-1338 han recibido y universalizado la jheringiana *culpa in contrahendo*, en donde esta hipótesis de “relación obligatoria sin deber primario de prestación” ha encontrado en Italia un anclaje específico en el derecho positivo⁴⁹.

Tal como resulta de la referencia textual en la responsabilidad precontractual (arts. 1338 y 1398 c. c. it.), el fundamento racional de la obligación de protección es la confianza que se genera entre las partes de una relación cualificada o –como se suele decir con una expresión común– de un contacto social⁵⁰. Se trata de aquella confianza legítima en la lealtad y corrección de la contraparte; es decir, en la razonable atención que esta última observará para evitar que la relación se convierta en ocasión de daño para el otro. Por otro lado, en términos de los valores en juego,

48 Solo en 2002, luego de la ley de modernización del régimen jurídico de las obligaciones (*Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts vom 26.11.2001 [BGBl. I S. 3138, in Kraft getreten am 01.01.2002]*), el BGB ha sabido reconocer un principio de reciprocidad introduciendo el siguiente nuevo segundo párrafo en el § 241 BGB: “La relación obligatoria, según su contenido, obliga a cada una de las partes a respetar los derechos, los bienes y los intereses de la contraparte” (“*Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”). Esta regla general ha sido especificada luego por la ulterior innovación representada por la adición de los párrafos 2 y 3 al § 311 BGB.

49 La famosa expresión es de Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts*, cit., 93.

50 Mengoni, L., “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, cit., 279. Para el reconocimiento de la naturaleza contractual de la obligación precontractual, cfr. Cass. 20-12-2011, n.º 27648, *Europa e diritto privato*, 2012, n.º 4, 1227 s., con nota de Castronovo, C., “La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale”; Cass., 14188/2016, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2017, 1129 s., con nota de Albanese, A., “La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla *culpa in contrahendo* alla violazione di obblighi di protezione”; Cass. s.u., n.º 8236/2020, *Corriere giuridico*, n.º 8-9, 2020, 1025 ss., con nota de Scognamiglio, C., “Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell’affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima”; Cass. s.u., n.º 615/2021, *Europa e diritto privato*, 2021, n.º 4, 1033 ss., con nota de Nicolussi, A. y Zecchin, F., “La natura relazionale della responsabilità ‘pre-provvedimentale’ della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento”. Una regla similar al artículo 1337 c.c. it., introducida en la ley israelí sobre contratos (parte general) de 1973 (5733-1973), es leída en clave contractual: cfr. Rabello, A.M., “Buona fede e responsabilità precontractuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato”, en Garofalo, L. (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, vol. III, Padua, Cedam, 2003, 197. Por último, el aspecto de la confianza ha sido profundizado en Albanese, A., “Buona fede contratto legge”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2021, 31-89.

este desarrollo de la teoría de las obligaciones también podría verse, en paralelo al surgimiento de los criterios objetivos de atribución de responsabilidad, como una traducción del principio de solidaridad en derecho privado contemporáneo: de un lado, desde el punto de vista de las fuentes de las obligaciones, la responsabilidad relacional (*Vertrauenshaftung*) trasciende el *Vertragsprinzip*; y, por otro lado, los criterios objetivos de imputación van más allá del principio de culpa (*ohne Schuld keine Haftung*)⁵¹. En ambos casos se trata de momentos de evolución respecto del individualismo burgués que subyace al derecho privado de la primera modernidad y que tendía a reducir la obligación a un principio de voluntad (contrato o delito, como consecuencia de una voluntad reprochable en términos de culpa o dolo); momentos que no se limitan a la instancia de la política del derecho, sino que asumen una plenitud dogmática.

En sí misma, la cláusula normativa general de la buena fe reenvía a estándares o reglas éticas de comportamiento, que el juez tiene la labor de reconocer en la experiencia social como manifestaciones del valor *buena fe* sin reducirse a la descripción de una praxis aplicativa estadísticamente observada⁵² y sin necesidad del soporte de un principio constitucional⁵³. No obstante, el sostén brindado por los principios éticos institucionalizados por la Constitución representa un elemento objetivo que conviene no menospreciar, en especial en un contexto marcado por la tendencia al subjetivismo ético. Al respecto, es de particular importancia la previsión del principio de solidaridad (art. 2 de la Constitución), el cual brinda reflejo normativo e intersubjetivo a la confianza que cada una de las partes puede depositar en el *honeste vivere* de la otra, confirmando el orden de valores de referencia en la especificación de la buena fe⁵⁴.

Por último, en el ámbito comparado, una confirmación proviene de la solución que el legislador le dio a la laguna que existía en el BGB, antes indicada, solución llevada a cabo por la *Modernisierung* del *Schuldrecht* y con la que se acogieron, en los nuevos § 241, párrafo 2, § 311, párrafos 2 y 3, y § 618, párrafo 2, BGB, las *Schutzpflichten* (obligaciones de protección). Estas últimas, por lo tanto, acogidas anteriormente *rationis imperio* en Alemania, ahora gozan de un fundamento positivo directo, además de la genérica cláusula normativa general de la buena fe (*Treu und Glauben*, § 242 BGB). En definitiva, la modificación del Código Civil alemán

51 Cfr. Auer, M., *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014, 166.

52 Cfr. Mengoni, L., “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Rivista critica del diritto privato*, n.º 1, 1986, 5 ss., ahora en Id., *Scritti*, I, cit., *Metodo e teoria giuridica*, 173-174.

53 Cfr. Mengoni, L., “Autonomia privata e Costituzione”, *Banca, borsa e titoli di credito*, n.º 1, 1997, 1 ss., ahora en Id., *Scritti*, I, cit., 110-111.

54 Considerada la fuente legal de las obligaciones de protección, el problema presenta aspectos particulares respecto a la temática, muy desarrollada en Alemania, de las relaciones entre Constitución y autonomía privada. Para una exposición en italiano cfr. Nogler, L., “La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i ‘principi’ costituzionali”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 29, n.º 4, 2007, 593 ss.

ha otorgado reconocimiento legal a la evolución moderna de la dogmática de la relación obligatoria, la cual, respecto de la *obligatio* romana, se ha tornado en una relación compleja caracterizada por *Leistungspflichten* (obligaciones con prestación) y *Schutzpflichten* (obligaciones de protección). El *genus* que comprende a ambas categorías es la responsabilidad por violación de obligaciones (*Pflichtverletzung*), la que por sinécdoque se suele denominar responsabilidad contractual⁵⁵.

La relevancia de la teoría de las obligaciones de protección también se puede entender en las reflexiones que ha tenido fuera de Europa, y en particular en América Latina.

Por ejemplo, en Perú, según una parte de la doctrina, no sería necesario ampliar las fuentes de las obligaciones para el surgimiento o recepción de las obligaciones de protección o de contacto social, ya que con el régimen de responsabilidad extracontractual existente (concebido sin limitaciones) bastaría. Sin embargo, si se presta atención a una de las voces más autorizadas en el derecho contractual peruano coetánea con el inicio de la codificación peruana vigente, se reconoce que el artículo 1362 Código Civil peruano (c. c. pe.) impone deberes (obligaciones) de conducta a las partes en la fase de la negociación contractual⁵⁶. En concreto, se desarrolla el razonamiento a partir de las obligaciones de información, claridad, secreto y no rompimiento injustificado de las tratativas. Sobre esa base, una vez descartada la responsabilidad por acto ilícito, ya que no media la violación del deber genérico de no dañar, se indica que la responsabilidad por incumplimiento “no está dada por la naturaleza de la obligación inexecutada sino por ser la consecuencia del incumplimiento de un acuerdo de voluntades generador de consecuencias jurídicas”⁵⁷. Dicho acuerdo de voluntades se refiere al inicio de negociaciones orientadas a la celebración de un contrato. Se agrega que “si ese acuerdo de voluntades no existiera, las partes no estarían obligadas a actuar de buena fe y, por lo tanto, no asumirían deberes”⁵⁸.

Esta opinión es muy interesante porque utiliza argumentos que se emplearon en las etapas iniciales de acreditación de la responsabilidad precontractual: recurre a la voluntad (de iniciar negociaciones) como fuente de las obligaciones, manteniéndose en el paradigma del *Vertragsprinzip* que circunscribe a aquellas directamente

55 Mengoni, L., “Responsabilità contrattuale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, 1072-1099, ahora en Id., *Scritti*, II, cit., 300. En Alemania, la idea de que la protección de la confianza es fuente de obligaciones también encuentra algunas críticas; cfr., por ejemplo, Keller, M., *Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2007, 88 ss.

56 De la Puente y Lavalle, M., “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil”, cit., 71-76.

57 *Ibid.*

58 *Ibid.*, 75. Nótese que el autor en comentario habla de deberes y no de obligaciones. Ello es intencional, ya que, al no encontrar el fundamento de aquellos deberes en alguna de las fuentes de obligaciones reconocidas expresamente en el Código Civil peruano, considera que no se puede tratar de obligaciones en sentido estricto.

a la ley, o a la ley mediatizada por la voluntad⁵⁹. En el derecho alemán e italiano, esta perspectiva fue superada precisamente por el reconocimiento del principio de protección de la confianza como fuente de obligaciones. Es una tesis interesante también porque reconoce una diferencia entre la obligación en el sentido tradicional y las obligaciones de protección. En efecto, las obligaciones de protección son sub-especies de obligación en cuanto son obligaciones sin prestación.

Además de esta opinión, se encuentran también autores según los cuales la responsabilidad por incumplimiento es el régimen aplicable a la responsabilidad precontractual⁶⁰. Para empezar, se indica que la responsabilidad precontractual no depende de la regulación de las fuentes de obligaciones en el Código Civil peruano. Esto se hace porque se sostiene que la responsabilidad precontractual se rige por la responsabilidad por incumplimiento, a partir de un “contacto social cualificado” que, al no encontrarse expresamente como una de las fuentes de las obligaciones en el Libro VII del Código Civil, requiere partir de que la identificación de dichas fuentes no es taxativa o, en todo caso, no condiciona la responsabilidad precontractual. Con base en lo anterior se afirma que este tipo de responsabilidad tiene sustento en dos criterios: por un lado, la obligación sin prestación, y, por otro, la confianza. La obligación sin prestación se fundamenta en la función integrativa de la buena fe; la confianza, en el contacto social cualificado que se produce entre las partes como consecuencia de participar en la fase de las negociaciones. A partir de estos dos factores, se reconduce la responsabilidad precontractual a la responsabilidad por incumplimiento.

Esta perspectiva parece, a nivel metodológico, más cercana a la *Rechtsfortbildung* alemana en esta materia que a la italiana. De hecho, pretende superar las limitaciones impuestas por el legislador peruano al momento, ya sea de regular solo ciertas fuentes de obligaciones, o de no enunciar en una norma específica cuáles son las fuentes de las obligaciones. Ciertamente los datos normativos son muy diferentes entre los códigos peruano e italiano, tanto en lo que se refiere al derecho de las fuentes de las obligaciones como en cuanto a la generalización de las reglas sobre la buena fe (corrección y buena fe) previstas a lo largo del derecho de las obligaciones (arts. 1175, 1358, 1366, 1375, 1460 c. c. it.) y la previsión específica de la responsabilidad precontractual, también basada en la buena fe (arts. 1337-1338 c. c. it.). Sin embargo, estas aperturas a la obligación de protección parecen expresar una insatisfacción con un sistema que limita las fuentes de obligación y es esencialmente desequilibrado hacia la responsabilidad extracontractual.

De hecho, la omisión en el Código Civil peruano de una disposición jurídica destinada a regular las fuentes de las obligaciones, tal como sucede en el *codice*

59 Nicolussi A., “La culpa in contrahendo”, en Granelli, C.; Patti, S. y Sirena, P. (eds.), *Il diritto privato tedesco vent’anni dopo la Schuldrechtsmodernisierung: un modello per i giuristi europei?*, Torino, Giappichelli, 2023, 136.

60 Morales Hervias, R.M., “Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano”, *Ius et Veritas*, 2018, n.º 57, 183-187.

civile, ha sido denunciada como un “notorio error sistemático”⁶¹, más aún cuando el tratamiento contractual y obligacional seguido por el legislador peruano “coincide más con el modelo italiano”⁶². Eso explica que, en tiempos más recientes, cuando la doctrina ha conceptualizado la noción de fuente de obligación, se haya aludido al “hecho jurídico, en sentido amplio, del cual nace la obligación”⁶³; apreciación que si se toma desde una perspectiva sistemática podría servir de fundamento para especificar otras fuentes de obligaciones, más allá de la ley o la voluntad.

También en Colombia, la regla sobre las fuentes de las obligaciones no ha impedido que una sentencia de la Corte Suprema de Justicia se haya referido a la construcción de la dogmática de los deberes (las obligaciones) de protección (*Schutzpflichten*), llegando incluso a reconocer 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*⁶⁴. Esta sentencia parece importante porque en el Código Civil colombiano no hay una regla expresa general sobre la responsabilidad precontractual fundada en la buena fe, aunque dicha regla fue recogida “en el Código de Comercio de Colombia, que data de 1971, en lo relativo a la aplicación de la buena fe objetiva en el periodo precontractual (art. 863), y en el artículo 871 que extiende la aplicación de la buena fe a la celebración y ejecución de los contratos”⁶⁵. Además, incluso una doctrina muy autorizada acepta, en su tratamiento de la obligación, su carácter complejo⁶⁶:

61 León Hilario, L.L., “Presentación”, en Id., *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*, Lima, Jurista, 2007, 18.

62 León Hilario, L.L., “La importancia del derecho comparado en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del derecho de obligaciones en Alemania (*Schuldrechtsmodernisierung*)”, en Id., *Derecho de las relaciones obligatorias*, cit., 326.

63 Espinoza Espinoza, J., *Introducción al derecho de las obligaciones*, Lima, Instituto Pacífico, 2017, 59.

64 CSJ, Cas. Civ., 1.º de julio de 2009, sobre la cual Rodríguez Olmos, J.M., “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, cit., 303 ss. En la doctrina italiana, Castronovo, C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, cit., 22 ss. precisa que, en lo que concierne a los terceros, la solidaridad otorga fundamento a una interpretación extensiva de la obligación legal de protección a favor de aquellos que lleguen a participar del mismo peligro al que resulta expuesta la parte en razón de la relación obligatoria. El artículo 1580 c. c. it. representa un ejemplo normativo, señalado también por Breccia, U., *Le obbligazioni*, cit., 370. Crítica la referencia a la solidaridad Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., 285 ss.

65 Neme Villarreal, M.L., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006, 80. De todas formas, bajo la mirada de un extranjero, el derecho colombiano parece ser un ejemplo notable de esa función complementaria que ha asumido en los derechos codificados la jurisprudencia teorizada por Esser, J., “Argumentations und Stilwandel in hoehstrichterlichen Zivilentscheidungen”, en *Études de logique juridique*, vol. VI, Bruselas, 1976, 53 ss.; Id., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tubinga, Mohr Siebeck, 1974, 189 ss.

66 *Ibid.*, 113 ss., y nota 143.

[D]e ese modo, dichos deberes (entre ellos los “deberes de protección”, *Schutzpflichten*) pasan a ser parte fundamental, común del contenido de toda obligación, por fuerza de la cláusula general *ex lege*, cuyo alcance preciso se singulariza en cada circunstancia, al tiempo que constituyen un límite, y de suyo un temperamento, a la pretensión del acreedor (exigibilidad, alcances, magnitud), al imponer el equilibrio de su interés legítimo con la exposición del deudor, y un talante más consonante con la función social de la colaboración intersubjetiva⁶⁷.

La cuestión se complica, sin embargo, por el diálogo entre la doctrina colombiana y la francesa, con la consecuencia de que, además de las obligaciones de protección, también se contemplan las denominadas obligaciones de seguridad. Como un autor colombiano ha destacado, “[l]a figura de la obligación de seguridad presenta un ámbito de influencia en cierta 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”⁶⁸. Esta interferencia brinda otro factor de influencia, no necesariamente afortunado, característico del derecho francés, esto es, la insistencia en la distinción superficial entre obligaciones de medios y obligaciones de resultado que, tomada en serio, podría diluir la disciplina de la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones. En Italia, la doctrina y la jurisprudencia de la Corte de Casación no aceptan tal distinción o, por lo menos, la relativizan mucho, reduciéndola a una cuestión puramente descriptiva⁶⁹.

Ahora bien, no es posible para el escritor extranjero tomar una posición precisa sobre estos sistemas legales. No obstante, cabe hacer algunas reflexiones generales. En primer lugar, la categoría jurídica de las obligaciones de protección no puede considerarse como una categoría jurídica exclusivamente alemana, y por tanto exclusivamente ligada a las particularidades de ese ordenamiento jurídico⁷⁰. Además, las doctrinas latinoamericanas que se refieren a ella también se refieren al ordenamiento jurídico italiano y a la doctrina y la jurisprudencia que se han desarrollado en Italia. Por último, los autores más sensibles parecen captar que en el fondo no se trata simplemente de una cuestión puramente técnica, como podría ser una maniobra para

67 Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, cit., 113-114.

68 Rodríguez Olmos, J.M., “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, cit., 33-334.

69 Fue decisiva la crítica de Mengoni, L., “Obbligazioni e negozio”, cit., 141 ss. Con respecto a la jurisprudencia, cfr. Cass., sez. un., 28 de julio de 2005, n.º 15781; Cass., sez. un., 11 de enero de 2008, n.º 577.

70 Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., 157 ss., precisamente ilustrando la experiencia francesa, observa que “son pocos en Italia quienes se han percatado” de que “la teoría de las obligaciones de protección encuentra justificación prescindiendo de los límites estructurales impuestos a la responsabilidad contractual”.

compensar las deficiencias de la responsabilidad extracontractual o de la misma responsabilidad por incumplimiento, sino de la idea fundamental de distinguir las dos formas fundamentales de responsabilidad civil: la responsabilidad entre sujetos sin relación previa y la responsabilidad entre sujetos ya unidos por una relación y, por lo tanto, también unidos por una confianza. No es difícil aceptar que está más justificado extender la responsabilidad, por ejemplo, por daños puramente patrimoniales, cuando existe una relación calificada entre las partes que cuando se trata de sujetos terceros no vinculados por una relación. Finalmente, es significativo que incluso los ordenamientos que admiten el carácter atípico de la responsabilidad extracontractual (como Colombia y Francia) tomen en consideración la figura de las obligaciones de protección o la figura de la obligación de seguridad.

IV. Perfiles de la disciplina

El régimen jurídico de las obligaciones de protección merece algunas precisiones que no solo conciernen a las diferencias respecto a la responsabilidad aquiliana, las cuales están implícitas en la naturaleza contractual. En efecto, de la comparación con la obligación con prestación también surge algún elemento diferencial.

En primer lugar, respecto a la responsabilidad extracontractual, aún no resulta superado, en especial en la jurisprudencia, el equívoco según el cual entre las dos formas de responsabilidad habría una simple diferencia de carga de la prueba. De allí que en la responsabilidad contractual la carga de la prueba estaría invertida con relación a la culpa. En Francia, precisamente, desde esta perspectiva se desarrolló en jurisprudencia la categoría de las *obligations de sécurité*⁷¹. De esta forma, se pasa por alto que la culpa es elemento constitutivo solo de la responsabilidad extracontractual (“todo hecho doloso o culposo...”, según el artículo 2043 c. c. it.), mientras que la responsabilidad por violación de obligaciones se caracteriza por un supuesto de hecho distinto, al cual resulta extraña la culpa. En efecto, en virtud del artículo 1218 c. c. it., el hecho constitutivo de la responsabilidad, coherentemente con la existencia misma del vínculo, es el simple incumplimiento o el retardo, sin necesidad de la culpabilidad⁷². La (ausencia de) culpa cobra importancia eventualmente para integrar el elemento impositivo de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable, el que además es modo de extinción de la relación obligatoria misma (art. 1256 c. c. it.). Esto vale para la responsabilidad por violación de la obligación de

71 Cfr. Benatti, F., “Osservazioni in tema di ‘doveri di protezione’”, cit., 470. En la doctrina colombiana leemos una excelente reconstrucción de la obligación de seguridad en el derecho francés, en Rodríguez Olmos, J.M., “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, cit., 33-334.

72 Por el contrario, en ordenamientos latinoamericanos como el colombiano (y el chileno), la culpa es un elemento propio de la responsabilidad contractual. Cfr., en general, Cortés, É., *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, *passim*.

prestar y, dada la unidad del principio regulador de la responsabilidad contractual, también debe valer para la violación de la obligación de protección. No obstante, queda por precisar, siempre desde el punto de vista del supuesto de hecho, que sí es verdad que en cierto sentido la responsabilidad por violación de una obligación de protección contractualiza una responsabilidad aquiliana⁷³, porque las lesiones de situaciones jurídicas subjetivas que constituirían daño injusto ocurren en el ámbito de una relación obligatoria; sin embargo, la responsabilidad no se limita a daños injustos. De hecho, dado que el supuesto de hecho consiste en la violación de la obligación de protección, la responsabilidad puede extenderse incluso a daños meramente patrimoniales que –a falta de relación– no podrían ser resarcidos en vía aquiliana⁷⁴. Por ello, el requisito aquiliano de la injusticia (art. 2043 c. c. it.) no logra ser integrado, a menos que resolvamos dicho elemento en un simple dispositivo de atribución al juez del poder de establecer la resarcibilidad del daño⁷⁵. Adicionalmente, entre las diferencias respecto a la responsabilidad, fuera del régimen distinto en materia de prescripción (arts. 2946 y 2947 c. c. it.), de previsibilidad del daño (arts. 2056, 1.º párr., y 1225 c. c. it.) y de lucro cesante (arts. 2056, 2.º párr., y 1223 c. c. it.), se hace mención, además, del criterio de la diversa relevancia del hecho cometido por terceros. Efectivamente, el artículo 2049 c. c. it. define un ámbito de operatividad más restringido para la responsabilidad aquiliana con respecto al previsto por el artículo 1228 c. c. it. para la responsabilidad por violación de obligaciones⁷⁶.

En segundo lugar, en lo que concierne a la comparación con la obligación de prestación, la obligación de protección presenta algunas particularidades reconducibles a la obvia constatación de que el *proteger* y el *prestar* no coinciden. Por ende, tanto en Alemania como en Italia se remarca que las obligaciones de protección no son asistidas por la tutela de cumplimiento en forma específica, la cual es inherente de manera exclusiva a la obligación de prestar⁷⁷. En otros términos, se afirma que

73 Cfr. Mengoni, L., “La parte generale delle obbligazioni”, en Id., *Scritti*, II, cit., 286.

74 La expresión “daños *meramente patrimoniales*” se hace eco de la fórmula inglesa *economic loss*: cfr. Atiyah, P., “Negligence and Economic Loss”, *Law Quarterly Review*, 1967, LXXXIII, 248 ss.; Bishop, W., “Economic Loss in Tort”, *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, 1981, 1 ss.

75 Es la consecuencia de cierta aplicación de la tesis que interpreta la injusticia del daño como una cláusula general remitida a la especificación del juez: cfr. Di Majo, A., “Il problema del danno al patrimonio”, *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 297 ss.; Castronovo, C., “Le frontiere nobili della responsabilità civile”, *Rivista critica di diritto privato*, n.º 7, 1989, 572 ss.; Maggiolo, M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milán, Giuffrè, 2003.

76 Con anterioridad Mengoni, L., “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, en Id., *Scritti*, II, cit., 282, con relación a la responsabilidad precontractual, advertía que solo la concepción contractual de la responsabilidad precontractual permite extender el concepto de representación a la actividad desarrollada por el representante durante la formación del contrato, y por ende comprometer la responsabilidad del representado incluso en el caso en que el poder haya sido conferido por mandato. Sobre la diferencia entre los artículos 1228 y 2049 c. c. it., y para una comparación con los §§ 278 y 831 *BGB*, cfr. Castronovo, C., “Obblighi di protezione e tutela del terzo”, cit., 158 ss., en especial nota 123.

77 Sobre el cumplimiento en forma específica, cfr. Nicolussi, A., *Le obbligazioni*, cit., 172.

con respecto a la violación de la obligación de protección, de manera análoga a lo que ocurre con las obligaciones negativas⁷⁸, solo sea configurable “una demanda que haga valer las consecuencias de un hecho realizado en violación del deber”⁷⁹. De esto resulta que aquellas doctrinas que en algunos casos admiten la compatibilidad de la tutela de cumplimiento en forma específica con la obligación de protección, terminan por obliterar la especificidad de dicha obligación, transformándola inopinadamente en una obligación de prestación⁸⁰. La obligación de protección es presupuesto de responsabilidad en el ámbito de un *vinculum iuris* que no presenta en el lado activo un crédito en sentido tradicional, es decir, premunido de la pretensión de cumplimiento. Por otra parte, no es casual que la obligación de protección se mantenga en la zona gris entre contrato y hecho ilícito; tanto es así que en la doctrina alemana se habla, aunque de manera reductiva, de contractualización de una responsabilidad aquiliana. Además, en tanto que el interés en la protección no es el interés en la prestación, el resarcimiento del daño debe ser establecido en función de dos paradigmas distintos: el interés positivo en la prestación, en el caso de la obligación de prestar, y el interés negativo en no sufrir daño, en el caso de la obligación de protección⁸¹. Las hipótesis en las que, de manera excepcional, las obligaciones de protección podrían implicar una cuestión de cumplimiento *in natura* son las obligaciones de protección funcionales a valores primarios de la persona –como por ejemplo en la tutela de la salud– relevantes en el ámbito de las relaciones de duración. Uno de estos casos podría ser el previsto por el artículo 2087 c. c. it., con base en el cual “[e]l empresario está obligado a adoptar en el ejercicio de la empresa las medidas que, según las particularidades del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de los trabajadores”. En esta hipótesis, a menos que las medidas que el empleador deba adoptar no sean ya calificables como prestación en sentido estricto, la duración de la relación y la relevancia constitucional del derecho puesto en peligro exigen, de cualquier modo, una tutela en forma específica que tiene más sentido en función de una protección preventiva que luego de que el daño haya sido causado y pueda incluso repetirse⁸². En otras palabras, la

78 Cfr. Canaris, C.-W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, G. De Cristofaro (trad.), Padua, Cedam, 2003, 20 ss. En cuanto a las obligaciones negativas, sin embargo, en Italia tiene que ser tomada en cuenta la posibilidad de una conminatoria *ex* artículo 614-*bis* del Código del Proceso Civil.

79 Mengoni, L., “Responsabilità contrattuale”, cit., 347, nota 159. En el sentido de que la tutela resultante de la violación de las obligaciones de protección está limitada al resarcimiento, Majello, U., *Custodia e deposito*, Nápoles, Jovene, 1958, 58 ss. y 67.

80 Di Majo, A., “Delle obbligazioni in generale”, cit., 126 ss.; Mazzamuto, S., “Una rilettura del *mobbing*: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2003, 659; Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., 217 ss., quien aduce algunos ejemplos de acogimiento de acciones cautelares que, no obstante, no parecen ser decisivos a los fines de la demostración de la idea sobre la aplicabilidad de la tutela de cumplimiento en forma específica.

81 Castronovo, C., “Obblighi di protezione”, cit., 2-3.

82 Mazzamuto, S., “Una rilettura del *mobbing*”, cit., 659.

obligación podría enmarcarse en la obligación de proveer a sus trabajadores un lugar seguro, vale decir, como una obligación cuya prestación es justamente la protección. Por otra parte, en estos casos el propio trabajador debería poder abstenerse del trabajo si no se le permite ejercer la prestación en un ambiente idóneo, sobre todo cuando se pone en juego la salud. En esta línea, por ejemplo, el Código Civil peruano señala que “[n]o son exigibles los contratos que tengan por objeto la realización de actos excepcionalmente peligrosos para la vida o la integridad física de una persona, salvo que correspondan a su actividad habitual y se adopten las medidas de previsión y seguridad adecuadas a las circunstancias”. Por último, el empleador debería ser responsable en términos generales según el artículo 1206 c. c. it., ya que no ha hecho o no hace “aquello que es necesario para que el deudor pueda cumplir”⁸³.

En tercer lugar, la diferencia entre prestación y protección también se refleja en el contenido de la carga de la prueba en el ejercicio de la tutela resarcitoria. En efecto, en la responsabilidad por violación de las obligaciones de protección resulta dudosa la relevancia del principio probatorio de equivalencia entre el efecto de la adquisición del derecho y la titularidad actual del mismo, con base en el cual el acreedor puede limitarse a la prueba del hecho constitutivo de su derecho de crédito alegando simplemente el incumplimiento de la contraparte⁸⁴. Dicho principio puede facilitar al acreedor que demande el cumplimiento en forma específica y, en vía subordinada, el resarcimiento por incumplimiento de la prestación, pero quien hace valer la violación de una obligación de protección no dispone de la tutela de cumplimiento en forma específica y, por tanto, tendrá que probar el hecho constitutivo de su derecho al resarcimiento. En consecuencia, tendrá que probar la violación de la obligación de protección, gravando sobre la contraparte la carga de probar la imposibilidad no imputable de cumplir dicha obligación, en analogía con el artículo 1218 c. c.⁸⁵.

No obstante, la limitación de la tutela al resarcimiento del daño –dada la exclusión de la tutela de cumplimiento en forma específica– no significa la exclusión del resarcimiento en forma específica. Si, por ejemplo, la empresa contratista de los trabajos de reparación de un techo ha causado daños durante la ejecución de los trabajos a otras partes de la casa, ajenas al objeto de la prestación, no hay razón para impedir al acreedor demandar, en vez del subrogado pecuniario de la pérdida económica, la reparación *in natura* de los daños causados, en términos de resarcimiento

83 Al respecto, véanse algunos casos jurisprudenciales y referencias doctrinales en Clarizia, O., *Sopravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, 166 ss., en especial la nota 325. La cuestión, de hecho, se mezcla con la de la inexigibilidad de la prestación. Para una síntesis del debate en la doctrina laboral cfr. Nogler, L., “Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro”, en Patti, S. (dir.), Delle Monache, S. (coord.), *Responsabilità civile, danno non patrimoniale*, Turín, Utet, 2010, 583-585.

84 Cfr. Mengoni, L., “Responsabilità contrattuale”, cit., 345.

85 Castronovo, C., “Obblighi di protezione”, cit., 5.

en forma específica⁸⁶. En este caso, sin embargo, el régimen de este tipo de tutela encontrará los límites generales del resarcimiento en forma específica (arg. *ex art.* 2058 c. c. it.) y no solamente el límite de la imposibilidad, como si se tratase de una tutela de cumplimiento en forma específica.

En cuarto lugar, cuando las obligaciones de protección sean inherentes a una relación contractual, parte de la doctrina considera que les resultan aplicables los remedios sinalagmáticos. Por ello, se afirma que, cuando la violación de una obligación de protección reúne los requisitos de relevancia según el artículo 1455 c. c. it., ella puede dar lugar a una acción de resolución del contrato o a una excepción de incumplimiento⁸⁷. Sin embargo, es conveniente observar que el interés del acreedor con el que se mide la importancia del incumplimiento es el interés en la prestación, que cualifica la causa del contrato; de allí que el incumplimiento de la prestación frustre precisamente la razón que justifica el contrato. Por el contrario, la lesión del interés en la protección no incide directamente sobre la causa contractual. De esto se deduce que el requisito previsto por el artículo 1455 c. c. it., si llegara a referirse *ex fide bona* al interés del acreedor en la protección, debería operar de manera más severa, limitando con ello la aplicabilidad de la resolución. De lo contrario, la integración del contrato podría perturbar la autonomía privada hasta el punto de que, a pesar de no haber considerado una obligación de protección, la parte acreedora de esta podría, en todo caso, hacer valer la resolución del contrato. Además, la gravedad del incumplimiento de la obligación de protección ni siquiera puede medirse en relación con el interés del acreedor en la prestación (art. 1455 c. c. it.). Esta aclaración debería disipar el temor de que la integración de las obligaciones de protección en la relación obligatoria pueda alterar el equilibrio contractual negociado por las partes. Las obligaciones de protección no entran en el sinalagma, el cual concierne únicamente a las prestaciones, y que deben seguir siendo objeto exclusivo de la autonomía de las partes, incluso, en su relación de intercambio. Además, si bien las obligaciones de protección no solo no implican una protección en una forma específica (cumplimiento *in natura*), ni en general una protección sinalagmática, su integración en el contrato deberá operar según la lógica del tipo contractual que ha sido adoptado. También desde este punto de vista, la buena fe debe seguir siendo una

86 Cfr. Nicolussi, A., “Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2003, 567 ss., e Id., “Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2014, 1222 ss. Para la identificación entre tutela de cumplimiento en forma específica y resarcimiento en forma específica cfr. Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2006, 600 ss.

87 Benatti, F., “Osservazioni in tema di ‘doveri di protezione’”, cit., 484 ss.; Mengoni, L., “La parte generale delle obbligazioni”, en Id., *Scritti*, II, cit., 286; Castronovo, C., “Obblighi di protezione”, cit., 6; Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., 225 ss., con referencias jurisprudenciales a Pret. Bergamo, 8 de enero de 1985, en *Lavoro* 80, 1986, 157, y Cass., sez. I, 16 de enero de 1997, n.º 387. Por el contrario, Di Majo, A., “Delle obbligazioni in generale”, cit., 127, expresa dudas.

“heteronomía no autoritaria”⁸⁸ para evitar que por este lado acabemos desequilibrando el contrato, a través de las obligaciones de protección. Naturalmente, en el caso de contratos asimétricos, como aquellos entre comerciante y consumidor, también es posible que las obligaciones de protección entren en juego principalmente a favor de la parte más débil. En esta perspectiva, la violación de la obligación de protección, a lo sumo, puede adquirir suficiente gravedad solo cuando sea tal que implique la pérdida de confianza hacia la contraparte o, respectivamente, cuando el cumplimiento de la obligación de protección exponga al deudor a riesgos excesivos o cuando el incumplimiento de la obligación de protección exponga al acreedor a estos riesgos⁸⁹. Podemos identificar una confirmación de esto en el nuevo régimen alemán introducido en el *BGB*, que ahora prevé en el § 324 la resolución (*rectius: das gesetzliche Rücktrittsrecht*, el derecho de desistimiento legal) para el caso de la violación de las obligaciones de protección, cuando ya no se pueda pretender razonablemente que la parte fiel quede vinculada al contrato. La doctrina alemana, de hecho, tiende a sugerir una aplicación controlada del desistimiento legal por violación de las obligaciones de protección, confinándola a “raros casos excepcionales”⁹⁰. En cambio, con menos rigor, merecería ser considerada la misma violación de la obligación de protección a los fines de la excepción de incumplimiento, la cual sustancialmente tiene una función de incentivar al cumplimiento. Por lo general, dicha función conservativa se manifestará en concreto en el cumplimiento del resarcimiento del daño, con excepción del caso en que la situación, presupuesto de la protección, se mantenga, como por ejemplo en un contrato de duración.

Finalmente, la diferencia entre obligación de prestación y obligación de protección implica también una regla distinta con relación a las cláusulas de liberación de responsabilidad, atendiendo a la fuente legal de las obligaciones de protección y a la eventual indisponibilidad de las situaciones jurídicas susceptibles de lesión⁹¹.

V. Aplicaciones y extensiones de la categoría de las obligaciones de protección. La obligación sin prestación (o autónoma de protección). Posible relevancia en el derecho de las personas y de la familia

La categoría de las obligaciones de protección también ha permitido encuadrar, en una perspectiva de comprensión general, algunas hipótesis de cualificación incierta, por lo general reconducibles a actividades de naturaleza profesional, pero caracterizadas por la ausencia de un contrato o de un vínculo formal en condiciones de

88 Castronovo, C., “L’avventura delle clausole generali”, *Rivista critica del diritto privato*, n.º 4, 1986, 21 ss.

89 Un caso particular fue juzgado por Cass., 19 de noviembre 2021, n.º 35615.

90 Canaris, C.-W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, cit., 20 ss.

91 Según Castronovo, C., “L’avventura delle clausole generali”, cit., se debería distinguir según si la lesión está referida a derechos indisponibles o a derechos disponibles.

constituir una verdadera y propia obligación de prestación entre las partes. Pensemos en la responsabilidad por la no veracidad del prospecto informativo, en la de las sociedades auditoras respecto de los socios⁹² y otras que, como veremos, la jurisprudencia italiana ha reconocido. Como es fácil comprender, este es el desarrollo más innovador de la teoría de las obligaciones de protección y el que más claramente representa el ejemplo de tipicidad progresiva de las fuentes de las obligaciones. De hecho, se teoriza una obligación sin prestación o, hablando positivamente, una obligación autónoma de protección.

En estos casos, la razón sustancial de la responsabilidad radica en la violación de una obligación profesional y a menudo los daños que cobran relevancia son meramente patrimoniales. Sin embargo, la ausencia de contrato ha hecho que el derecho aplicado, en especial en sus fases iniciales, tienda hacia la adscripción a la responsabilidad extracontractual⁹³.

92 Cfr. Castronovo, C., “L’obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto”, en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, I, Milán, Giuffrè, 1995, 147 ss.; Id., “Le frontiere nobili della responsabilità civile”, cit., 539 ss.; Busnelli, F.D., “Itinerari europei nella ‘terra di nessuno’ tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte”, *Contratto e impresa*, n.º 2, 1991, 539 ss.

93 Ha planteado críticas a la teoría de la obligación sin prestación Maggiolo, M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, cit., 142 ss., 154 ss., 186, e Id., “La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull’ibrido teorico dell’obbligazione senza prestazione”, en Capogrossi Colognesi, L. y Cursi, M. (coords.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma, 23-24 settembre 2010)*, Nápoles, Jovene, 2011, 100 ss., procediendo de la errónea premisa de atribuir naturaleza de garantía a la obligación de protección a pesar de que esta se encuentre sometida, como en general toda obligación, al límite de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable (art. 1218 c. c. it.). De ahí que no resulten persuasivas las objeciones propuestas por este autor, también según Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., 333, nota 8. Naturalmente, la obligación sin prestación se revela incompatible con aquella tendencia que, propensa a una reescritura panaquiliana de la responsabilidad civil, llega a atribuir una dimensión relacional incluso al supuesto de hecho de la responsabilidad extracontractual: cfr. Busnelli, F.D., “Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi”, *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2000, 335, 340. En español, critiqué esta perspectiva reduccionista en el “Prólogo” a Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil*, 9.ª ed., Breña, Instituto Pacífico, 2019, 11 s. Entre los críticos véase, más recientemente, Barcellona, M., “La responsabilità civile”, en Mazzamuto S. (dir.), *Trattato del diritto privato*, vol. VI, t. I, Turín, Giappichelli, 2021), 23 s. [con una referencia especular a la escritura de Orlandi, M., “Torto e tipo”, *Jus*, n.º 2-3, 2020, 181 s.]. Una interpretación unilateralmente restrictiva del artículo 1173 c. c. it., afligida por una carga ideológica inaceptable, se lee de nuevo en Zaccaria, A., “Verdammte Zeiten (tempi maledetti)”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 5, 2020, 1156, donde se repite lo dicho en “Der aufhaltsame Aufstieg der sozialen Kontakts (la resistible ascensa del contacto social)”, *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2013, 77 s.; e Id., “La natura della responsabilità per culpa in contrahendo secondo il punto di vista del gambero”, *Rivista di diritto civile*, n.º 2, 2015, 344 s. Sin embargo, como lo señala Scognamiglio, C., “Affidamento”, en *Le parole del diritto*, Nápoles, Jovene, 2018, 70-71, el artículo 1173 c. c. it. no parece ofrecer elementos para este cierre legal a la protección obligatoria de la confianza. Además, una preocupación mucho más seria debería derivar de la expansión atípica de la responsabilidad extracontractual que, como ya argumentó Cian, G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell’illecito civile*, Padua, Cedam, 1966, 154, pone en peligro la *magna charta libertatum* como el límite de la propia responsabilidad extracontractual.

Por el contrario, partiendo precisamente de la constatación de la previsión legal de la responsabilidad precontractual como lugar positivo en el que encuentra reconocimiento la obligación sin prestación, es más fácil concebir dicho régimen como punto de surgimiento de un principio general de tutela de la confianza en el ámbito de un contacto social cualificado⁹⁴. Con mayor precisión, se llega a dicho resultado a través de la extensión analógica del artículo 1337 c. c. it. y de las otras reglas que prevén obligaciones sin prestación, y de la relevancia de la cualificación profesional del sujeto responsable como hecho en condiciones de justificar obligaciones de corrección y de protección hacia a aquel que ha depositado una confianza razonable en su *status*⁹⁵.

Esta tesis ha encontrado aplicaciones evidentes, aun cuando no siempre coherentes, en jurisprudencia.

En especial, la teoría bajo análisis ciertamente ha ayudado a la jurisprudencia a reconocer la dimensión sustancial de la relación entre médico y paciente, evitando reducir la responsabilidad del médico a la de un transeúnte⁹⁶. No obstante, la referencia a la responsabilidad contractual y al contacto social que se lee en las sentencias ha llevado a los jueces a orientarse hacia una responsabilidad centrada en el interés en la prestación más que en el interés en la protección⁹⁷. En cualquier caso, si consideramos que un médico, que ayuda a un paciente con el que se encuentra ocasionalmente por la calle, sería considerado como un *negotiorum gestor*, en términos de responsabilidad por el incumplimiento de la obligación que nace por el simple hecho de haberle dado inicio, resulta completamente extraño que el mismo médico,

94 Después de décadas, la misma jurisprudencia italiana ha terminado reconociendo la naturaleza relacional de la responsabilidad precontractual. Véase la nota 40.

95 Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile*, cit., 466 ss.

96 Responsabilidad del “transeúnte” es la fórmula icástica de Castronovo (“Le frontiere nobili della responsabilità civile”, cit., 586, 589 e Id., “L’obbligazione senza prestazione”, cit., 150 y nota 7) para contraponer la responsabilidad de dos sujetos “partes” de una relación (responsabilidad por violación de obligaciones) a la relación de dos sujetos “distantes” (responsabilidad extracontractual). La objeción de Roppo V., *Il contratto*, en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 2011, y Maggiolo, M., “La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione”, cit., 106, nota 53, según los cuales incluso entre conductores anónimos en el tráfico vial se instauraría una relación, no explica de qué manera esta relación podría definirse como cualificada y, por ende, en condiciones de transformar meros deberes [*doveri*] eventuales en verdaderas y propias obligaciones [*obblighi*].

97 Cfr. Castronovo, C., “Ritorno all’obbligazione senza prestazione”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2009, 706 ss. Dudas sobre el encuadramiento de la responsabilidad del médico dependiente de una estructura sanitaria en términos de mera lesión del interés en la protección en Nicolussi, A., “L’interesse del creditore e il risultato dell’obbligazione”, en *Obligatio-obbligazione*, cit., 136, nota 55. Habla de prestación sin obligación Di Majo, A., “L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione”, *Corriere giuridico*, n.º 4, 1999, 450 ss. Lambo, L., *Obblighi di protezione*, cit., 357, evoca la figura de las relaciones contractuales de hecho, la cual, no obstante, resulta excesiva respecto a la hipótesis bajo análisis: justificaría, antes bien, una responsabilidad centrada en la prestación, pero dentro de una relación contractual, mientras que en nuestro caso se trata de una relación obligatoria aislada y unilateral, y por lo general no asistida por una pretensión.

al realizar un tratamiento de un paciente en un ambiente hospitalario, responda como si no hubiera relación.

Con mayor precisión, la hipótesis de la responsabilidad del docente por el daño que el alumno se causa a sí mismo es referible a la obligación sin prestación: la hipótesis no está regulada directamente en el Código Civil italiano, en el que solo se regula la responsabilidad del docente con relación al hecho ilícito cometido por el estudiante o alumno frente a un tercero (art. 2048 c. c. it.)⁹⁸. Por consiguiente, se ha planteado el problema de una eventual discriminación entre estas hipótesis y aquellas en las que el alumno se causa daño a sí mismo como consecuencia de la falta de vigilancia del docente. Las Salas Reunidas de la Corte de Casación decidieron que la norma del artículo 2048 c. c. it. no se extiende a la segunda hipótesis, entre otras razones, porque

... parece ser más correcto reconducir la responsabilidad del instituto educativo y del docente no al ámbito de la responsabilidad extracontractual, con la consecuente carga para el damnificado de brindar la prueba de todos los elementos constitutivos del hecho ilícito contenidos en el artículo 2043 c. c., sino al ámbito de la responsabilidad contractual, con la consecuente aplicación del régimen probatorio deducible del artículo 1218 c. c. La configuración de una responsabilidad extracontractual impide la observación de que entre preceptor y alumno se instaura siempre, por contacto social, una relación jurídica, en el ámbito de la cual el preceptor asume, en el marco de la obligación global de instruir y educar, también una obligación específica de protección y vigilancia, con el fin de evitar que el alumno se cause un daño a la persona.

Otra hipótesis de obligación sin prestación decidida por la jurisprudencia está referida a la mediación inmobiliaria y tiene por objeto obligaciones de información. Dichas obligaciones están previstas de manera general por el artículo 1759 c. c. it. Sin embargo, en el caso del mediador inmobiliario profesional, este se encuentra obligado solo a comunicar a las partes las circunstancias conocidas por él relativas a la evaluación y seguridad del negocio, que puedan influir en la celebración del

98 Cass. civ., sez. Un., del 27 de junio de 2002, n.º 9346. En realidad, el artículo 2048 c. c. it. fija una regla que, a pesar de estar ubicada en el régimen de la responsabilidad extracontractual, facilita la carga de la prueba del damnificado imponiendo al docente la prueba de no haber podido evitar el suceso. Es una norma que se aproxima a la regla del artículo 1218 c. c. it., que regula la responsabilidad del deudor: en efecto, en este caso tampoco es necesario probar el incumplimiento de la obligación de vigilancia del docente; por el contrario, este último será quien tenga que probar que una imposibilidad no imputable le ha impedido vigilar al alumno y, por ende, impedir el evento dañoso. Cfr. Nicolussi, A., "Cyberbullismo e responsabilità dei genitori tra virtuale e reale", en Batuecas Calatrío, A. y Aparicio Vaquero J.P. (coords.), *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Granada, Comares, 2018, 229.

mismo, sino también, con base en el artículo 1176, 2.º párrafo, c. c. it., a recabar él mismo informaciones de este tipo e informar adecuadamente a la parte interesada⁹⁹.

La figura de la obligación sin prestación ha encontrado una aplicación ulterior en la hipótesis en la que una entidad bancaria ha pagado un cheque al portador que se ha presentado con documentos falsos al momento del cobro. En el caso analizado, las Salas Reunidas confirmaron que la responsabilidad de la entidad bancaria por haber permitido, en violación de las reglas específicas establecidas por el artículo 43 de la Ley de Cheques (R. D. n.º 1736, del 21 de diciembre de 1933), el cobro de un cheque bancario, *di traenza*¹⁰⁰ o circular, premunido de cláusula de no transferibilidad, a persona distinta del beneficiario del título, tiene naturaleza contractual, teniendo la entidad bancaria una obligación profesional de protección frente a todos los sujetos interesados en el buen fin de la operación, de manera que el título sea introducido en el circuito de pago bancario de conformidad con las reglas que gobiernan la circulación y el cobro¹⁰¹.

En resumen, en la jurisprudencia italiana, la responsabilidad derivada del estatus profesional cuenta con una serie de aplicaciones que han repercutido en las profesiones más significativas, incluyendo el ejercicio de la abogacía o del notariado; profesiones que pueden calificarse como *protegidas* –esto es, cuyo ejercicio, además de estar reglamentado, está supeditado a la inscripción del profesional en determinados registros o listados especiales–, comoquiera que generan una alta confianza en el sujeto que recibe el servicio.

Finalmente, en lo que se refiere, en cambio, a la responsabilidad de la administración pública, se registraron dos tendencias distintas: una que la encuadra en clave aquiliana, pero con hibridaciones resultantes de la referencia a la confianza; y otra que la explica como responsabilidad por contacto social, ubicando a la confianza en la dimensión relacional que le es propia¹⁰². Por último, la tendencia a favor de las

99 Cass., III sez., del 14 de julio de 2009, n.º 16382; Cass., II sez., ord. 27.7.2022, n.º 23422, con nota de Rusconi, C., “Mediazione e rapporti contrattuali di fatto”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 5, 2023, 1047 ss.; 1051 ss. Ya existe un precedente relativo a la obligación de protección por parte del maestro y a favor del alumno en el caso hipotético que encontramos en las fuentes romanas (D. 9.2.5.3; 19.2.13.4); cfr. Mengoni, L., “Obbligazioni e negozio”, cit., 230, nota 15.

100 El cheque *di traenza* se caracteriza por su intransferibilidad y por ser emitido por el propio beneficiario a la orden del mismo, a cargo de cuentas corrientes abiertas por la entidad obligada a efectuar un reembolso.

101 Cass., sez. un., del 21 de mayo de 2018, n.º 12477.

102 Cfr. Cass., sez. un., 22 de julio de 1999, n.º 500. En Italia es muy frecuente la referencia a la responsabilidad por contacto social de la administración pública en la jurisprudencia del Consejo de Estado, al menos a partir de Cons. St., sez. v, 6 de agosto de 2001, n.º 4329. Dicha cualificación, no obstante, también está presente en la jurisprudencia de la Corte de Casación: cfr. Cass., sez. I, 11 de junio de 2003, n.º 9366; Cass., sez. lavoro, 24 de marzo de 2004, n.º 5941; Cass., sez. un., 18 de noviembre de 2008, n.º 27348; Cass., sez. III, 17 de julio de 2012, n.º 12229.

obligaciones de protección ha sido adoptada por las Salas Reunidas de la Corte de Casación¹⁰³.

Es muy interesante que, en Colombia,

... con la reforma constitucional de 1991, el principio de buena fe ha sido elevado a precepto constitucional; en cuanto tal, el artículo 83 C. P. dispone que “las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe”, erigiéndose así en eje central del ejercicio de los derechos y de las obligaciones entre particulares y en directiva de la gestión institucional del Estado¹⁰⁴.

Como lo ha señalado claramente una autora:

... la Corte Constitucional así lo ha reiterado al resaltar la existencia y aplicación del principio de buena fe dentro del régimen colombiano de contratación estatal, expresamente contenido en el artículo 28 del Estatuto General de Contratación de la Administración Pública - Ley 80 de 1993, régimen que integra aquellos principios consustanciales a los contratos bilaterales, sinalagmáticos o de prestaciones recíprocas que como el de buena fe promueven el equilibrio de la relación jurídica contractual y, según lo señala la Corte, obligan a la Administración Pública y a los particulares contratistas a tener en cuenta las exigencias éticas que emergen de la mutua confianza en el proceso de celebración, ejecución y liquidación de los contratos, y a ceñirse en sus actuaciones a los postulados que la orientan, lealtad y honestidad, a la vez que contribuyen a establecer límites claros al poder del Estado, buscando impedir el ejercicio arbitrario de las competencias públicas, y a humanizar las relaciones que surgen entre la Administración y los administrados¹⁰⁵.

También se ha hablado de obligaciones de protección en el ámbito del derecho de las personas y de la familia, tanto con relación a la responsabilidad por violación de obligaciones familiares que deriven en la separación, como respecto a una categoría de encuadramiento de obligaciones inherentes a *relaciones fácticas de colaboración y de asistencia recíproca* en las convivencias sin matrimonio. Por ejemplo, en el caso de la ruptura del *ménage*, como una obligación de protección, se podría argu-

103 Cfr. Cass., sez. un., del 15 de enero de 2021, n.º 615, *Europa e diritto privato*, 2021, con nota de Nicolussi, A. y Zecchin, F., “La natura relazionale della responsabilità ‘pre-provvedimentale’ della Pubblica amministrazione”, cit., *passim*.

104 Cfr. *ibid.*, 80.

105 Neme Villarreal, M.L., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, cit., 87-88, con referencias a la sentencias y a comentarios.

mentar una obligación a cargo del conviviente propietario de la vivienda o de sus herederos de brindar al otro la habitación por un periodo de tiempo razonable¹⁰⁶.

Conclusiones

El recorrido realizado en estas páginas permite concluir que las obligaciones de protección corresponden a una categoría particular de obligación que encuentra fundamento en numerosas disposiciones del Código Civil italiano y, por lo tanto, pueden configurar una nueva fuente de obligaciones atribuible al artículo 1173 c. c. it. No se trata simplemente de una creación doctrinal o jurisprudencial, ni mucho menos de la importación de una teoría alemana relacionada con las particularidades de ese sistema legal, ya que encuentra una serie de puntos de contacto coherentes con el derecho positivo italiano y con la dogmática que se ha desarrollado en referencia a él. Por lo tanto, estas obligaciones pueden ser consideradas como un ejemplo de tipicidad progresiva del sistema de fuentes de obligaciones italiano: surgen de uno de los “otros actos o hechos capaces de producirlas conforme al ordenamiento jurídico”. Además, estas figuras ofrecen una forma jurídica para satisfacer las necesidades de protección de la sociedad contemporánea en la que se multiplican las ocasiones de contacto entre sujetos, especialmente entre profesionales y personas comunes. La responsabilidad por la violación de estas obligaciones también demuestra la validez de la bipartición en dos figuras de responsabilidad en el derecho civil. Por un lado, la responsabilidad por la violación de obligaciones y, por otro, la responsabilidad por la lesión de situaciones jurídicas subjetivas entre sujetos ajenos. En el primer caso, las reglas son las generales de la responsabilidad del deudor, mientras que en el segundo caso son las de la responsabilidad aquiliana.

Para terminar, la responsabilidad precontractual y las obligaciones de protección son prueba de la vitalidad continua de la ciencia jurídica, entendida no solo como una conciencia histórica y sistemática del derecho civil, sino también como un conocimiento abierto a los nuevos problemas de una sociedad cambiante. Haber ofrecido la perspectiva de la confianza, además del contrato y del hecho ilícito, para el gobierno de las relaciones económicas en una sociedad más dinámica y compleja es una contribución indiscutible a esa *Rechtsfortbildung* que no puede ser solamente el resultado de actos de autoridad, sino que requiere también un crecimiento cultural del ordenamiento jurídico en sus componentes formativos fundamentales. La ampliación de este debate a un horizonte que podría definirse como de latinidad jurí-

106 Cfr. Mengoni, L., “La famiglia in una società complessa”, *Iustitia*, n.º 1, 1990, 6-7; Nicolussi, A., “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2008, 968 ss.; Mormile, L., *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Turín, Giappichelli, 2013, 25.

ca, latinoeuropea y latinoamericana, sería un factor importante en la comparación de las ideas jurídicas y, en general, del crecimiento cultural jurídico¹⁰⁷.

Referencias

Albanese, A., “Buona fede contratto legge”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2021, 31-89.

Albanese, A., “La lunga marcia della responsabilità precontrattuale: dalla culpa in contrahendo alla violazione di obblighi di protezione”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2017, 1129-1148.

Albertario, E., “Le fonti delle obbligazioni e la genesi dell’art. 1097 del codice civile”, *Rivista del diritto commerciale*, n.º 1, 1923, 593-512.

Alpa, G., *Il problema dell’atipicità dell’illecito*, Nápoles, Jovene, 1979.

Atiyah, P., “Negligence and Economic Loss”, *Law Quarterly Review*, 1967, LXXXIII, 248-276.

Auer, M., *Der privatrechtliche Diskurs der Moderne*, Tubinga, Mohr Siebeck, 2014.

Barassi, L., *La teoria generale delle obbligazioni. Le fonti*, vol. II, Milán, Giuffrè, 1948.

Barcellona, M., “La responsabilità civile”, en Mazzamuto, S. (dir.), *Trattato del diritto privato*, vol. VI, t. I, Turín, Giappichelli, 2021.

Benatti, F., “Osservazioni in tema di ‘doveri di protezione’”, en *Studi in onore di Biondo Biondi*, vol. IV, Milán, Giuffrè, 1965, 461-486.

Betti, E., *Teoria generale delle obbligazioni*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1953.

Bishop, W., “Economic Loss in Tort”, *Oxford Journal of Legal Studies*, n.º 2, 1982, 1-29.

107 De latinidad jurídica, para referirme a la macrofamilia jurídica intercontinental conformada por algunos países europeos y los países latinoamericanos que comparten raíces latinas comunes, como así también una experiencia similar en materia de codificación, he escrito en Nicolussi, A., “Latinità e diritto privato: il diritto civile italiano in Perù”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2019, 1189-1194.

- Breccia, U., *Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*, Milán, Giuffrè, 1978.
- Breccia, U., "Le obbligazioni", en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 1991.
- Busnelli, F.D., "Dopo la sentenza n. 500. La responsabilità civile oltre il muro degli interessi legittimi", *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2000, 335-354.
- Busnelli, F.D., "Itinerari europei nella 'terra di nessuno' tra contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte", *Contratto e impresa*, n.º 2, 1991, 539 ss.
- Canaris, C.-W., *La riforma del diritto tedesco delle obbligazioni*, G. De Cristofaro (trad.), Padua, Cedam, 2003.
- Cannata, C.A., "Le obbligazioni in generale", en Rescigno, P. (dir.), *Trattato di diritto privato. Obbligazioni e contratti*, vol. IX, t. 1, Turín, Utet, 1984, 3-60.
- Castronovo, C., "La Cassazione supera se stessa e rivede la responsabilità precontrattuale", *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2012, 1227-1246.
- Castronovo, C., "L'avventura delle clausole generali", *Rivista critica del diritto privato*, n.º 4, 1986, 19-29.
- Castronovo, C., *La nuova responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2006.
- Castronovo, C., "L'obbligazione senza prestazione. Ai confini tra contratto e torto", en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, vol. I, Milán, Giuffrè, 1995, 147-240.
- Castronovo, C., "La relazione come categoria essenziale dell'obbligazione e della responsabilità contrattuale", *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2011, 67-89.
- Castronovo, C., "Le frontiere nobili della responsabilità civile", *Rivista critica di diritto privato*, n.º 7, 1989, 539-624.
- Castronovo, C., "Obblighi di protezione", *Enciclopedia giuridica*, XXIV, Roma, Istituto della Enciclopedia Italiana, 1990, 1-9.
- Castronovo, C., "Obblighi di protezione e tutela del terzo", *Jus*, 1-2, 1976, 123-180.

- Castronovo, C., *Problema e sistema nel danno da prodotti*, Milán, Giuffrè, 1979.
- Castronovo, C., *Responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 2018.
- Castronovo, C., “Ritorno all’obbligazione senza prestazione”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2009, 679-717.
- Cian, G., *Antigiuridicità e colpevolezza. Saggio per una teoria dell’illecito civile*, Padua, Cedam, 1966.
- Cimbali, E., “La funzione sociale dei contratti e la causa giuridica della loro forza obbligatoria”, *Archivio giuridico Serafini*, 1884, 187-217.
- Clarizia, O., *Soppravvenienze non patrimoniali e inesigibilità nelle obbligazioni*, Nápoles, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012.
- Cortés, É., *La culpa contractual en el sistema jurídico latinoamericano*, 2.ª ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- De la Puente y Lavalle, M., “El contrato en general. Comentarios a la sección primera del Libro VII del Código Civil”, en *Biblioteca para leer el Código Civil*, vol. XI, Primera Parte, t. I, Lima, Pontificia Universidad Católica del Perú, 1991.
- Di Majo, A., “Delle obbligazioni in generale”, en Scialoja, A. y Branca, G. (coords.), *Commentario del codice civile, Libro quarto. Delle obbligazioni (Art. 1173-1176)*, Boloña-Roma, Zanichelli, 1988.
- Di Majo, A., “Il problema del danno al patrimonio”, *Rivista critica di diritto privato*, 1984, 297-334.
- Di Majo, A., “L’obbligazione senza prestazione approda in Cassazione”, *Corriere giuridico*, n.º 4, 1999, 446-451.
- Dölle, H., “Aussergesetzliche Schuldspflichten”, *Zeitschrift für die gesamte Staatswissenschaft*, 1943, 67-102.
- Espinoza Espinoza, J., *Introducción al derecho de las obligaciones*, Lima, Instituto Pacífico, 2017.
- Esser, J., “Argumentations und Stilwandel in hoechstrichterlichen Zivilentscheidungen”, en *Études de logique juridique*, VI, Bruselas, 1976, 53-78.

- Esser, J., *Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts. Rechtsvergleichende Beiträge zur Rechtsquellen- und Interpretationslehre*, Tübinga, Mohr Siebeck, 1974.
- Faggella, G., “Dei periodi precontrattuali e della vera ed esatta costruzione giuridica”, en *Studi giuridici in onore di Carlo Fadda pel XXV anno del suo insegnamento*, vol. III, Nápoles, Editore Luigi Pierro, 1906, 271-342.
- Falzea, A., *L’offerta reale e la liberazione coattiva del debitore*, Milán, Giuffrè, 1947.
- Fernández Cruz, G., “El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias”, en Id., *Escritos reunidos de derecho civil patrimonial*, Lima, Insituto Pacífico, 2022, 468-476.
- Gilmore, G., *The Death of Contract*, Columbus, Ohio State University Press, 1974.
- Grossi, P., “Luigi Mengoni nella civilistica italiana del Novecento”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2012, 15-45.
- Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. Concepto, estructura, vicisitudes*, t. I, 3.^a ed., Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- Hinestrosa, F., *Tratado de las obligaciones. De las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico*, vol. II, t. I, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- Jhering R., “*Culpa in contrahendo* oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfektion gelangten Verträgen”, *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrechts*, n.º 4, 1861, 1-112.
- Keller, M., *Schuldverhältnis und Rechtskreisöffnung*, Berlín, Duncker & Humblot, 2007.
- Kress, H., *Lehrbuch des allgemeinen Schuldrechts*, Múnich, 1929, reimp., Aalen, 1974.
- Lambo, L., *Obblighi di protezione*, Padua, Cedam, 2007.
- Larenz, K., *Lehrbuch des Schuldrechts. Allgemeiner Teil*, vol. I, 8.^a ed., Múnich-Berlín, Beck, 1967.

- Larenz, K., *Methodenlehre der Rechtswissenschaft*, Berlín-Heidelberg-Nueva York-Tokyo, Springer, 1983.
- León Hilario, L. L., *Derecho de las relaciones obligatorias. Lecturas seleccionadas y traducidas para uso de los estudiantes universitarios*, Lima, Jurista, 2007.
- Maggiolo, M., *Il risarcimento della pura perdita patrimoniale*, Milán, Giuffrè, 2003.
- Maggiolo, M., “La distinzione concettuale tra garanzia e obbligazione: per una riflessione sull’ibrido teorico dell’obbligazione senza prestazione”, en Capogrossi Colognesi, L. y Cursi, M.F. (coords.), *Obligatio-obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma, 23-24 settembre 2010)*, Nápoles, Jovene, 2011, 87-108.
- Majello, U., *Custodia e deposito*, Nápoles, Jovene, 1958.
- Mancini, G.F., *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, Giuffrè, 1957.
- Mazzamuto, S., “Una rilettura del *mobbing*: obbligo di protezione e condotte plurime di inadempimento”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2003, 627-695.
- Mengoni, L., “Autonomia privata e costituzione”, *Banca, borsa e titoli di credito*, n.º 1, 1997, 1-20.
- Mengoni, L., *Ermeneutica e dogmatica giuridica*, Milán, Giuffrè, 1996.
- Mengoni, L., “La famiglia in una società complessa”, *Iustitia*, n.º 1, 1990, 6-7.
- Mengoni, L., “La parte generale delle obbligazioni”, *Rivista critica di diritto privato*, n.º 3, 1984, 507-522.
- Mengoni, L., “Obbligazioni ‘di risultato’ e obbligazioni ‘di mezzi’ (Studio critico)”, *Rivista del diritto commerciale*, n.º 1, 1954, 185-209, 280-320 y 366-396.
- Mengoni, L., “Problema e sistema nella controversia sul metodo giuridico”, *Jus*, n.º 1, 1976, 3-40.
- Mengoni, L., “Responsabilità contrattuale”, *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, 1072-1099.

- Mengoni, L., *Scritti*, vol. I y II, Castronovo, C., Albanese, A. y Nicolussi A. (eds.), Milán, Giuffrè, 2011.
- Mengoni, L., “Spunti per una teoria delle clausole generali”, *Rivista critica del diritto privato*, n.º 1, 1986, 5-18.
- Mengoni, L., “Sulla natura della responsabilità precontrattuale”, *Rivista del diritto commerciale*, 1956, II, 360-372.
- Morales Hervias, R.M., “Hacia una concepción autónoma de la responsabilidad precontractual y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico peruano”, *Ius et Veritas*, n.º 57, 2018, 183-187.
- Morales Hervias, R.M., “Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil”, *Revista de Derecho PUCP*, n.º 71, 2013, 53-75.
- Mormile, L., *Vincoli familiari e obblighi di protezione*, Turín, Giappichelli, 2013.
- Natoli, U., “L’attuazione del rapporto obbligatorio”, en Cicu, A. y Messineo, F. (dir.), *Trattato di diritto civile e commerciale*, vol. XVI, t. 1, Milán, Giuffrè, 1974.
- Neme Villarreal, M.L., “El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 11, 2006, 79-125.
- Nicolussi, A., “Cyberbullismo e responsabilità dei genitori tra virtuale e reale”, en Batuecas Caletrío, A. y Aparicio Vaquero, J.P. (coords.), *Algunos desafíos en la protección de datos personales*, Granada, Comares, 2018, 219-233.
- Nicolussi, A., “Diritto europeo della vendita di beni di consumo e categorie dogmatiche”, *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2003, 525-580.
- Nicolussi, A., “Diritto soggettivo e rapporto giuridico. Cenni di teoria generale tra diritto privato e diritto pubblico”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2014, 67-104.
- Nicolussi, A., “La culpa in contrahendo”, en Granelli, C.; Patti, S. y Sirena, P. (eds.), *Il diritto privato tedesco vent’anni dopo la Schuldrechts-modernisierung: un modello per i giuristi europei?*, Torino, Giappichelli, 2023, 135-136.
- Nicolussi, A., “L’obbligazione oltre il principio del contratto. Comportamenti socialmente tipici e relazioni di affidamento”, en *Per i cento anni dalla nascita di Renato Scognamiglio*, Nápoles, Jovene, 2022, 683-699.

Nicolussi, A., “Latinità e diritto privato: il diritto civile italiano in Perù”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2019, 1189-1194.

Nicolussi, A., *Le obbligazioni*, Padua-Milán, Cedam, 2021.

Nicolussi, A., “L’interesse del creditore e il risultato dell’obbligazione”, en Capogrossi Colognesi, L. y Cursi, M.F. (coords.), *Obligatio-Obbligazione. Un confronto interdisciplinare (Atti del Convegno di Roma, 23-24 settembre 2010)*, Nápoles, Jovene, 2011, 109-152.

Nicolussi, A., “Obblighi di protezione”, *Enciclopedia del diritto. Annali*, Milán, Giuffrè, 2015, 659-665.

Nicolussi, A., “Obblighi familiari di protezione e responsabilità”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2008, 929-968.

Nicolussi, A., “Prólogo”, en Espinoza Espinoza, J., *Derecho de la responsabilidad civil*, 9.ª ed., Breña, Instituto Pacífico, 2019, 7-12.

Nicolussi, A. y Zecchin, F., “La natura relazionale della responsabilità ‘pre-provvedimentale’ della pubblica amministrazione. Autorità e affidamento”, *Europa e diritto privato*, n.º 4, 2021, 804-842.

Nogler, L., “Danno non patrimoniale e rapporto di lavoro”, en Patti, S. (dir.) y Delle Monache, S. (coord.), *Responsabilità civile, danno non patrimoniale*, Turín, Utet, 2010, 583-585.

Nogler, L., “La disciplina dei licenziamenti individuali nell’epoca del bilanciamento tra i ‘principi’ costituzionali”, *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, vol. 29, n.º 4, 2007, 593-694.

Rabello, A.M., “Buona fede e responsabilità precontrattuale nel diritto israeliano alla luce del diritto comparato”, en Garofalo, L. (coord.), *Il ruolo della buona fede oggettiva nell’esperienza giuridica storica e contemporanea (Atti del Convegno internazionale di studi in onore di Alberto Burdese, Padova-Venezia-Treviso, 14-16 giugno 2001)*, III, Padua, Cedam, 2003, 125-227.

Rodotà, S., *Il problema della responsabilità civile*, Milán, Giuffrè, 1964.

Rodríguez Olmos, J.M., “Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 20, 2011, 301-346.

- Roppo, V., *Il contratto*, en Iudica, G. y Zatti, P. (coords.), *Trattato di diritto privato*, Milán, Giuffrè, 2011.
- Rusconi, C., “Mediacione e rapporti contrattuali di fatto”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 5, 2023, 1047-1056.
- Salvi, C., “Responsabilità extracontrattuale (dir. vig.)”, *Enciclopedia del diritto*, XXXIX, Milán, Giuffrè, 1988, 1186-1264.
- Scaduto, G. y Rubino, D., “Illecito (atto)”, *Nuovo Digesto Italiano*, vol. VI, Turín, Utet, 1938, 702-708.
- Schlechtriem, P., *Schuldrecht Allgemeiner Teil*, 6.^a ed., Tubinga, Mohr Siebeck, 2005, 3-4.
- Scognamiglio, C., “Affidamento”, en *Le parole del diritto*, Napoli, Jovene, 2018, 53-73.
- Scognamiglio, C., “Sulla natura della responsabilità della pubblica amministrazione da lesione dell’affidamento del privato sorto a seguito di un comportamento della medesima”, *Corriere giuridico*, n.º 8-9, 2020, 1033-1040.
- Staub, H., *Die positiven Vertragsverletzungen* (1904), reimpr., Bad Homburg, Gehlen, 1969.
- Stoll, H., “Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung”, *Archiv für die civilistische Praxis*, 1932, 257-320.
- Stoll, H., “Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen”, *Leipziger Zeitschrift für deutsches Recht*, 1923, 532-548.
- Troncoso, M.I., “La obligación de tomar medidas razonables para evitar la extensión del daño”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 21, 2011, 353-391.
- Visintini, G., *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*, Padua, Cedam, 1965.
- Zaccaria, A., “Der aufhaltsame Aufstieg der sozialen Kontakts (la resistibile ascesa del contatto sociale)”, *Rivista di diritto civile*, n.º 1, 2013, 77-108.
- Zaccaria, G., *Ermeneutica e giurisprudenza. Saggio sulla metodologia di Josef Esser*, Milán, Giuffrè, 1984.

Zaccaria, A., “La natura della responsabilità per *culpa in contrahendo* secondo il punto di vista del gambero”, *Rivista di diritto civile*, n.º 2, 2015, 344-358.

Zaccaria, G., “L’apporto di Luigi Mengoni alla metodologia del Novecento”, *Europa e diritto privato*, n.º 1, 2012, 63-78.

Zaccaria, A., “*Verdamnte Zeiten* (tempi maledetti)”, *Nuova giurisprudenza civile commentata*, n.º 5, 2020, 1148-1159.