



Alessio Zaccaria^(*)

***Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt* - La resistible ascensión del “contacto social”^(**)**

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt* - *The resistible rise of “social contact”

Resumen: El autor parte de la constatación de que, mientras en Alemania (sede de procedencia de la teoría) ni la jurisprudencia ni la doctrina actuales afirman que un simple contacto social, sin fundamento normativo, puede ser fuente de deberes de protección, en Italia se afirma abiertamente lo contrario. En efecto, en Italia, desde el arribo del contacto social a la Casación, en 1999, han sido muchos los pronunciamientos que han hecho referencia al contacto social, para fundamentar las más diversas soluciones. De esta forma, la suerte del contacto social en Italia, puede ser descrita como una ascensión a la cual no se le ha hecho resistencia, pero que, sin embargo, si se hubiese prestado más atención a los (o a la falta de) fundamentos identificados por las Cortes Italianas para su sostenimiento, perfectamente se le habría podido hacer frente.

Palabras clave: Contacto Social - Relaciones Contractuales de Hecho - Deberes de Protección - Responsabilidad Contractual - Responsabilidad Extracontractual

Abstract: The author begins by noting that, while in Germany (site of origin of the theory) current jurisprudence and doctrine don't assert that a simple social contact, without normative basis, can be a source of duties to protection, conversely, in Italy it is openly asserted the opposite. Indeed, in Italy, from the arrival of social contact to the Court of Cassation in 1999, there have been many decisions, which have referred to social contact in order to support the most diverse solutions. Thus, the fate of social contact in Italy, can be described as a rise to which resistance has not been done, but, however, if enough attention had been given to (or to lack of) basis identified by Italian Courts in order to support it, we perfectly could have coup with it.

Keywords: Social Contact - Factual Contractual Relationship - Duties to Protect - Contractual Liability - Tort

(*) Licenciado en Derecho por la Universidad de Ferrara. Director del *Centro per la Ricerca e l'Insegnamento del Diritto Privato Europeo* en la Universidad de Verona. Profesor Ordinario de la misma casa de estudios. Especialista en Derecho civil, con particular atención a los sectores de las sucesiones, obligaciones y contratos y mediación inmobiliaria. Consultor externo del bufete Dindo, Zorzi & Associati.

(**) Texto de la Ponencia realizada en la Convención dedicada a los diez años de la *Schuldrechtsmodernisierung*, llevada a cabo en Montepulciano, los días 14 y 15 de setiembre del 2012. Las razones que han conducido a la elección del título, el cual se inspira, evidentemente, en el conocido drama teatral de Bertolt Brecht “*Der aufhaltsame Aufstieg des Arturo Ui*” (La resistible ascensión de Arturo Ui), serán esclarecidas en las conclusiones.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

1. Introducción

A lo largo de mi ponencia, me ocuparé de la norma contenida en el § 311 (2) BGB^(NT1). Según esta, las obligaciones pertenecientes al género de aquellas contempladas en el § 241 (2) BGB^(NT2), es decir, aquellas obligaciones que imponen tener en consideración los derechos, los bienes,

y demás intereses de la contraparte, a las que podríamos denominar obligaciones de protección^(NT3), empleando de manera sintética un lenguaje que nos es familiar; también pueden surgir en aquellos casos en donde se instauren entre las partes “*änliche geschäftliche Kontakte*”^{(1)(NT4)}, y

Título original: *Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakts* (La resistible ascensa del “contatto sociale”), publicado originalmente en *Rivista di diritto civile*. No. 1. Padua. Cedam, 2013; pp. 77-108. La traducción y la publicación se hacen bajo la autorización expresa del autor, las gestiones estuvieron a cargo de César E. Moreno More.

Traducción de César E. Moreno More, Asistente de Docencia en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, candidato a la maestría con mención en Derecho Civil y Comercial por la misma casa de estudios.

Se han añadido notas del traductor para tratar de esclarecer y/o enriquecer algunos pasajes del texto traducido, las mismas que serán identificadas con el símbolo NT. Asimismo, se ha decidido traducir algunas expresiones y conceptos que el autor utiliza en idioma alemán, presentes en el texto principal del presente trabajo, y no así las citas en idioma alemán, presentes en las notas al pie de página. Queremos dar las gracias a Andrés Sánchez Ramírez, candidato a la maestría con mención en Derecho Civil y Comercial de la UNMSM, ex becario de la Philipps-Universität Marburg, por su inestimable apoyo en la traducción de los pasajes en idioma alemán. Adicionalmente, cabe advertir que, debido a que la traducción de los párrafos del BGB la hemos tomado de la traducción dirigida por Alberto Lamarca Marqués, publicada por Marcial Pons, Madrid: 2008; la misma deberá ser confrontada con las observaciones que hace el autor de la correcta comprensión de los conceptos expresados en dichos dispositivos. Asumimos plena responsabilidad por la traducción de los textos de los §§ 307 y 309 BGB anteriores a la *Schuldrechtsmodernisierung*.

(NT1) § 311 BGB (Relaciones obligatorias negociales y similares a las negociales):

“(1) Para la constitución de una relación obligatoria mediante negocio jurídico, así como para la modificación del contenido de una relación obligatoria, es necesario un contrato entre las partes, en la medida en que la ley no dispone otra cosa.

(2) Una relación obligatoria con los deberes del § 241, apartado 2, también resulta de:

1. Entablar negociaciones contractuales,

2. La preparación de un contrato por el cual una parte, en vista a una posible relación jurídica negocial, concede a la otra parte la posibilidad de afectar a sus derechos, bienes jurídicos e intereses o se los confía, o de

3. Contactos negociales similares.

(3) Una relación obligatoria con los deberes del § 241, apartado 2, también puede afectar a personas que no deben ser partes contractuales. Especialmente nace una relación obligatoria de este tipo si el tercero exige una confianza especial y, por ello, influencia considerablemente las negociaciones contractuales o la conclusión del contrato”.

(NT2) § 241 BGB (Deberes de la relación obligatoria):

“(1) En virtud de la relación obligatoria el acreedor está legitimado para reclamar una prestación del deudor. La prestación puede consistir también en una omisión.

(2) La relación obligatoria, de acuerdo con su contenido, puede obligar a cada parte a respetar los derechos, bienes jurídicos e intereses de la otra parte”.

(NT3) Sobre los deberes de protección en nuestro idioma, es imprescindible la consulta del trabajo de RODRÍGUEZ OLMOS, Javier. *Deberes de protección “aun frente a terceros”*, en la dogmática alemana. En: *Revista de derecho privado*. No. 20, 2011; pp. 301 y siguientes. En sede nacional, recientemente, se ha mostrado favorable a la categoría MORALES HERVÍAS, Rómulo. *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*. En: *Derecho PUCP*. No. 71, 2013; pp. 53 y siguientes; en sentido crítico, permítasenos reenviar a MORENO MORE, César. *Condiciones sistémicas de la responsabilidad de derecho civil y la estructura compleja de la obligación*, de próxima aparición en: *Revista fórum de direito civil*. No. 6. RFDC, 2014.

(1) Precisamente, de conformidad con el § 311 (2) BGB:

“*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 entsteht auch durch*

1. *die Aufnahme von Vertragsverhandlungen,*

2. *die Anbahnung eines Vertrags, bei welcher der eine Teil im Hinblick auf eine etwaige rechtsgeschäftliche Beziehung*



Alessio Zaccaria

no sólo en aquellos en los que se ha dado inicio a una tratativa contractual o en donde hayan sido realizados comportamientos que, de alguna forma, sean idóneos para conducir a la celebración de un contrato.

En lo que a mí respecta, el interés por este tema está vinculado, de manera especial, al hecho de que en base al § 311 (2) BGB, se niega, de manera prácticamente unánime, que un simple contacto social pueda ser considerado fuente de obligaciones. Por el contrario, en Italia, desde hace más de diez años, nuestra jurisprudencia invoca el contacto social como posible fuente de obligaciones, en las situaciones más diversas. La comparación con el régimen jurídico alemán, al cual he hecho referencia, podrá ser de utilidad para hacer aún más evidentes las claras deficiencias de la perspectiva acogida por nuestros jueces.

2. El parágrafo 311, apartado (2) del BGB como norma dirigida, en primer lugar, a codificar la responsabilidad precontractual

Por consiguiente, como estábamos diciendo, el § 311 (2) BGB

prevé la posibilidad del surgimiento de deberes de protección, además de en los casos en los que se tiene en consideración el contenido específico de la relación obligatoria, también como consecuencia de: 1) el inicio de una (auténtica) tratativa dirigida a la celebración de un contrato; 2) un comportamiento, entendido de manera general, que pueda considerarse haber abierto la vía a la constitución de alguna relación de carácter negocial (o necesariamente contractual); y, 3) “*ähnliche geschäftliche Kontakte*”.

En primer lugar, salta a la vista que la norma fue introducida con el objetivo de codificar la responsabilidad precontractual, la cual era extraña al BGB, antes de la *Schuldrechtsmodernisierung*^(NT5), (por lo menos en términos de régimen jurídico general⁽²⁾). Esta contempla ahora una serie de supuestos ordenados en tres grupos, en función a la calidad del contacto que puede llegar a crearse.

dem anderen Teil die Möglichkeit zur Einwirkung auf seine Rechte, Rechtsgüter und Interessen gewährt oder ihm diese anvertraut, oder

3. *ähnliche geschäftliche Kontakte*”.

Mientras que, de conformidad con el § 241 (*Pflichten aus dem Schuldverhältnis*):

“(1) *Kraft des Schuldverhältnisses ist der Gläubiger berechtigt, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Die Leistung kann auch in einem Unterlassen bestehen.*

(2) *Das Schuldverhältnis kann nach seinem Inhalt jeden Teil zur Rücksicht auf die Rechte, Rechtsgüter und Interessen des anderen Teils verpflichten*”.

Luego, el régimen jurídico es completado por la previsión del § 311 (3) BGB, de conformidad con la cual:

“*Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst*”.

(NT4) Se ha considerado no traducir desde un inicio esta expresión, debido a las consideraciones que el autor realiza sobre su exacta comprensión en el § 14 del presente estudio.

(NT5) La denominada modernización del derecho de obligaciones alemán, se realizó mediante la *Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts*, promulgada el 26 de noviembre de 2001, la misma que entró en vigencia el primero de enero del año siguiente. Para un análisis crítico de la reforma, con énfasis en el plano de la política legislativa implementada y de la manera en que se la llevó a término. REIMANN, Mathias. *The good, the bad and the ugly: The reform of the German law of obligations*. En: *Tulane Law Review*. Volumen 83, 2009; pp. 877 y siguientes.

(2) Así, Schulze, en SCHULZE y otros. *Bürgerliches Gesetzbuch. 7. Auflage* 2012. 12; sintetiza la historia de la responsabilidad precontractual en Alemania: “*Früher war die Haftung für die Verletzung vorvertraglicher Pflichten nur in einzelnen Vorschriften (§§ 179, 307 aF, 309 aF, 523 I, 524 I, 600, 694) gesetzlich geregelt. Weit darüber hinaus hatte aber die Rspr eine Haftung für die schuldhafte Verletzung von Pflichten im vorvertraglichen Verhältnis aufgrund der Lehre von der culpa in contrahendo (Verschulden bei Vertragsverhandlung) anerkannt. Begründet hatte diese Lehre Rudolph von Ihering (Iherings Jahrbücher*

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

3. El parágrafo 311, apartado (2), número 1 del BGB

El primer grupo de supuestos no merece comentarios específicos, por lo menos no desde el punto de vista del observador italiano. La norma, en la parte relativa a esta, corresponde sustancialmente a la previsión de nuestro artículo 1337 Código Civil Italiano^(NT6). Comparado con aquello a lo que estamos acostumbrados, sólo es necesario remarcar que la perspectiva del BGB está orientada indudablemente en el sentido de que esta responsabilidad debe entenderse originada por la violación de una obligación, mientras que en Italia, por el contrario, parte de la doctrina y la prácticamente unánime jurisprudencia, se inclinan por el carácter extracontractual de esta responsabilidad^{(3)(NT7)}.

4. El parágrafo 311, apartado (2), números 2 y 3 del BGB: la perspectiva según la cual el número 3 se referiría (por lo menos también) a contactos negociales similares a los descritos en los números 1 y 2

Comparado con el primero, el segundo grupo de supuestos se caracteriza por una menor intensidad del contacto. En efecto, es evidente que un comportamiento meramente idóneo a abrir la vía a cualquier relación futura de tipo

4 (1861), 1). *Nach der Fortgestaltung und ständigen Anwendung durch Wissenschaft und Rspr verfestigte sich diese Lehre zum Gewohnheitsrecht (BGH NJW 79, 1983). Nachdem die Gesetzgebung das Bestehen der cic seit längerem in § 11 Nr 7 AGBG aF (jetzt § 309 Nr 7 b) vorausgesetzt hatte, hat das SMG diese mit Abs 2 und 3 (del § 311) in das BGB aufgenommen*. Bajo otro aspecto, siempre en este contexto, también debe ser recordado el papel desempeñado por el § 242 BGB (*Leistung nach Treu und Glauben*), de conformidad con el cual “*Der Schuldner ist verpflichtet die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern*”: como observa KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*. En: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. 5ta. edición. 81. Múnich: 2007; p. 38. En efecto, el deber de protección surge cuando tiene inicio un proceso destinado a concluir en una relación contractual (cuya lesión puede fundar una responsabilidad por *culpa in contrahendo*), el cual no puede estar fundado en una base negocial, y que, por ello mismo, era reconducido a una fuente legal, incluso antes de la introducción del § 311 BGB. Finalmente, este puede encontrar su principal punto de apoyo en el principio de confianza que puede ser deducido precisamente del § 242 BGB.

Para el encuadramiento de la *culpa in contrahendo* en el contexto de una *Vertrauenshaftung* (general), fundada sustancialmente en las mismas normas citadas por Schulze como punto de referencia para la construcción de la teoría de la responsabilidad precontractual, normas entendidas como dirigidas a regular hipótesis que no pueden ser reconducidas ni a la responsabilidad contractual ni a la extracontractual, y para el análisis crítico de la objeción según la cual una *Vertrauenshaftung* (general), cuando sea admitida, terminaría por invadir todo el ámbito del Derecho Civil en virtud del don de la “ubicuidad”, véase: CANARIS. *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*. En: *Festschrift für Herbert Schimansky*. Colonia; pp. 53 y siguientes, quien remarca que el modelo de la *Vertrauenshaftung* puede ser identificado (y sólo es posible identificarlo) en las normas a las que hemos hecho referencia. De esta forma, podrían ser reconocidas nueve hipótesis de *Vertrauenshaftung* sólo allí donde sean estructuradas de manera compatible a aquellas hipótesis, ya reguladas, que constituyen la base positiva idónea para fundar la figura general de la *Vertrauenshaftung*.

(NT6) Artículo 1337 Código Civil Italiano: *Tratativas y responsabilidad precontractual*.- “En el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato, las partes deben comportarse de conformidad con la buena fe”.

(3) Sobre el tema, permítasenos reenviar, por todos, a ZACCARIA, Alessio. *Commentario breve al Codice civile*. Cian-Trabucchi. 10ma edición. *sub* artículo 1337. IV. Padua: 2011; pp. 1395 y siguientes.

(NT7) Para una evaluación de las diferentes posturas nacionales sobre la responsabilidad precontractual, véase: SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *La responsabilidad precontractual en debate: Panorama de la doctrina jurídica nacional*. en Autores Varios. *Responsabilidad civil contemporánea*. Lima: 2009; pp. 513 y siguientes.



Alessio Zaccaria

negocial, está dotado de una “consistencia” menor que aquella que es propia de una fase de tratativas real⁽⁴⁾.

Con mayor precisión, se puede decir que, mientras una fase de tratativas nace de un contacto que se resuelve en una serie de comunicaciones recíprocas⁽⁵⁾, una “*Anbahnung*” postula que un sistema de comunicación de este tipo todavía no se ha instaurado, y prescinde del hecho de que una auténtica fase de tratativas esté aún por realizarse o, considerando el modo en que el contrato se celebrará, esté destinada a no desarrollarse jamás⁽⁶⁾.

Por cierto, respecto al problema consistente en determinar si el régimen de la responsabilidad precontractual es aplicable también a la fase anterior a una auténtica fase de tratativas, debemos observar aquí que en el sistema alemán, esta solución legislativa permite efectivamente considerar resuelto dicho problema en sentido positivo, mientras que en Italia parece todavía abierto⁽⁷⁾.

Se hace evidente entonces, lo que se debe entender de manera general por “*Anbahnung*” (en términos de “*Anbahnung*”, para concretizar, puede ser leído, por ejemplo, el comportamiento

de aquel que simplemente entra en un negocio con la intención de comprar⁽⁸⁾), sin embargo, es la cuestión de cuán amplia debe considerarse la categoría de las hipótesis que estamos analizando “*leider etwas dunkel*”^{(9)(NT8)}. Puesto que en cualquier caso se debe tratar de comportamientos idóneos a concluir en una relación de naturaleza negocial⁽¹⁰⁾ (en sentido amplio), es necesario establecer si el concepto de “*Anbahnung*”, de “encaminamiento” hacia una relación como tal, puede entenderse como comprensivo de cualquier comportamiento que pueda preludear su instauración, o si existen algunos comportamientos que no pueden ser comprendidos en este⁽¹¹⁾.

La respuesta depende de la amplitud que se decida reconocer al campo del tercer grupo de supuestos, el de los *ähnliche geschäftliche Kontakte*, es decir, depende de la circunstancia de que en este grupo se considere, o no, poder introducir (al menos también⁽¹²⁾) comportamientos idóneos a preludear la

- (4) MEDICUS. *BGB Kommentar*. Bajo el cuidado de Prutting-Wegen-Weinreich. 4ta. edición. Colonia. sub § 311. 37. 2009; p. 547.
- (5) “Zur ‘Aufnahme’ der Vertragsverhandlungen gehört... ein wechselseitiger kommunikativer Kontakt”: así SCHWARZE. *Das Recht der Leistungsstörungen*. § 31. I. 6. Berlín: 2008, p. 370.
- (6) SCHWARZE. *Óp. cit.*; § 31. II. 7; pp. 370 y siguientes.
- (7) En sentido afirmativo, en base a la observación de que el artículo 1337 Código Civil Italiano, se refiere a la fase de las tratativas, pero también, con expresión distinta, a la fase de formación del contrato, así como a la ulterior observación de que la fase de formación del contrato se puede iniciar incluso antes de las tratativas, como, por ejemplo, cuando se haya enviado una invitación a ofrecer, véase: PATTI. *Responsabilità precontrattuale e contratti standard*. En: *Commentario al codice civile Schlesinger*. Milán: 2009; pp. 76 y siguientes. Para ulteriores referencias bibliográficas y jurisprudenciales sobre el tema, permítasenos reenviar nuevamente a ZACCARIA, Alessio. *Óp. cit.*; sub artículo 1337. I. 2; p. 1394.
- (8) MEDICUS. *Óp. cit.*; por el contrario, en el sentido de que este caso quedaría comprendido en el ámbito de aplicación del punto 2, véase: LÖWISCH. *J. von Staudingers Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch mit Einführungsgesetz und Nebengesetzen*. § 311. 101. Berlín: 2005; p. 38.
- (9) Así, CANARIS. *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*. En: *JuristenZeitung*, 2001; p. 520.
- (NT8) Traducción libre: “desafortunadamente un poco oscura”.
- (10) A pesar de que la norma habla de “*Anbahnung eines Vertrages*”, ciertamente, no parece subsistir obstáculo alguno para considerarla aplicable de manera extensiva, también a aquellos casos en donde los comportamientos se estén encaminando hacia la celebración de un negocio distinto al contrato.
- (11) Naturalmente, más allá de las veras y propias tratativas dirigidas a la celebración de un contrato, que se encuentran contempladas en el punto 1 del § 311 (2) BGB.
- (12) En efecto, según algunos, la categoría de los *ähnliche geschäftliche Kontakte* incluiría tanto los contactos negociales similares a los contemplados en los números 1 y 2, como los contactos similares a los contactos negociales anteriormente mencionados.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

instauración de una (auténtica) relación *de naturaleza negocial*, en lugar de (exclusivamente) comportamientos idóneos a preluir la instauración de una relación (sólo) *similar* a una relación de naturaleza negocial del tipo de las relaciones contempladas en los números 1 y 2. Esta es una alternativa cuya solución postula, evidentemente, la verificación de la posibilidad de identificar comportamientos *precedentes* a la *Anbahnung* contemplada en el número 2 del § 311 (2) BGB, que, de cualquier forma, igualmente preliminares a la constitución de una (auténtica) relación de tipo negocial.

Los compiladores de la *Schuldrechtsmodernisierung* estaban convencidos de la subsistencia de una posibilidad como tal. Según los trabajos preparatorios⁽¹³⁾, por ejemplo, el número 3, efectivamente habría debido comprender, y en especial, los contactos (también estos clasificables como negociales, en tanto susceptibles de ser comprendidos en la cadena de eventos que puede conducir a la celebración de un contrato) mediante los cuales simplemente se prepara el terreno para la celebración de un negocio, y entre estos, en especial, los “*Auslotungsgespräche*”, las conversaciones de exploración, es decir, aquellas que son desarrolladas con el fin de suscitar en un sujeto la determinación de celebrar un contrato⁽¹⁴⁾; y lo mismo debería ser válido para los contactos que son realizados sin la intención de celebrar un contrato, como cuando se entra en un negocio no con el fin de realizar compras, sino con el único objetivo de comparar precios⁽¹⁵⁾.

En este marco, si la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte* es leída de conformidad con lo que parece ser su significado literal, y, por lo tanto, como referida también a contactos de naturaleza negocial, en tanto similares a los precedentes, pero no identificables con estos últimos, entonces se debería concluir que el § 311 BGB delinea una constelación de contactos (de cualquier forma siempre) negociales, que

EN LO QUE A MÍ RESPECTA, EL INTERÉS POR ESTE TEMA ESTÁ VINCULADO, DE MANERA ESPECIAL, AL HECHO DE QUE EN BASE AL § 311 (2) BGB, SE NIEGA, DE MANERA PRÁCTICAMENTE UNÁNIME, QUE UN SIMPLE CONTACTO SOCIAL PUEDA SER CONSIDERADO FUENTE DE OBLIGACIONES.

disminuye progresivamente de intensidad, conforme van descendiendo los numerales del propio § 311 BGB.

5. Continúa: consideraciones críticas

Sin embargo, desde una perspectiva crítica contraria a este planteamiento, se ha observado que su acogimiento haría muy difícil, en la práctica, decidir si determinado comportamiento debería ser reconducido al número 2, en lugar de al número 3. Asimismo, de manera contraria, si desde el punto de vista del régimen jurídico aplicable, todo sigue siendo igual, a fin de cuentas la cuestión clasificatoria terminaría por no tener relevancia práctica alguna⁽¹⁶⁾.

Sobre todo, lo que se debe destacar es que se trata de una perspectiva que no corresponde al “estado del arte” anterior, en

(13) Precisamente, según lo escrito en la *Begründung der Bundesregierung zum Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Schuldrechts* reportada en el volumen *Schuldrechtsmodernisierung 2002*. Bajo el cuidado de CANARIS. Múnich: 2002; p. 722.

(14) Sobre el tema, véase: KINDL. *Bürgerliches Gesetzbuch*. Bajo el cuidado de ERMAN. 12va. edición. sub § 311. 22. Colonia: 2008; p. 1345; LAPP. *BGB*. Bajo el cuidado de JUNKER. 2da edición. Saarbrücken. sub § 311. 24, 2004; p. 510. En el sentido de que el número 3 podría estar referido, en especial, al caso de la recopilación de las primeras informaciones acerca de lo que podría llegar a convertirse en el objeto de un posible, futuro contrato, véase: también SCHULZE. *Óp. cit.*; p. 17.

(15) Así SCHWARZE, *Óp. cit.*; § 31. III. 8; p. 371.

(16) En el sentido por el cual “*Eine scharfe Abgrenzung ggü der Vertragsanbahnung ist häufig weder möglich noch erforderlich*”. Véase en especial: SCHULZE. *Óp. cit.*



Alessio Zaccaria

el sentido que no refleja el estadio al cual había llegado la evolución doctrinal y jurisprudencial alemana en materia de deberes *legales*, entendidos como objeto de una categoría contrapuesta, por un lado, a la de los deberes *negociales* y, por el otro, a la de los deberes que derivan *de la responsabilidad extracontractual*. Precisamente, no lo refleja en el sentido que, una vez limitada la potencialidad aplicativa del § 311 (2) BGB (de manera exclusiva) a los contactos “negociales” (en el sentido propio del término, vale decir idóneos a concluir en la celebración de un negocio), la tutela de los beneficiarios de una prestación objeto de una relación de cortesía “pura” (es decir, como veremos dentro de poco, aquella que tiene por objeto prestaciones gratuitas no debidas) resultaría inevitablemente confinada en el plano de la responsabilidad extracontractual⁽¹⁷⁾, cuando, por el contrario, en relación a estos sujetos, había sido desarrollado (también esto lo veremos dentro de poco) un sistema de protección que se ubica sobre el plano de las relaciones obligatorias.

Para comprender plenamente el sentido de lo que se acaba de afirmar, en primer lugar, debemos recorrer, aunque sea a grandes rasgos, las líneas de dicha evolución.

6. Relaciones obligatorias y relaciones de cortesía: relaciones de cortesía “puras” y relaciones de cortesía obligatorias (con base negocial)

De manera general, los juristas alemanes suelen contraponer el “mundo” de las relaciones obligatorias (de origen negocial) al “mundo” de las relaciones no relevantes para el derecho; el “mundo” de las prestaciones debidas, cuyo cumplimiento puede ser pretendido, al “mundo” de las prestaciones que no son debidas, y que son ejecutadas, *unentgeltlich*^(NT9) y *uneigennützlich*^(NT10), a puro título de cortesía.

A *puro* título de cortesía, hemos dicho, en tanto que también las prestaciones *uneigennützlich*^(NT11) ejecutadas *unentgeltlich* pueden resultar debidas, en la medida en que, en otras palabras, también este género de prestaciones puede constituir objeto de una relación obligatoria⁽¹⁸⁾. Esto, como se reconoce pacíficamente⁽¹⁹⁾, puede deducirse del hecho de que el BGB prevé toda una serie de contratos gratuitos fundados en el espíritu de cortesía, entre los cuales se encuentra, en primer lugar, el mandato⁽²⁰⁾. En efecto, esto muestra que si la gratuidad constituye un presupuesto necesario para que pueda hablarse de relaciones de cortesía; por otra parte, la circunstancia de que no se haya pactado una contraprestación, no es suficiente para excluir que la prestación misma constituya objeto de un deber (de tipo negocial).

En este punto, se origina el problema de diferenciar cuándo la prestación considerada constituye objeto de una relación de cortesía *pura* y, cuándo, en cambio, constituye objeto de una (auténtica) relación obligatoria (con base negocial). Problema al que la jurisprudencia alemana ha tratado de dar respuesta identificando toda una serie de indicios idóneos a testimoniar, a falta de una manifestación de voluntad expresa, el sentido de la “seriedad” del comportamiento de las partes; el sentido, por lo tanto, de la intención de las partes de constituir una (auténtica) relación obligatoria. Específicamente, se ha puesto el acento sobre el “horizonte”

(17) En este sentido, véase, en efecto: SCHWARZE, *Óp. cit.*; § 31. III. 8. p. 371.

(NT9) Traducción libre: “a título gratuito”.

(NT10) Traducción libre: “*altruistamente*”.

(NT11) Traducción libre: “*altruistas*”.

(18) KRAMER, *Óp. cit.*; 32; p. 18.

(19) Véase, entre otros: KRAMER. *Óp. cit.* 32; p. 19.

(20) De hecho, en Alemania, el mandato ha conservado el carácter gratuito que le era propio en el derecho romano, carácter que se perdió en la codificación napoleónica y, tras los pasos de esta última, en el Código Civil Italiano de 1865. Sobre todo esto, permítasenos reenviar ahora a ZACCARIA, Alessio. *Mediazione e mandato, per tacer del contratto d'opera*. Jena: 2011; pp. 39 y siguientes.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

del destinatario de la prestación y, de esta forma, sobre el hecho de que éste, dadas las circunstancias del caso concreto, pudiese confiar legítimamente en la presencia de una voluntad de obligarse de la contraparte, de conformidad con la buena fe y teniendo en consideración las costumbres del tráfico; e, inclusive, se ha observado que se debe tener en consideración el tipo de prestación, su valor económico y jurídico, especialmente para su destinatario, las razones por las que debe ser cumplida, y su finalidad, así como, en general, los intereses de las partes⁽²¹⁾.

Sobre la base de estos indicios, fue clasificado como relación de cortesía “pura”, por ejemplo, entre otros, el transporte de cortesía, el cual también en Italia representa el ejemplo típico de relación de cortesía, que se contrapone constantemente, incluso en la manualística, al transporte (negocial y obligatorio) gratuito⁽²²⁾. En cambio, por poner un ejemplo en el sentido opuesto, se ha reconocido que constituye una relación “de cortesía” con base negocial y, por ello, integrante de una auténtica relación obligatoria, la que se establece entre un médico que acepta realizar una prestación a otro médico, renunciando, por razones de compañerismo, a recibir un honorario⁽²³⁾.

7. Continúa: en especial, las prestaciones “de cortesía” consistentes en la comunicación gratuita de un consejo, de una sugerencia o de una información

En el ámbito de las prestaciones “de cortesía”, siempre se ha reservado una atención especial a las hipótesis consistentes en la comunicación gratuita de un consejo, de una sugerencia o de una información, respecto a las cuales el § 675 (2) BGB^(NT12) dispone que aquel que haya sufrido un daño por haber dado curso a aquellas, no puede servirse del remedio contractual; lo que, por otra parte, no excluye que una responsabilidad contractual pueda subsistir en dichos casos; precisamente en aquellos en los que dichas actividades hayan sido contempladas como objeto de un contrato específico⁽²⁴⁾.

(21) Para referencias al respecto, véase: KRAMER. *Óp. cit.*; p. 30; pp. 19 y siguientes.

(22) Sobre el tema, permítasenos reenviar, por todos, a ZACCARIA, Alessio. *Commentario breve al Codice Civile Cian-Trabucchi*. cit. sub artículo. 1678. I. 3; p. 1795; y sub Nota introductoria al Título I. VI; p. 1224.

(23) BGH NJW, 1977, 2120, al cual hace referencia KRAMER. *Óp. cit.* 33; p. 20.

(NT12) § 675 BGB (*Gestión de negocios onerosa*):

“(1) A un contrato de servicios o a un contrato de obra que tiene por objeto una gestión de negocios, a no ser que en este subtítulo se determine otra cosa, se aplican por analogía las disposiciones de los §§ 663, 665 a 670, 672 a 674 y, si corresponde al obligado el derecho a denunciar sin observar un plazo de denuncia, también las disposiciones del § 671, apartado 2.

(2) Quien da un consejo o una recomendación a otro, sin perjuicio de la responsabilidad que resulta de una relación contractual, un acto ilícito o de otra determinación legal, no está obligado al resarcimiento de los daños que resultan del seguimiento del consejo o de la recomendación”.

(24) Precisamente, así recita la norma de la que estamos tratando:

§ 675 (*Entgeltliche Geschäftsbesorgung*):

“(1) Auf einen Dienstvertrag oder einen Werkvertrag, der eine Geschäftsbesorgung zum Gegenstand hat, finden, soweit in diesem Untertitel nichts Abweichendes bestimmt wird, die Vorschriften der §§ 663, 665 bis 670, 672 bis 674 und, wenn dem Verpflichteten das Recht zusteht, ohne Einhaltung einer Kündigungsfrist zu kündigen, auch die Vorschriften des § 671 Abs. 2 entsprechende Anwendung.

(2) Wer einem anderen einen Rat oder eine Empfehlung erteilt, ist, unbeschadet der sich aus einem Vertragsverhältnis, einer unerlaubten Handlung oder einer sonstigen gesetzlichen Bestimmung ergebenden Verantwortlichkeit, zum Ersatz des aus der Befolgung des Rates oder der Empfehlung entstehenden Schadens nicht verpflichtet”.



Alessio Zaccaria

También se reconoció la subsistencia de un contrato como tal, en casos en los que no existían manifestaciones de voluntad expresas (revelándose, una vez más, en las situaciones consideradas, índices de “seriedad” en el comportamiento de las partes), especialmente en aquellos casos en los que la información presentaba, para quien deseaba recibirla, un considerable y reconocible significado económico, así como en los casos en los que la información había sido requerida a un técnico⁽²⁵⁾.

8. Continúa: las consecuencias del incumplimiento de una prestación de cortesía objeto de una relación obligatoria

De la presencia de un contrato, expresamente celebrado o deducible de los índices de “seriedad” de los cuales se ha hablado, también se ha deducido, como es natural, la posibilidad de pretender el cumplimiento de la prestación “de cortesía” identificada, y, en caso de incumplimiento, la aplicabilidad de las normas comunes sobre la responsabilidad contractual⁽²⁶⁾.

9. Continúa: la tutela del destinatario de una prestación objeto (no de una relación obligatoria, sino de) una relación de cortesía “pura”: en especial, la teoría de los deberes legales de protección fundamentada en los principios de la responsabilidad precontractual y de la confianza

Habiendo establecido todo esto como premisa, ahora trataremos de establecer qué protección puede ser reconocida

al destinatario de una prestación objeto (no de una relación obligatoria, sino de) una relación “de cortesía” pura, carente de una base negocial, expresa o presunta.

Rigurosamente, la conclusión debería ser en el sentido de la necesidad de confinar dicha protección exclusivamente en el plano extracontractual⁽²⁷⁾.

Sin embargo, esta solución no ha parecido satisfactoria bajo el aspecto de la necesidad de brindar una tutela adecuada al destinatario de la prestación. De esta forma, en Alemania se ha formado un gran movimiento dirigido a sostener que la circunstancia de la ausencia de un negocio no debe llevar a concluir, necesariamente, la falta, además de un deber primario de prestación, de cualquier otro deber, en especial de deberes de protección⁽²⁸⁾.

Con el fin de fundamentar estos deberes, la jurisprudencia alemana intentó identificar, en las situaciones que ha examinado, comportamientos concluyentes idóneos a constituir una base negocial. Pero esta actitud fue fuertemente criticada. Como recuerda Kramer⁽²⁹⁾, Gernhuber, respecto a dichas construcciones, había hablado de “*künstliche Produkte juristischen Denkens ohne jede Realität, denen sich die Justiz wider besseren Wissens (...) zuzuwenden gezwungen ist, wenn die deliktische Schutz des Vermögens schwach ausgeprägt ist*”^{(30)(NT13)}.

(25) Sobre el tema, véase: KRAMER. *Óp. cit.* 34; p. 20, y allí numerosas referencias jurisprudenciales.

(26) KRAMER. *Óp. cit.* 35; p. 21.

(27) Y en este sentido, véase, en efecto, además de la jurisprudencia, Von Bar, citado por KRAMER, *Óp. cit.* 39; pp. 22 y siguientes.

(28) KRAMER. *Óp. cit.* 36; p. 21.

(29) KRAMER. *Óp. cit.*

(30) En el sentido de que se trataría de ficciones inaceptables, véase también: CANARIS. *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*, citado; pp. 47 y siguientes, quien, en especial, respecto a las relaciones de comunicación de informaciones, observa que es contrario a toda lógica, que un sujeto que ofrece gratuitamente una prestación, en cuya ejecución no tiene ningún interés, se obligue a realizarla.

(NT13) Traducción libre: “productos artificiales del pensamiento jurídico carentes de toda realidad, a los que el poder judicial, a falta de un mejor conocimiento... se ve en la necesidad de recurrir, cuando la tutela del patrimonio, brindada por la responsabilidad civil, es débil”.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

Una solución diferente, ubicada siempre en el plano de la autonomía privada, fue propuesta posteriormente por Fikentscher⁽³¹⁾, quien sostuvo que sería necesario verificar, caso por caso, si la intención jurídica negativa, idónea para excluir que se haya celebrado un contrato, haya excluido, además del deber primario de prestación, también los deberes accesorios de protección, que de conformidad con el principio de la buena fe, ex § 242 BGB^(NT14), debería considerarse, acompañan a la prestación principal en el caso en concreto.

Mientras tanto, desde otra perspectiva, Schwerdtner⁽³²⁾ elaboró un razonamiento dirigido a reconducir los deberes de los que estamos tratando, a una fuente (no negocial, sino) *legal*, a través de la extensión a las relaciones de cortesía “puras”, de la teoría elaborada para la *culpa in contrahendo*, y con ella, del principio de la necesaria tutela de la confianza, tal cual puede ser deducida de la previsión del § 242 BGB, considerado aplicable incluso más allá de su sede natural, vale decir, la de la ejecución de un contrato ya celebrado; extensión fundada, principalmente, sobre la observación de que también en el caso de las relaciones de cortesía “puras”, entra en juego una confianza análoga a la que caracteriza el desarrollo de las relaciones precontractuales⁽³³⁾.

Como recordaba el mismo Schwerdtner, se trata de una perspectiva más restringida que la elaborada precedentemente por Dölle, quien, para fundar un deber legal de protección, había considerado suficiente (incluso) cualquier “contacto social” (en cambio, según Schwerdtner, el deber de protección no podría surgir en virtud de cualquier contacto, sino sólo en virtud de un contacto “*gewollt*”^(NT15) y “*gezielt*”^(NT16), como es

POR CONSIGUIENTE, UN “CONTACTO SOCIAL” SÓLO PUEDE SER FUENTE DE OBLIGACIONES, EN VIRTUD DE UNA BASE NEGOCIAL O NORMATIVA. EL ORDENAMIENTO Y LA VOLUNTAD, EN TANTO TUTELADA POR EL PROPIO ORDENAMIENTO, DEBEN SEGUIR SIENDO SOBERANOS.

precisamente el que se puede identificar en la base de una relación de cortesía), y, por otro lado, más amplia que la elaborada por Larenz, quien pretendía, para estos efectos, un contacto entre las partes dirigido al desarrollo de una tratativa, o, de cualquier forma, a un encuentro dirigido a la celebración de un negocio⁽³⁴⁾. Posición, esta última, que, como es recordado una vez más por Schwerdtner, ya había sido superada en aquella época por Thiele⁽³⁵⁾, quien observó que la perspectiva de Larenz resultaba condicionada por la convicción según la cual sólo podrían existir una responsabilidad extracontractual y una responsabilidad contractual (por incumplimiento de una obligación con fuente negocial), allí donde la alternativa, como

(31) Citado por KRAMER, *Óp. cit.*; 37, p. 22.

(NT14) § 242 BGB (*Prestación de buena fe*):

“El deudor está obligado a cumplir la prestación según las exigencias de la buena fe conforme a los usos del tráfico”.

(32) Siempre citado por KRAMER. *Óp. cit.*

(33) “*Die positive Forderungsverletzung beruht wie die culpa in contrahendo auf der Inanspruchnahme von Vertrauen. Die Pflicht, den anderen Partner vor Schäden an Rechtsgütern zu bewahren, die vom angebahnten oder bestehenden Leistung oder Gefälligkeitsverhältnis unmittelbar nicht berührt werden, gründet sich auf den Tatbestand, der dem einen Teil eine besondere Einwirkung auf die Rechtsgüter des anderen ermöglicht. Die Gefälligkeitshandlung begründet daher in Vollzugsstadium ein gesetzliches Schuldverhältnis, das im Gegensatz zu den Verkehrspflichten des Rechts der unerlaubten Handlung Schädigungen aus gewollten und gezielten Kontakten reguliert*”: así SCHWERDTNER. *Der Ersatz des Verlusts des Schadensfreiheitsrabattes in der Haftpflichtversicherung*. En: NJW, 1971; p. 1675.

(NT15) Traducción libre: “querido”.

(NT16) Traducción libre: “preciso”.

(34) Perspectivas citadas y así sintetizadas por SCHWERDTNER. *Óp. cit.*; p. 1675.

(35) También citado por SCHWERDTNER. *Óp. cit.*



Alessio Zaccaria

hoy comúnmente se reconoce, es más bien establecida entre responsabilidad extracontractual y responsabilidad resultado de la lesión de cualquier deber (incluso de origen no negocial) que vincule un particular a otro. Y dado que “*die ‘Interessenexposition’ der Parteien involviert nicht nur der Vertragsschluß*”⁽³⁶⁾ (NT17), en realidad, en esta perspectiva más amplia, bien podrían identificarse deberes de protección, como sostiene Schwerdtner, incluso en aquellos casos que consistan en una relación de cortesía “pura”.

10. Continúa: la teoría de los deberes de protección por “contacto social”

Moviéndose a lo largo de la línea trazada por Schwerdtner, y, por lo tanto, invocando la dogmática de la *culpa in contrahendo* y los principios contenidos en el § 242 BGB, pero vinculándose también al pensamiento de Dölle, posteriormente Kramer amplió el discurso, afirmando que los deberes de protección deberían considerarse subsistentes no sólo en los casos en donde se establezcan relaciones de cortesía “puras”, carentes de fundamento negocial, a las que, por la circunstancia de tener en la base un contrato “*gewollt*” y “*gezielt*”, les sean extensibles los principios de la responsabilidad por *culpa in contrahendo*; sino también, de manera general, toda vez que, como resultado de un contacto (genéricamente) “social”, se establezca frente a un sujeto, una relación idónea para hacer surgir la confianza en la circunstancia de que su contraparte tratará con cuidado y atención, a él y a sus bienes⁽³⁷⁾: en suma, asumirá la posición de un “garante”⁽³⁸⁾. Posición esta última, que se verifica especialmente en todos aquellos casos en

los que se realice una prestación que quede comprendida en el ejercicio de una actividad particularmente cualificada, como es, por ejemplo, la de los abogados y comerciantes⁽³⁹⁾.

11. Continúa: contratos de hecho “aus sozialem Kontakt” y “aussergesetzlichen Erhaltungspflichten aus sozialem Kontakt”

Vale la pena recordar, incidentalmente, aunque con ello alarguemos un poco el campo de observación (se trata de observaciones que, en efecto, serán útiles al momento de pasar al examen de la jurisprudencia italiana sobre la materia) que la teoría del “contacto social” había sido derivada por Dölle, de la teoría de los contratos de hecho elaborada por Haupt, y presentada por este último en 1941.

Haupt reagrupó en un único conjunto, tres categorías de contratos de hecho: contratos “*kraft sozialer Leistungsverpflichtung*”^(NT18), “*aus tatsächlicher Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis*”^(NT19) y “*aus sozialem Kontakt*”^(NT20). El autor elaboró dicha clasificación partiendo de la consideración de que se tratarían, en cualquier caso, de hipótesis que no pueden ser encuadradas

(36) Así SCHWERDTNER. *Óp. cit.*; (la expresión reportada entre comillas por SCHWERDTNER es de STOLL).

(NT17) Traducción libre: “La ‘exposición de los intereses’ de la partes, no sólo implica la celebración de un contrato”.

(37) KRAMER, *Einl. zu §§ 241-304*. En: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*, 3era. Edición. 34. Munich: 1994; p. 23. A decir verdad, Kramer, al referirse al “contacto social” en general, también llegó a definirlo como contacto *gewollt* y *gezielt*, sin embargo, al proceder de esta forma, extendió a esta figura (considerada en su totalidad) características que son propias (únicamente) de los contactos negociales y de los contactos (sociales, si se quiere, pero) asimilables a los contactos negociales (y, por lo tanto, no de cualquier contacto social). Quizá, al percatarse de ello -así como por las críticas dirigidas en su contra por CANARIS (críticas sobre las cuales véase *infra*, par. 12), como se dirá más adelante (véase, par. 13), Kramer regresará sobre sus pasos.

(38) KRAMER. *Óp. cit.*; 34a; p. 23.

(39) Al respecto, se ha hablado de “*Haftung kraft Berufsstellung*”: véase, siempre KRAMER, 39; pp. 22 y siguientes. (de conformidad con Lammel).

(NT18) Traducción libre: “en virtud de obligaciones de prestaciones sociales”.

(NT19) Traducción libre: “provenientes de una participación fáctica en una relación comunitaria”.

(NT20) Traducción libre: “provenientes de un contacto social”.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascención del “contacto social”
Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

en las categorías comunes, y respecto a las cuales no tendría sentido elaborar ficciones con el único propósito de salvar la apariencia negocial, ya que, en estas situaciones “*das Leben selbst ordnet (ergänze: Rechtsfolgen, und zwar Vertragswirkungen) zu*”^{(40)(NT21)}.

Pero, como fue demostrado posteriormente, en realidad, en ninguno de estos tres casos es necesario “inventar” un “contrato de hecho”.

En especial, por lo que respecta a los contratos de hecho celebrados “*kraft sozialer Leistungsverpflichtung*”, se ha observado que el reenvío a la tipicidad social de un comportamiento, no impone abandonar el terreno negocial, en tanto se admita la posibilidad de configurar un comportamiento concluyente, incluso en aquellos casos en los que un comportamiento esté en grado de aparecer como tal en virtud de una confianza legítima⁽⁴¹⁾.

Asimismo, se ha demostrado que un régimen jurídico satisfactorio de los contratos de hecho “*aus tatsächlicher Einordnung in ein Gemeinschaftsverhältnis*”, puede ser hallado

a través de la aplicación del dato normativo ya disponible⁽⁴²⁾.

Finalmente, la categoría de los contratos de hecho “*aus sozialem Kontakt*” fue superada, como se ha indicado, por Dölle, quien, al elaborar su propia teoría de los deberes de protección, observó que no parecía aceptable vincular una nueva visión de las relaciones sociales y de su fuerza vinculante, a una categoría, como la del contrato, absolutamente consolidada según lineamientos (el primero de todos, la relevancia de la voluntad) que muchas veces resultan ser incongruentes con el fenómeno en consideración. Esta es la razón por la cual Dölle prefirió hablar, en lugar que de contratos de hecho, de “*aussergesetzlichen Erhaltungspflichten aus sozialem Kontakt*”^(NT22), contraponiéndolos a los deberes que pertenecen igualmente al tráfico jurídico, pero que, por el contrario, son sancionados sobre el plano extracontractual⁽⁴³⁾.

(40) Así HAUPT, citado por KRAMER, Einl. zu §§ 241-304. En: *Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch*. cit. 63; p. 31, cuya reconstrucción del pensamiento de Haupt ha sido aquí tomada. Recientemente ha aparecido una traducción italiana del escrito de Haupt (Turín, 2012), bajo el cuidado de Varanese, quien, en un trabajo introductorio a la traducción misma (*Commiato dalla teoria dei rapporti contrattuali di fatto*), a pesar de reconocer que la teoría en cuestión padeció efectivamente de las “contingencias de un momento histórico en el cual el clima político transformaba el derecho en su contrario” (p. 9), sostiene que ella padecería “sólo en mínima parte de las concepciones ideológicas anti-normativistas, anti-igualitarias y anti-individualistas, que han caracterizado aquella fase de obscuridad” (p. 12). Asimismo, afirma que la teoría habría sido elaborada más bien para contradecir una jurisprudencia que, a menudo, gustaba recurrir a ficciones de declaraciones de voluntad inaceptables: “un expediente artificioso”, según Haupt, “para armonizar el desarrollo de los hechos con la figura del contrato del código civil” (p. 16). Por otra parte, ello no quita el hecho de que tanto esta teoría (que, de cualquier forma, “si se observa su contenido desde el punto de vista moderno, ... presenta tantos y tan graves defectos, que quien las somete a prueba se pregunta cómo fue posible que se la tomase en serio por tantos años” [p. 33]), como la que se desarrolló en base a la anterior (me refiero a la teoría de los “*aussergesetzlichen Erhaltungspflichten aus sozialem Kontakt*”, a la cual ya se ha hecho referencia (véase *supra*, par. 9), y se tratará a continuación en el texto) estén en grado de armonizarse rápidamente con posiciones tendientes a limitar la libertad individual, y que llevan consigo, donde se hayan puesto en práctica, notables riesgos de asunción, por parte de los jueces, de decisiones sustancialmente arbitrarias, capaces de superar incluso las garantías otorgadas para los particulares por aquello que podríamos definir aquí, de manera sintética, como el ordenamiento positivo (sobre este punto, véase, *infra*, par. 30).

(NT21) Traducción libre: “la vida por sí misma clasifica (añado: consecuencias jurídicas, es decir, efectos contractuales)”.

(41) *Amplius* sobre el tema KRAMER. *Op. cit.* 65; pp. 31 y siguientes. Al respecto, permítasenos reenviar también a ZACCARIA, Alessio. *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni*. En: *Resp. civ.*, 2010; p. 250.

(42) *Amplius* sobre el tema véase siempre KRAMER. *Op. cit.* pp. 68 y siguientes; pp. 33 y siguientes.

(NT22) Traducción libre: “deberes de conservación extralegales provenientes de un contacto social”.

(43) También al respecto, véase: KRAMER. *Op. cit.* 79; pp. 36 y siguientes.



Alessio Zaccaria

12. Continúa: la crítica a la teoría de los deberes de protección por “contacto social”

Retomando ahora la línea del discurso, de conformidad con la perspectiva acogida en un primer momento por Kramer, si las relaciones de cortesía pueden constituir la base de deberes de protección, con mayor razón podrían hacerlo todas las relaciones que surgen del “contacto social”. De esta forma, su incumplimiento debería considerarse sancionado sobre el plano contractual.

Sin embargo, esta posición ha sido criticada por Canaris⁽⁴⁴⁾.

En realidad, este último autor también reconoce que las relaciones de cortesía pueden comprender deberes

de protección sancionables, en caso de incumplimiento, sobre el plano contractual, sin embargo, parte de un punto de vista diferente. En efecto, mientras que Schwerdtner y Kramer, para llegar al mismo resultado, habían propuesto (como hemos visto) una extensión de la teoría relativa a la *culpa in contrahendo*, así como del principio de la confianza deducible del § 242 BGB, según Canaris, en cambio, se debería apelar a una *Vertrauenshaftung*^(NT23) general, cuyo fundamento podría ser encontrado en diversas normas del BGB, en especial, precisamente en los §§ 122^(NT24), 179 (2)^(NT25) y los §§ 307^(NT26) y 309^(NT27), anteriores a la reforma⁽⁴⁵⁾, en cuyo ámbito estaría comprendida también la

(44) CANARIS. *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen*. cit.; p. 520.

(NT23) Traducción libre: “Responsabilidad por la confianza”.

(NT24) § 122 BGB (*Deber de resarcir el daño por quien impugna*):

“(1) Si una declaración de voluntad es nula según el § 118 o ha sido impugnada conforme a los §§ 119 y 120, y debía ser emitida frente a otro, el declarante debe resarcir a este otro el daño sufrido o, en otro caso, a un tercero, por confiar en la validez de su declaración, aunque no se debe superar la cuantía del interés que el otro o el tercero tenían en la validez de la declaración.

(2) El deber de resarcir el daño no procede si el perjudicado conocía la causa de nulidad o de impugnabilidad o la desconocía por negligencia (debía conocer)”.

(NT25) § 179 BGB (*Responsabilidad del representante sin poder de representación*):

“(1) Quien ha concluido un contrato como representante, y en tanto no pruebe su poder de representación, está obligado al cumplimiento o al resarcimiento del daño frente a la otra parte, según su elección, si el representado rechaza la ratificación del contrato.

(2) Si el representante ignoraba la falta de poder de representación, sólo debe resarcir el daño causado a la otra parte como consecuencia de la confianza depositada en el poder de representación, sin que se pueda superar el importe del interés que la otra parte tiene en la eficacia del contrato.

(3) El representante no responde si la otra parte conocía o debía conocer la falta de poder de representación. El representante tampoco responde si tenía limitada su capacidad de obrar, a no ser que actuase con el asentimiento de su representante legal”.

(NT26) § 307 BGB anterior a la *Schuldrechtsmodernisierung* (*Daños y perjuicios por nulidad*):

“(1) Aquel que, luego de la celebración de un contrato que tenga por objeto una prestación imposible, conocía o debía conocer la imposibilidad de la prestación, se encuentra obligado a la reparación de los daños causados a la otra parte por haber confiado en la validez del contrato; sin embargo, el monto de dicha obligación no podrá ser superior al interés de dicha parte en la validez del contrato. La obligación de reparar el daño no tiene lugar si la otra parte conocía o debía conocer la imposibilidad.

(2) Estas disposiciones se aplican cuando la prestación sea parcialmente imposible y el contrato sea válido respecto a la parte posible o cuando una de las varias prestaciones prometidas alternativamente sea imposible”.

(NT27) § 309 BGB anterior a la *Schuldrechtsmodernisierung* (*Prohibiciones legales*):

“Si un contrato es contrario a una prohibición legal, las disposiciones de los §§ 307 y 308 son aplicables analógicamente”.

(45) CANARIS. *Die Schadensersatzpflicht der Kreditinstitute für eine unrichtige Finanzierungsbestätigung als Fall der Vertrauenshaftung*. citado; pp. 49 y siguientes. A continuación, el texto de las normas citadas del BGB.

§ 122 (*Schadensersatzpflicht des Anfechtenden*):

“(1) Ist eine Willenserklärung nach § 118 nichtig oder auf Grund der §§ 119, 120 angefochten, so hat der Erklärende, wenn die Erklärung einem anderen gegenüber abzugeben war, diesem, andernfalls jedem Dritten den Schaden zu ersetzen, den

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascención del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

responsabilidad por *culpa in contrahendo*. De esta forma, la finalidad principal de la misma será siempre la tutela de la confianza⁽⁴⁶⁾.

Pero este no es tanto el problema.

El problema es que, según Canaris, una simple referencia al “contacto social” (en el sentido hecho propio por Dölle) con el fin de fundar deberes de protección, no podría considerarse suficiente. La idea de fondo es que el Derecho siempre debe “reinar soberano”, y que, por ende, los deberes de protección más allá de la esfera de la responsabilidad precontractual, no pueden ser fundamentados en un simple “contacto social” (en tanto tal, considerado en sí mismo extraño al ordenamiento). Los deberes de protección más allá de la esfera precontractual, aunque sea en el contexto de una *Vertrauenshaftung* general, deberían fundamentarse en la analogía con hipótesis reguladas legislativamente de manera específica, o en relación con la hipótesis de la responsabilidad *in contrahendo*⁽⁴⁷⁾.

Por otra parte, si fuese verdad que un simple contacto social es por sí mismo, en cualquier caso, idóneo para hacer surgir un deber de protección, entonces, incluso un accidente automovilístico podría terminar siendo clasificado como

un contacto social, el mismo que entraría en contradicción con la posibilidad de dar fundamento a una responsabilidad que va más allá de la extracontractual⁽⁴⁸⁾. Recorriendo esta vía, se podría llegar progresivamente a la consecuencia inaceptable de cancelar la responsabilidad extracontractual, lo cual muestra también que el punto de partida es igualmente inaceptable.

13. Continúa: la superación de la teoría de los deberes de protección por “contacto social”

Posteriormente, la crítica de Canaris fue acogida por Kramer, quien luego abandona toda referencia al “contacto social”⁽⁴⁹⁾, reconociendo que sólo los contactos sociales *negociales* deben considerarse idóneos para fundar deberes de protección, confinando así, la teoría de Dölle en una nota al pie de página, calificada ahora como fruto de una visión más amplia y general que la acogida en el texto⁽⁵⁰⁾.

der andere oder der Dritte dadurch erleidet, dass er auf die Gültigkeit der Erklärung vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere oder der Dritte an der Gültigkeit der Erklärung hat.

(2) Die Schadensersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der Beschädigte den Grund der Nichtigkeit oder der Anfechtbarkeit kannte oder infolge von Fahrlässigkeit nicht kannte (kennen musste)."

§ 179 (*Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht*):

"(2) Hat der Vertreter den Mangel der Vertretungsmacht nicht gekannt, so ist er nur zum Ersatz desjenigen Schadens verpflichtet, welchen der andere Teil dadurch erleidet, dass er auf die Vertretungsmacht vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Wirksamkeit des Vertrags hat".

§ 307 (version anterior a la *Schuldrechtsmodernisierung*):

"(1) Wer bei der Schließung eines Vertrags, der auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, die Unmöglichkeit der Leistung kennt oder kennen muß, ist zum Ersatze des Schadens verpflichtet, den der andere Teil dadurch erleidet, daß er auf die Gültigkeit des Vertrags vertraut, jedoch nicht über den Betrag des Interesses hinaus, welches der andere Teil an der Gültigkeit des Vertrags hat. Die Ersatzpflicht tritt nicht ein, wenn der andere Teil die Unmöglichkeit kennt oder kennen muß.

(2) Diese Vorschriften finden entsprechende Anwendung, wenn die Leistung nur teilweise unmöglich und der Vertrag in Ansehung des möglichen Teiles gültig ist oder wenn eine von mehreren wahlweise versprochenen Leistungen unmöglich ist".

§ 309 (version anterior a la *Schuldrechtsmodernisierung*):

"Verstößt ein Vertrag gegen ein gesetzliches Verbot, so finden die Vorschriften der §§ 307, 308 entsprechende Anwendung".

(46) CANARIS, *Óp. cit.*; pp. 51 y siguientes.

(47) CANARIS, *Óp. cit.*; p. 59.

(48) Así SCHUR. *Leistung und Sorgfalt*. Tubinga: 2001; pp. 241 y 242; de conformidad con Larenz.

(49) La referencia de la que estamos hablando, fue abandonada por Kramer en el *Münchener Kommentar* a partir de la cuarta edición (2003).

(50) KRAMER. *Óp. cit.* 4ta. edición. 38, 2003; p. 24.



Alessio Zaccaria

14. La lectura de la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte* como referida no a los “contactos negociales similares” a los contemplados en los números 1 y 2, sino a los “contactos no negociales similares a los contactos negociales” contemplados en los números 1 y 2

A estas alturas, ya disponemos, en este punto, de los datos suficientes para comprender plenamente por qué, como se ha esbozado precedentemente, una lectura de la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte* contenida en el § 311 (2) BGB, conforme a su dato literal, y, por lo tanto, dirigida a referir la expresión misma a contactos de naturaleza negocial (aunque sea de menor intensidad, pero de cualquier forma) similares a los precedentes, no pueda considerarse acorde con la evolución doctrinal y jurisprudencial verificada en Alemania en materia de deberes legales. En efecto, siguiendo esta perspectiva, se debería concluir necesariamente que la tutela de los beneficiarios de una prestación objeto de una relación de cortesía “pura”, debe quedar confinada en el plano de la responsabilidad extracontractual. Sin embargo, hemos presenciado, por un lado, la representación de una opinión comúnmente acogida, según la cual, las relaciones de cortesía de las que estamos tratando, bien podrían considerarse el fundamento de deberes de protección. Asimismo, por otro lado, hemos constatado que la opinión según la cual los deberes de protección deben ser reconocidos en cabeza de quien ejecuta una prestación de cortesía, fue derivada de una extensión de la responsabilidad *in contrahendo*, o, de cualquier forma, fue fundado en el principio de la tutela de la confianza, análoga a la que anima la teoría de la responsabilidad *in contrahendo*. De modo que, entonces, es precisamente a las relaciones de cortesía “puras”, en consideración de su afinidad con los contactos negociales, que puede ser referida la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte*. Sólo así (finalmente) se puede considerar traducida sobre el plano normativo, la larga y compleja evolución doctrinal y jurisprudencial a la cual hemos hecho referencia anteriormente.

En otras palabras, el § 311 (2) número 3 BGB, bien podría referirse, no a contactos negociales similares a los contemplados en los números 1 y 2, sino más bien, a contactos no negociales (que para ser tales, debe excluirse que puedan preludiar, por cualquier vía, la celebración de un negocio) que, en tanto asimilables a los contactos negociales, son susceptibles de fundar, de alguna forma, un deber de protección; o si se quiere, podría ser referido a las relaciones de cortesía “puras”⁽⁵¹⁾.

Recapitulando, en esta perspectiva, al “mundo” de los contactos negociales resultarían referibles (sólo) los números 1 y 2, mientras que la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte* debería ser traducida no como “contactos negociales similares” a los contactos negociales contenidos en los números 1 y 2, sino como “contactos (no negociales) similares a los contactos negociales” contenidos en los números 1 y 2^(NT27A).

15. La lectura de la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte* como referida a la hipótesis de las relaciones de cortesía a las que la jurisprudencia alemana había reconocido una base negocial no expresa

Por otra parte, no ha faltado quien, a pesar de entender la expresión *ähnliche geschäftliche Kontakte* como referida no a contactos negociales similares, sino a contactos similares a los contactos negociales, ha propuesto una interpretación del número 3, diferente a la anteriormente propuesta.

(51) Así KRAMER. *Op. cit.* 5ta edición. 39; pp. 22 y siguientes. En la misma línea, CANARIS. *Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. Op. cit.*; p. 520.

(NT27A) En sede nacional, acoge una interpretación como tal del § 311(2) número 3 BGB: SAAVEDRA VELAZCO, Renzo. *Los tormentos de la teoría del contacto social: Contextualizando (otra vez) una categoría jurídica*. En *IUS 360*. Disponible en web; <http://www-ius360.com>.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

Esta parte de la observación de que la jurisprudencia alemana siempre ha considerado la voluntad de constituir una relación jurídica como presupuesto imprescindible para que se pueda considerar subsistente un negocio. Y a esto se ha agregado que, en el caso de las relaciones de cortesía a las que se cree poder reconocer una base negocial, en realidad, la propia jurisprudencia no ha tenido en consideración la voluntad interna, aquella voluntad verdadera de los sujetos implicados en la vicisitud; por el contrario, esta ha admitido la existencia de aquella base, teniendo en consideración la evaluación, que habría dado un observador atento, del comportamiento de los sujetos implicados en la vicisitud misma, en función de la consideración de las circunstancias del caso concreto⁽⁵²⁾. En otras palabras, a fin de cuentas, se ha indicado que, en estos casos, la jurisprudencia ha propuesto simples ficciones contractuales⁽⁵³⁾.

Tomando ello en consideración, la introducción del número 3 se ha entendido como la oportunidad para proponer el abandono de estas construcciones ficticias, reconduciendo a la nueva norma, las hipótesis de relaciones de cortesía respecto a las cuales la jurisprudencia había propuesto dichas construcciones ficticias (precisamente la circunstancia de que se haya considerado posible elaborar una construcción negocial ficticia mostraría que se trata de “*ähnliche geschäftliche Kontakte*”)⁽⁵⁴⁾. Asimismo, se ha limitado el reconocimiento de la existencia de una base negocial, únicamente a las hipótesis en las que sea identificable un auténtica voluntad real de obligarse (teniendo en consideración en este marco, el hecho de que, de cualquier forma, una relación contractual puede derivar también de comportamientos concluyentes)⁽⁵⁵⁾.

Por consiguiente, en esta perspectiva, la consecuencia será que la tutela de aquel que se encuentre implicado en una relación de cortesía “pura”, continuaría confiada a la responsabilidad extracontractual⁽⁵⁶⁾.

16. La exclusión, de cualquier forma, de los “contactos sociales” del campo de aplicabilidad del número 3 del parágrafo 311, apartado (2) del BGB

Comoquiera que se entienda la expresión “*ähnliche geschäftliche Kontakte*”, comoquiera que se lea, de manera general, el § 311 (2) BGB, una cosa es totalmente segura: la tutela frente a un simple “contacto social” (debiéndose entender por este, un contacto no negocial no asimilable a un contacto negocial, sea del género de contacto social del cual se trate) debe quedar confinada dentro de los límites de la responsabilidad extracontractual⁽⁵⁷⁾. Por consiguiente, un “contacto social” sólo puede ser fuente de obligaciones, en virtud de una base negocial o normativa. El ordenamiento y la voluntad, en tanto tutelada por el propio ordenamiento, deben seguir siendo soberanos. La teoría del “contacto social”, y antes de esta, la del “contrato de hecho”, de la cual deriva, pertenecen a una época y a un ambiente cultural (totalmente superados) en donde, por motivos de orden político que ciertamente hoy no estaríamos dispuestos a compartir (se trata de teorías que se originaron en la época del nacionalsocialismo), se tendía a degradar la autonomía del particular, incluso en el plano de las relaciones entre los propios particulares.

(52) Así HEINRICHS. *Bemerkungen zur culpa in contrahendo nach der Reform - Die Tatbestände des § 311 Abs. 2 BGB*. En: *Festschrift*. CANARIS. I, Múnich: 2007; p. 439; basándose en numerosas referencias jurisprudenciales.

(53) Así, todavía HEINRICHS. *Óp. cit.*; pp. 439 y siguientes.

(54) Confrontar siempre HEINRICHS, *Óp. cit.*; p. 441 y siguientes.

(55) HEINRICHS, *Óp. cit.*

(56) En este sentido, véase una vez más, HEINRICHS. *Óp. cit.*; p. 440, quien, de conformidad con Krebs, observa, en particular, que cuando las partes hayan querido renunciar a la juridicidad de su relación, esta decisión debe ser respetada.

(57) También HEINRICHS. *Óp. cit.*; junto a los otros autores precedentemente citados, comparte esta afirmación.



Alessio Zaccaria

17. El “contacto social” en la jurisprudencia italiana: premisa

Equipado con todo lo que hasta aquí se ha observado, ahora podemos pasar al análisis del Derecho italiano. En primer lugar, resulta espontáneo remarcar la peculiaridad del hecho de que nuestra jurisprudencia, desde hace una década, a menudo recurre precisamente a la doctrina y jurisprudencia alemanas del “contrato de hecho” y del “contacto social”, totalmente abandonadas por aquella misma doctrina y jurisprudencia alemana, con el fin de fundar las más diversas formas de responsabilidad.

Pero, procedamos en orden.

18. Marco general de las situaciones en las cuales los Tribunales Supremos se han referido al “contacto social”

Como es sabido, el “contacto social” hizo su aparición en los pronunciamientos de la Corte Suprema, en una sentencia de 1999 que versaba sobre la responsabilidad del médico dependiente, en la cual por primera vez fueron delineadas su “teoría” y sus consecuencias relativas.

Así, el “contacto social” se convirtió rápidamente en un elemento de moda, “terriblemente” de moda, utilizado por los jueces, en las situaciones más diversas y con fines también considerablemente diversos. Si se observa íntegramente los pronunciamientos de las diferentes salas de la Casación Civil, de la Casación Penal y del Consejo de Estado, se puede decir que nuestra jurisprudencia sobre la materia, constituye la expresión de una república federal en la cual las diferentes regiones se mueven con notable autonomía.

En el intento por ofrecer un marco, en lo posible, orgánico de la situación⁽⁵⁸⁾, se puede diferenciar:

- Un “contacto social”, considerado relevante en virtud de la confianza que puede suscitar un profesional o, de manera

general, sujetos que desarrollan una actividad para las cuales son necesarias habilidades y/o conocimientos específicos, configurado como fuente de obligaciones por la tercera sala de la Casación Civil;

- Un “contacto social” “procedimental”, considerado relevante en virtud de la confianza que puede suscitar la administración pública, cuando su actuar deba ser imparcial, configurado como fuente de obligaciones por el Consejo de Estado, además de por algunas sentencias de la Casación Civil, de diferentes salas;
- Un “contacto social” considerado relevante en virtud de la confianza que puede surgir en el ámbito de las relaciones con las entidades bancarias, configurado como fuente de obligaciones por la primera sala de la Casación;
- Un “contacto social” típico del ámbito laboral, configurado por la sala laboral de la Casación, en términos, según la ocasión, muy diferentes, y a su vez como fuente de un auténtico contrato;
- Un “contacto social” considerado fuente de un deber “de garantía”, configurado como tal por la Casación Penal;
- Un “contacto social” invocado innecesariamente, sólo con el fin de elevar el “tenor” general del pronunciamiento⁽⁵⁹⁾.

Finalmente, es de notable interés una sentencia (que hasta el momento parecería ser la única en haberse movido en este sentido), que ha hecho referencia al “contacto social” con el fin de extender el campo del ilícito

(58) Hasta el día de hoy, son más de ciento sesenta (para limitarse a las publicadas), las sentencias de las Cortes de última instancia que han invocado el “contacto social”.

(59) Pueden indicarse como ejemplo de esta forma de utilización del “contacto social”: *Cass. Civ. sez. III*, No. 14488, del 29 de julio de 2004; *Cass. civ., sez. un.*, No. 6216, del 23 de marzo de 2005; *Cass. civ., sez. III*, No. 13530, del 11 de junio de 2009.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

extracontractual omisivo, configurando así al contacto social como posible fuente de un deber de actuar incumplido, útil para fundar una responsabilidad, precisamente, extracontractual.

19. A la primera sentencia al respecto: el caso del médico dependiente de una estructura sanitaria

Es bien sabido que el “contacto social” hizo su primera aparición en la jurisprudencia de la Casación civil, en una sentencia con la cual se ha reconocido el carácter contractual de la responsabilidad del médico dependiente de una estructura sanitaria⁽⁶⁰⁾.

Estableciendo como premisa que las obligaciones “contractuales” pueden originarse incluso en ausencia de contrato, en tanto las obligaciones pueden derivar, según el artículo 1173 Código Civil Italiano^(NT28), además que del contrato y del hecho ilícito, también de otro acto o hecho idóneo a producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico; la sentencia en cuestión ha reconocido que también las relaciones constituidas sin una base negocial, pueden ser considerados “frutos” de las hipótesis comprendidas en la última categoría, “en virtud del simple ‘contacto social’ (según una expresión que se remonta a los escritores alemanes): ‘relaciones contractuales de hecho o de contacto social’”, precisando que: “Con esta expresión (“relaciones contractuales de hecho o de contacto social”) se sintetiza una doble perspectiva del fenómeno, considerado tanto en razón de la fuente (el hecho idóneo a producir la obligación de conformidad con el ordenamiento [artículo 1173 Código Civil Italiano]) como en razón de la relación que deriva de ella (y entonces absorbe la consideración de la relación, que se manifiesta y regula según el esquema de la obligación contractual). La categoría pone en evidencia una posible disociación entre la fuente, identificada de conformidad con el esquema del artículo 1173 Código Civil Italiano, y la obligación

que surge de ella. Esta última puede ser sometida a las reglas propias de la obligación contractual, aun cuando el hecho generador no sea el contrato”⁽⁶¹⁾.

De esta forma, a través de la referencia al artículo 1173 Código Civil Italiano, se llegó a admitir:

“que las obligaciones pueden surgir de relaciones contractuales de hecho, en aquellos casos en los que determinados sujetos entran en contacto, sin que dicho contacto reproduzca las conocidas hipótesis negociales, y que, sin embargo, a pesar de ello, se le reconducen deberes de comportamiento de naturaleza diversa, dirigidos a garantizar la tutela de los intereses que han emergido o son expuestos a peligro en ocasión del contacto mismo. En estos casos, no puede existir (sólo) responsabilidad aquiliana, porque esta no nace de la violación de deberes, sino de la lesión de situaciones jurídicas subjetivas ajenas (y, en efecto, actualmente se admite que, en el ámbito del artículo 2043 Código Civil Italiano^(NT29), la injusticia no se refiere al hecho, sino al daño). Cuando se verifica la violación de deberes, la responsabilidad es necesariamente contractual, porque el sujeto no ha hecho (*culpa in non faciendo*) aquello a lo que estaba obligado en virtud de un *vimculum iuris* precedente, según el esquema característico de la responsabilidad contractual”.

Este es todo el fundamento teórico dado por la Casación a la responsabilidad por “contacto

(60) *Cass. civ., sez. III*, No. 589, del 22 de enero de 1999.

(NT28) Artículo 1173 del Código Civil Italiano: *Fuentes de las obligaciones*.- “Las obligaciones surgen del contrato, del hecho ilícito, o de todo otro acto o hecho idóneo para producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

(61) En el sentido de la posibilidad de insertar el “contacto social” entre las fuentes de las obligaciones, véase también, recientemente, *Cass. civ., sez. I*, No. 27648, del 20 de diciembre de 2011.

(NT29) Artículo 2043 del Código Civil Italiano: *Resarcimiento por hecho ilícito*.- “Todo hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho, a resarcir el daño”.



Alessio Zaccaria

social”; por diversas razones, un fundamento teórico muy conciso y de dudosa consistencia.

En primer lugar, porque el artículo 1173 Código Civil Italiano establece como posibles fuentes de las obligaciones, ulteriores respecto al contrato y al hecho ilícito, (únicamente) los otros actos o hechos idóneos a producirlas *de conformidad con el ordenamiento jurídico*, y en ninguna parte del ordenamiento se habla del contacto social como posible fuente de obligaciones. El “contacto social” representa una fuente *extralegal* de obligaciones, de “*aussergesetzlichen Erhaltungspflichten*”, como escribía Dölle⁽⁶²⁾, de modo que, no se puede invocar el artículo 1173 Código Civil Italiano para justificar su reconocimiento.

De lo cual, dicho sea de paso, parece haberse percatado, a un cierto punto, la misma Casación, cuando, en la parte de la sentencia que a continuación se transcribe, abandona el terreno de las fuentes, afirmando que:

“Lo anteriormente dicho, se verifica para aquel que ejerce una profesión protegida (es decir una profesión para la cual se requiere una habilitación especial por parte del Estado, artículo 348 Código Penal Italiano^(NT30)), en especial si dicha profesión tiene por objeto bienes constitucionalmente garantizados, como ocurre con la profesión médica (que es el caso de la hipótesis bajo análisis), que incide sobre el bien de la salud, tutelado por el artículo 32 de la Constitución Italiana^(NT31). En realidad, a este tipo de profesional, *la conciencia social, antes que el ordenamiento jurídico*, no se limita a exigir un *non facere*, es decir el simple respeto de la esfera jurídica de aquel que se dirige confiando en su profesionalidad, sino precisamente aquel *facere* en el cual se manifiesta la pericia que en todo

momento debe caracterizar su actividad (en efecto, la habilitación a la actividad, que le fue otorgada por el ordenamiento, prescinde del punto fáctico de si dicha actividad será consecuencia o no de un contrato)” (cursivas nuestros).

De esta forma, los jueces, luego de haber mezclado las dos diferentes perspectivas, de los contratos de hecho que derivan del contacto social y de los deberes de comportamiento que derivan del contacto social⁽⁶³⁾, parecen haber tenido la intención de alinearse a las posiciones de Haupt y Dölle, ignorando todo lo ocurrido posteriormente, es decir, ignorando la teoría de los deberes (legales) de protección y la teoría de la *Vertrauenshaftung*⁽⁶⁴⁾, mediante las cuales, en Alemania, para los deberes que habían sido imaginados como deberes extralegales de protección, fue diseñada una fuente *legal*, y no (meramente) *fáctica*.

Impresión que resulta reforzada ulteriormente si se considera la referencia realizada por los mismos jueces, al aspecto público de la actividad desarrollada por el responsable, aspecto que también se tuvo en cuenta, de manera especial, en el contexto de las teorías antiguas que tendían a dar relevancia a los contactos sociales como punto de acoplamiento ulterior al cual adherir aquella desvaloración del rol propio de la autonomía privada, un rol que de manera especial hacía interesante su reconocimiento:

(62) Véase supra, par. 11.

(NT30) Artículo 348 Código Penal Italiano: “*Ejercicio abusivo de una profesión.*- Aquel que ejerce de manera abusiva una profesión, para la cual es requerida una habilitación especial del Estado, es punido con la privación de su libertad, con una duración máxima de seis meses, o con una multa que va de 103 a 516 euros”.

(NT31) Artículo 32 Constitución italiana: “La República tutela la salud en tanto derecho fundamental del individuo e interés de la colectividad, y garantiza los cuidados gratuitos a los indigentes.

Nadie puede ser obligado a determinado tratamiento sanitario si no es por disposición legal. La ley no puede, en ningún caso, violar los límites impuestos por el respeto de la persona humana”.

(63) Para la diferenciación, véase supra, todavía par. 11.

(64) Sobre las cuales, véase nuevamente supra, par. 12.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

“La prestación (usando el término de manera genérica) sanitaria del médico frente al paciente, no puede ser sino siempre la misma, haya o no en la base, un contrato de obra profesional entre ambos. Ello se debe a que, tratándose del ejercicio de un servicio de necesidad pública que no puede desarrollarse sin una habilitación especial del Estado, realizado por sujetos a los que el “público se encuentra obligado a servirse” (artículo 359 Código Penal Italiano^(NT32)), y, por lo tanto, tratándose de una profesión protegida, el ejercicio de dicho servicio no puede ser diferente por el hecho de que exista o no un contrato. La confirmada ausencia de un contrato, y, por ende, de un deber de prestación en cabeza del médico dependiente, en relación al paciente, no está en grado de neutralizar la profesionalidad (de conformidad con determinados estándares fijados por el ordenamiento sobre aquel sujeto) que califica *ab origine* la obra de este último, y que se traduce en deberes de comportamiento respecto a quien ha depositado su confianza en dicho profesional, entrando en “contacto” con él. Precisamente, los aspectos públicos, que caracterizan el ejercicio de dicha actividad, implican que dicho ejercicio no pueda ser único por parte del profesional en particular, sin posibilidad de diferenciar si él estaba obligado contractualmente o no a la prestación sanitaria”.

20. Continúa: las sucesivas sentencias en el mismo orden de ideas

La sentencia que hemos tomado en consideración previamente, fue imitada fielmente por dos sentencias posteriores, tanto en lo que respecta al principio expresado, como a las argumentaciones desarrolladas⁽⁶⁵⁾.

Por el contrario, otras sentencias, la mayoría de ellas, se han limitado a retomar el principio expresado por ella, de manera más o menos amplia, y nada más⁽⁶⁶⁾.

También son numerosas las sentencias que han retomado el principio con el propósito específico de justificar la aplicación del particular régimen probatorio que resulta del reconocimiento de la naturaleza contractual de la responsabilidad⁽⁶⁷⁾.

(NT32) Artículo 359 Código Penal Italiano: “*Personas que ejercen un servicio de necesidad pública.* - A efectos de la ley penal, son personas que ejercen un servicio de necesidad pública:

1) Los particulares que ejercen profesiones forenses o sanitarias, u otras profesiones cuyo ejercicio sin una especial habilitación por parte del Estado esté prohibido por ley, cuando el público se encuentra obligado a servirse de la obra de estos;

2) Los particulares que, sin ejercer una función pública, ni prestar un servicio público, cumplen un servicio declarado de necesidad pública mediante un acto de la administración pública”.

(65) Cass. civ., sez. III, No. 19564, del 29 de setiembre de 2004; Cass. civ., sez. III, No. 9085, del 19 de abril de 2006.

(66) Cass. civ., sez. III, No. 11453, del 23 de julio de 2003; Cass. civ., sez. III, No. 7997, del 18 de abril de 2005; Cass. civ., sez. III, No. 24791, del 8 de octubre de 2008; Cass. civ., sez. III, No. 7996, del 2 de abril de 2009; Cass. civ., sez. III, No. 10741, del 11 de mayo de 2009; Cass. civ., sez. III, No. 25277, del 1 de diciembre de 2009; Cass. civ., sez. III, No. 13, del 4 de enero de 2010; Cass. civ., sez. III, n. 7257, del 30 de marzo de 2011; Cass. civ., sez. III, No. 11621, del 26 de mayo de 2011; Cass. civ., sez. III, No. 27000, del 15 de diciembre de 2011; Cass. civ., sez. III, n. 1620, del 3 de febrero de 2012; Cass. civ., sez. III, No. 8023, del 21 de mayo de 2012; Cass. civ., sez. III, No. 9428, del 11 de junio de 2012.

(67) Cass. civ., sez. III, n. 10297, del 28 de mayo de 2004; Cass. civ., sez. III, n. 11488, del 21 de junio de 2004; Cass. civ., sez. III, n. 12362, del 24 de mayo de 2006; Cass. civ., sez. No. 577, del 11 de enero de 2008; Cass. civ., sez. III, No. 20101, del 18 de setiembre de 2009; Cass. civ., sez. III, No. 1538, del 26 de enero de 2010; Cass. civ., sez. III, No. 4198, del 22 de febrero de 2010; Cass. civ., sez. III, No. 7993, del 1 de abril de 2010; Cass. civ., sez. III, n. 2334, del 1 de febrero de 2011; Cass. civ., sez. III, n. 8342, del 12 de abril de 2011; Cass. civ., sez. III, n. 10221, del 10 de mayo de 2011; Cass. civ., sez. III, No. 15993, del 21 de julio de 2011; Cass. civ., sez. III, No. 23564, del 11 de noviembre de 2011; Cass. civ., sez. VI, ord., No. 30267, del 30 de diciembre de 2011.



Alessio Zaccaria

En determinado caso, se hizo referencia a la ausencia de un simple “contacto social” con el propósito de remarcar el carácter extraño del Ministerio de Salud a las vicisitudes de las que se trataba⁽⁶⁸⁾.

En otro, a pesar de que la cosa se da por descontado, se precisó que ni siquiera un deber cuyo fundamento sea identificado en un contacto social (al igual que el deber asumido por el médico sobre la base de un contrato de obra) podría implicar una garantía del resultado, a menos que el médico no lo haya prometido⁽⁶⁹⁾.

Resulta de mayor interés la afirmación conforme a la cual el médico dependiente, en virtud del contacto social, no asumiría un (simple) deber de protección, sino que resultaría obligado a una prestación análoga a la que deriva de un contrato de obra profesional⁽⁷⁰⁾.

21. Continúa: sentencias en las cuales la referencia al “contacto social” (sea la convicción que se tenga respecto a la configuración de este último como posible fuente de obligaciones) ha sido inapropiada

Luego, a pesar de permanecer en el contexto de la responsabilidad médica, no faltan casos en los que la referencia realizada al contacto social ha sido impertinente, incluso si las críticas que pueden ser planteadas respecto a su fundamento teórico se consideran superadas.

En especial, se ha hablado de responsabilidad por contacto social respecto al nascituro, cuando, en relación a este último (una vez nacido), se puede plantear, además de una responsabilidad extracontractual, también una responsabilidad contractual, pero, esta última, no por la vía del contrato en general, ni por la vía del contacto social, sino por la (única

y diversa) vía del contrato con efectos de protección a favor de terceros⁽⁷¹⁾.

Sin embargo, la teoría del contacto social ha sido referida, además de al médico dependiente, también al ente sanitario, en relación al cual no había razón para referirla, y frente al cual, precedentemente, se había reconocido la posibilidad de plantear una relación de naturaleza contractual. Esto ha ocurrido por razones diversas: por superficialidad⁽⁷²⁾, por falta de cuidado⁽⁷³⁾, reconociendo la subsistencia, de manera totalmente original, de un “contacto social de garantía”, que se establecería entre el ente sanitario y el paciente⁽⁷⁴⁾, pero, sobre todo, a causa del equívoco generado por un pasaje contenido en las sentencias números 26972, 26973, 26974 y 26975 de las Salas Civiles Reunidas de la Corte de Casación Italiana, del 11 de noviembre de 2008, en la que se encuentra escrito que:

“los contratos de protección (...) son aquellos que se celebran en el sector sanitario. En estos, los intereses a ser realizados corresponden a la esfera de la salud en sentido amplio, de manera que el incumplimiento del deudor es susceptible de lesionar derechos inviolables de la persona, ocasionando perjuicios no patrimoniales. En dicho sentido, se expresa una conspicua jurisprudencia de esta Corte, que ha tenido ocasión de encuadrar en el ámbito de la responsabilidad contractual, la responsabilidad del

(68) *Cass. civ., sez. un.*, No. 576, del 11 de enero de 2008.

(69) *Cass. civ., sez. III*, No. 16394, del 13 de julio de 2010.

(70) Así, en el contexto de una reconstrucción general muy detallada de toda la historia del contacto social hasta la época del pronunciamiento, *Cass. civ., sez. III*, No. 8826, del 13 de abril de 2007.

(71) *Cass. civ., sez. III*, No. 16123, del 14 de julio de 2006.

(72) *Cass. civ., sez. III*, No. 26852, del 14 de diciembre de 2006.

(73) *Cass. pen., sez. IV*, (ud. del 11 de abril de 2008) No. 36502, del 23 de noviembre de 2008.

(74) *Cass. civ., sez. III*, No. 24746, del 28 de noviembre de 2007; *Cass. civ., sez. III*, No. 24759, del 28 de noviembre de 2007.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

médico y de la estructura sanitaria (sentencia número 589/1999 y posteriores conformes, que, en lo que respecta a la estructura, han aplicado el principio de la responsabilidad por contacto social cualificado), y de reconocer tutela, además de al paciente, a terceros, a los que se extienden los efectos de protección del contrato, y, por lo tanto, además de a la gestante, al nascituro (de manera condicionada al nacimiento. Sentencia número 11503/1003; número 5881/2000); y al padre (en el caso de la omisión de diagnóstico de malformaciones del feto y el consecuente nacimiento indeseado. Sentencia número 6735/ 2002; número 14488/2004; número 20320/2005”).

En realidad, se evidencia con gran claridad que cuando los jueces han escrito, entre paréntesis, que, en lo que se refiere a la estructura sanitaria, han aplicado el principio de la responsabilidad por contacto social, en realidad habrían debido (y querido) hacer referencia al médico dependiente de la estructura. Es suficiente la referencia a la sentencia número 589/1999 para hacer evidente que se ha tratado de una equivocación. Pero esta equivocación se ha convertido en un vero y propio precedente, al cual los jueces de la Corte de Casación Italiana han tenido que adecuarse, generando un vero y propio filón jurisprudencial, como si verdaderamente las Salas Reunidas hubiesen querido afirmar, sin brindar alguna motivación del cambio de ruta (hasta entonces, como se esbozó anteriormente, se había considerado pacífico que la relación entre la entidad y el paciente tenía naturaleza contractual), que también la responsabilidad de la entidad debe ser adscrita a un contacto social⁽⁷⁵⁾.

Con un antecedente de este género, no hay por qué sorprenderse que posteriormente haya habido pronunciamientos en los que parece prevalecer una cierta confusión de ideas, de las cuales, al menos en esta sede, en donde se está trazando un panorama general del estado de la jurisprudencia sobre la materia, sólo vale la pena dar cuenta de su existencia⁽⁷⁶⁾.

22. Continúa: la responsabilidad por “contacto social” del docente

Tomando como referencia la figura del médico dependiente de una estructura sanitaria, se sentaron las bases para el reconocimiento de una responsabilidad por contacto social de la misma especie, sin proceder, en ningún caso, a ulteriores profundizaciones. Así, esta se extendió simplemente a una multiplicidad de situaciones, en las cuales los sujetos en cuestión eran profesionales o, de alguna forma, de manera general, eran sujetos que ejercían una actividad para la cual son necesarias habilidades y/o conocimientos específicos.

Y así, en primer lugar, se reconoció una responsabilidad por contacto social del docente, en relación a los casos en los que un estudiante se causaba un daño a sí mismo. A decir verdad, constituye una máxima pacífica, muchas veces retomada sin el apoyo de motivaciones particulares, aquella conforme a la cual:

“en los casos en donde el alumno se causa daño a sí mismo, la responsabilidad del instituto educativo y del docente no tienen naturaleza extracontractual, sino más bien contractual, teniendo en consideración que -en cuanto se refiere al instituto educativo- el acogimiento de la solicitud de inscripción, con la consiguiente admisión del alumno al centro educativo, determina la instauración de

(75) *Cass. civ., sez. III*, No. 5190, del 4 de marzo de 2010; *Cass. civ., sez. III*, No. 8703, del 13 de abril de 2010; *Cass. civ., sez. III*, No. 22967, del 12 de noviembre de 2010; *Cass. civ., sez. III*, No. 25559, del 30 de noviembre de 2011; *Cass. civ., sez. III*, No. 7529, del 15 de mayo de 2012.

(76) *Cass. civ., sez. III*, No. 15453, del 14 de julio de 2011; *Cass. civ., sez. III*, No. 14405, del 30 de junio de 2011.



Alessio Zaccaria

un vínculo negocial, del cual surge la obligación de velar por la seguridad y la incolumidad del alumno durante el tiempo en el cual disfruta de la prestación educativa en todas sus expresiones, incluso con el fin de evitar que el alumno se cause daño a sí mismo; y que -en lo que se refiere al preceptor dependiente de la institución educativa- entre docente y alumno se instaura, por contacto social, una relación jurídica en el ámbito de la cual el docente asume, en el marco del deber global de instruir y educar, también un deber específico de protección y vigilancia, con el fin de evitar que el alumno se cause a sí mismo un daño a la persona⁽⁷⁷⁾.

Es necesario señalar que (sólo) en un par de casos se verificó una confusión análoga a la que hicimos referencia tratando de la responsabilidad médica⁽⁷⁸⁾, cuando se recondujo también la responsabilidad del instituto educativo al contacto social.⁽⁷⁹⁾

23. Continúa: la responsabilidad por “contacto social” del notario

Otro sujeto frente al cual, debido a sus cualidades profesionales, se planteó la aplicabilidad de la responsabilidad por contacto social, ha sido el notario⁽⁸⁰⁾, respecto al cual, retomando las posiciones expresadas en la sentencia “madre” número 589, del 22 de enero de 1999, relativa a la responsabilidad del médico dependiente de una estructura sanitaria, se ha dicho que no se puede cuestionar:

“que la actividad profesional del notario quede comprendida entre las actividades protegidas, y que, de esta forma, cree una gran confianza en el sujeto que recibe la prestación, por lo que, si el notario desarrolla su actividad profesional a favor de un sujeto, esta debe tener siempre las mismas características y cualidades previstas por las normas de diversa naturaleza que regulan su actividad, las cuales no se pueden prescindir en los casos en los que la prestación no sea realizada en base a un contrato de prestación de obra profesional intelectual, pues ello determina, en todo caso, su responsabilidad⁽⁸¹⁾.”

24. Continúa: la responsabilidad por “contacto social” del mediador

Finalmente, se llegó a considerar la posibilidad de configuración de una responsabilidad por contacto social del mediador, a causa de las características propias de la actividad desarrollada por este, la cual es idónea para generar confianza.

(77) *Cass. civ., sez. un.*, No. 9346, del 27 de junio de 2002; *Cass. civ., sez. III*, No. 11245, del 18 de julio de 2003; *Cass. civ., sez. III*, No. 24456, del 18 de noviembre de 2005; *Cass. civ., sez. III*, No. 8067, del 21 de marzo de 2007; *Cass. civ., sez. III*, No. 23464, del 5 de noviembre de 2009; *Cass. civ., sez. III*, No. 20817, del 29 de setiembre de 2009; *Cass. civ., sez. III*, No. 5067, del 3 de marzo de 2010; *Cass. civ., sez. III*, No. 9325, del 20 de abril de 2010; *Cass. civ., sez. III*, No. 9906, del 26 de abril de 2010; *Cass. civ., sez. VI, ord.*, No. 24835, 24 de noviembre de 2011; *Cass. civ., sez. III*, No. 1769, del 8 de febrero 2012; *Cass. civ., sez. III*, No. 9437, del 11 de junio del 2012.

(78) Sobre el tema, véase supra, par. 21.

(79) *Cass. civ., sez. III*, No. 19881, del 29 de setiembre de 2011; *Cass. civ., sez. III*, No. 3457, del 11 de febrero de 2011.

(80) *Cass. civ., sez. III*, No. 14934, del 23 de octubre de 2002.

(81) Suscita algo de perplejidad, respecto a las que en general pueden generarse con referencia al empleo del contacto social por parte de nuestra jurisprudencia, la afirmación según la cual el notario podría ser llamado a responder *en cualquier caso*, ya que, si esta expresión es comprendida por lo que significa textualmente, se debería concluir que, según la Casación, el notario jamás podría hablar (en el sentido de comunicar una información o dar un consejo) sin correr el riesgo de incurrir en responsabilidad: en otros términos, al comunicar la información o dar el consejo, no podría declarar eficazmente que no podrá ser llamado a responder por los daños causados por el hecho que ha sido considerado como un comportamiento conforme a sus indicaciones. Esto entra en contradicción con el principio general según el cual los particulares perfectamente pueden, por lo menos por regla general, excluir que los comportamientos realizados por ellos puedan ser posteriormente hechos valer como fuentes de obligaciones. Sobre el tema, permítasenos reenviar a ZACCARIA, *Op. ult. cit.*; pp. 248 y siguientes.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascención del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

Luego de una primera y genérica (sobre este punto) sentencia de 1999⁽⁸²⁾, recientemente fueron pronunciadas otras dos en las que el contacto social fue utilizado con el fin de afirmar la responsabilidad contractual del mediador por la inexactitud de las informaciones brindadas a las partes de un futuro negocio, informaciones que tenían por objetivo favorecer la celebración de un contrato⁽⁸³⁾; supuesto, también este, respecto al cual debemos decir que el contacto social fue invocado de una forma totalmente inadecuada. Incluso si se quisiera aceptar la tesis, expresada en estos dos pronunciamientos por la Corte Suprema, conforme a la cual la relación de mediación no tendría como base un contrato, sino que integraría una relación jurídica en sentido estricto⁽⁸⁴⁾, lo cierto es que, de hecho, el deber de información está previsto por el Código Civil Italiano, en el artículo 1759^(NT33), y que el contenido del mismo ya había sido enriquecido, en vía interpretativa, por la Corte Suprema, a través de la referencia a la ley número 39/1989, la cual ha delineado en términos de “profesionalidad”, algunos aspectos de

la actividad del mediador. Asimismo, este también está previsto en el segundo párrafo del artículo 1176^(NT34) Código Civil Italiano, de manera que no había necesidad alguna de invocar el contacto social para colocar a la responsabilidad del mediador por defecto de las informaciones, sobre el plano contractual⁽⁸⁵⁾.

25. B) El “contacto social” “procedimental”

A través de la referencia (ya no a la naturaleza genéricamente profesional de la actividad desarrollada, sino) a las cualidades de la función ejercida, (en todo caso) en tanto posible fuente de confianza para terceros, a partir del 2001, copiosa jurisprudencia del Consejo de Estado⁽⁸⁶⁾ (en ocasiones retomada

(82) *Cass. civ., sez. I*, No. 1925, del 6 de marzo de 1999.

(83) *Cass. civ., sez. III*, No. 6382, del 14 de julio de 2009; *Cass. civ., sez. III*, No. 21737, del 22 de octubre de 2010.

(84) La tesis contraria a la que hasta aquel momento venía siendo afirmada por la propia Casación, la cual siempre había reconocido en la mediación, un contrato, es fuertemente criticable bajo múltiples aspectos: sobre el tema, permítasenos reenviar a ZACCARIA, Alessio. *Mediazione e mandato per tacer del contratto d'opera*. Jena, 2011; *passim*.

(NT33) Artículo 1759 Código Civil Italiano: “Responsabilidad del mediador.- El mediador debe comunicar a las partes las circunstancias conocidas por él, relativas a la evaluación y a la seguridad del negocio, que pueden influir en la celebración de este. El mediador responde de la autenticidad de la suscripción de las escrituras y del último endoso de los títulos transmitidos a través suyo”.

(NT34) Artículo 1176 Código Civil Italiano: “Diligencia en el cumplimiento.- En el cumplimiento de la obligación, el deudor debe emplear la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe evaluarse en relación a la naturaleza de la actividad ejercida”.

(85) Sobre el tema, también en este caso permítasenos reenviar a ZACCARIA, Alessio. *La responsabilità del mediatore per false od omesse informazioni. cit.*; pp. 256 y siguientes.

(86) *Cons. St., sez. V*, No. 4329, del 6 de agosto de 2001; *Cons. St., sez. VI*, No. 686, del 7 de febrero de 2002; *Cons. St., sez. IV*, No. 5012, del 6 de julio de 2004; *Cons. St., sez. IV*, No. 5500, del 10 de agosto de 2004; *Cons. St., sez. IV*, No. 478, del 15 de febrero de 2005; *Cons. St., sez. V*, No. 4461, del 2 de setiembre de 2005; *Cons. St., sez. V*, No. 6969, del 28 noviembre de 2006; *Cons. St., sez. V*, No. 7194, del 6 diciembre de 2006; *Cons. St., sez. VI*, No. 6520, del 18 de diciembre de 2007; *Cons. St., sez. VI*, No. 1137, del 18 de marzo de 2008; *Cons. St., sez. V*, No. 5453, del 31 de octubre de 2008; *Cons. St., sez. VI*, No. 775, del 13 de febrero 2009; *Cons. St., sez. IV*, No. 2630, del 24 de abril de 2009; *Cons. St., sez. IV*, No. 3727, del 12 de junio de 2009; *Cons. St., sez. IV*, No. 785, del 12 de febrero de 2010; *Cons. St., sez. IV*, No. 1467, del 12 de marzo de 2010; *Cons. St., sez. VI*, No. 3052, del 17 de mayo de 2010; *Cons. St., sez. V*, No. 3363, del 26 de mayo de 2010; *Cons. St., sez. IV*, No. 8291 del 27 de noviembre de 2010; *Cons. St., sez. VI*, No. 2102, del 4 de abril de 2011; *Cons. St., sez. IV*, No. 482 y 483, del 31 de enero 2012; *Cons. St., sez. VI*, No. 2138, del 16 de abril de 2012; *Cons. St., sez. VI*, No. 3897, del 4 de julio de 2012.



Alessio Zaccaria

por la Corte de Casación⁽⁸⁷⁾ ha diseñado la responsabilidad por contacto social de la administración pública, invocando, en específico, en tanto su previsión puede ser fuente de confianza, los deberes procedimentales introducidos con la ley número 241, del 7 de agosto de 1990 (*Nuevas normas en materia de procedimiento administrativo y de derecho de acceso a los documentos administrativos*), y esto con el fin, principalmente, de permitir al particular la mera alegación del daño padecido y de su reconducción etiológica a la adopción o a la ejecución de una resolución viciada. Asimismo, tiene por finalidad imponer a la administración la carga de demostrar la propia ausencia de responsabilidad, mediante la deducción de elementos de hecho y de derecho idóneos a documentar la comisión de un error excusable, y, por lo tanto, de demostrar la ausencia de culpa en el propio accionar.

Lo que caracteriza esta jurisprudencia, en relación al resto de la jurisprudencia en materia de responsabilidad por contacto social citada previamente, es la referencia que comúnmente se realiza al régimen jurídico de la responsabilidad precontractual, que, a pesar de no haber sido realizada en el marco de aquella que habría podido ser una deseable reconstrucción dogmática similar a la elaborada por la doctrina alemana en materia de deberes (legales) de protección y de *Vertrauenshaftung*⁽⁸⁸⁾, por lo menos se apoya en la referencia al contacto social, remarcando (si no otra) la afinidad de las temáticas.

26. C) La responsabilidad por “contacto social” en materia de relaciones con las entidades bancarias

Como se ha indicado precedentemente⁽⁸⁹⁾, la responsabilidad por contacto social también ha hecho su aparición luego, en materia de relaciones con las entidades bancarias.

Mientras que la tercera sala de la Casación Civil se ha ocupado fundamentalmente de las formas de responsabilidad por contacto social recordadas hasta el momento, la responsabilidad por contacto social de la cual trataremos a continuación ha sido tomada en consideración con una actitud muy diferente por la primera sala.

La primera referencia, al contacto social en materia de relaciones con las entidades bancarias, la encontramos en la sentencia número 14712, del 26 de junio de 2007, de las Salas Civiles Reunidas de la Corte de Casación Italiana, cuya máxima afirma:

“La responsabilidad de la entidad bancaria que ha efectuado el pago, ex artículo 43^(NT35) de la ley de cheques -Decreto Real número 1736, del 21 de diciembre de 1933- es de naturaleza contractual, y encuentra su fuente en la violación de las reglas específicas dictadas por la ley y puestas con respecto a los sujetos en cuyo interés aquellas reglas son dictadas y que, por su violación, hayan sufrido un daño: dicha especie de responsabilidad se configura como una responsabilidad por contacto social cualificado”.

Sin embargo, no debemos dejarnos engañar: la máxima no refleja el contenido real de la sentencia. En efecto, si se lee esta última, se puede constatar que los jueces no afirmaron, en absoluto, que la responsabilidad de la

(87) *Cass. civ., sez. I*, No. 9366, del 11 de junio de 2003; *Cass. civ., sez. lavoro*, No. 5941, del 24 de marzo de 2004; *Cass. civ., sez. un.*, No. 27348, del 18 de noviembre de 2008; *Cass. civ., sez. III*, No. 15992, del 21 de julio de 2011; *Cass. civ., sez. I*, No. 24438, del 21 de noviembre de 2011; *Cass. civ., sez. III*, No. 12229, del 17 de julio de 2012.

(88) Sobre la cual, véase supra, par. 12.

(89) Véase supra, par. 18.

(NT35) Artículo 43 de la ley de cheques italiana.- “El cheque bancario emitido con la cláusula “no transferible” no puede ser pagado si no al tenedor o, a requerimiento de este, acreditado en su cuenta corriente. Este no puede girar el cheque si no a un agente bancario, para el cobro, quien no puede endosarlo ulteriormente. Los endosos realizados en contra de la prohibición, se tienen por no inscritos. La cancelación de la cláusula se tiene por no realizada. Aquel que paga un cheque no transferible a persona distinta del tenedor o del agente bancario designado para el cobro, responde del pago. La cláusula “no transferible” debe ser puesta por el agente bancario bajo requerimiento del cliente. La misma cláusula puede ser puesta

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

entidad bancaria ex artículo 43 de la ley de cheques, y, vale decir, la responsabilidad de la entidad bancaria que haya pagado un cheque bancario con la cláusula de no transferible, a una persona no legitimada frente al tomador endosatario y a la entidad bancaria deudora, es una responsabilidad por contacto social. El contacto social fue invocado únicamente como apoyo para afirmar, a través de la referencia a una hipótesis ulterior (y diferente), que no hay nada de malo en vincular una responsabilidad “contractual” al incumplimiento de deberes de fuente *legal* (como lo son aquellos que emanan del citado artículo 43), quedando sólo por aclarar si el incumplimiento de obligaciones *ex lege* deba ser reconducido al incumplimiento de las obligaciones que derivan del contrato, o al incumplimiento de las obligaciones que derivan de otros actos o hechos idóneos a producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico. En el primer supuesto, se debe reconocer que la expresión ilícito “contractual”, desde el punto de vista textual, es expresiva de un ámbito más reducido que el ámbito real de referencia, y que entre los otros actos y hechos idóneos a ser fuentes de obligaciones, pueden ser comprendidos sólo aquellos que han sido clasificados tradicionalmente como tales, como la gestión de negocios y el pago indebido.

Posteriormente, siguiendo el pronunciamiento anteriormente recordado, y de esta forma, preguntándose si determinado comportamiento puede ser considerado objeto de un deber de fuente (diversa del contacto social, y) legal idónea, en caso ser incumplido, para fundar una responsabilidad (de alguna forma) contractual, también se ha afrontado y resuelto, el caso del pago de un cheque bancario que no tenía la cláusula de no transferible, pero que no contaba con la continuidad de la cadena de endosos. Al respecto, se observó que el artículo 38, literal a), de la ley del cheque, establece, de manera expresa y exclusiva, a cargo de la entidad bancaria deudora, la carga de proceder a las verificaciones necesarias, y que, como consecuencia, faltaba un deber específico que pueda fundar la responsabilidad contractual de la entidad bancaria, frente al emitente, por el pago efectuado⁽⁹⁰⁾.

Sin embargo, el “mérito” de haber fundado en el contacto social el surgimiento del deber de determinación de la regularidad de los actos de negociación de un cheque bancario, a cargo de la entidad bancaria, es de una sentencia posterior, aunque pasó por alto el hecho de que, como se observa en las sentencias que la han precedido, existen suficientes puntos de apoyo normativos para resolver el problema⁽⁹¹⁾.

Tratándose siempre de relaciones con las entidades bancarias, es necesario indicar también por una cierta “fantasía jurídica”, la Casación número 11130 de la primera sala civil, del 13 de mayo de 2009, respecto a la cual, en el presente contexto, es suficiente recordar que en el caso concreto examinado, se reconoció la responsabilidad de una entidad bancaria, respecto al deudor, la cual había protestado una letra de cambio que ya había sido pagada a otra entidad bancaria, frente a la cual el título era incobrable, y que, además, había procedido a la devolución del título. Esta responsabilidad se configuró como una responsabilidad resultante del incumplimiento del deber de informar al notario el pago realizado, el cual surge a causa del contacto social, y que es de cargo de la propia entidad bancaria.

Finalmente, son puestas en evidencia dos sentencias del año 2012, pronunciadas siempre en materia de relaciones con las entidades bancarias.

En la primera de ellas⁽⁹²⁾, se ha remarcado que los deberes de protección deben tener una fuente legal, y que, por lo tanto, los simples contactos no son suficientes

por un endosatario con los mismos efectos. Las disposiciones del presente artículo se aplican sólo a los cheques pagaderos en el territorio de la República o en los territorios sujetos a la soberanía italiana”.

(90) Cass. civ., sez. I, No. 3187, del 11 de febrero de 2008.

(91) Cass. civ., sez. III, No. 10052, del 27 de abril de 2010.

(92) Cass. civ., sez. I, No. 11642, del 11 de julio de 2012.



Alessio Zaccaria

para fundarlos. Sin embargo, se da por descontado que el médico, así como el docente, están sujetos por ley, a deberes de protección. De esta forma, a pesar de no decirlo expresamente, dan por descontado que el contrato de hecho y el contacto social, constituyen fuentes legales de deberes; no obstante, de cualquier forma, si se los quisiera clasificar como fuentes de deberes, debería ser necesario reconocer que se trata de fuentes *extralegales*⁽⁹³⁾.

En la segunda⁽⁹⁴⁾, se ha acentuado de manera especial el hecho de que la responsabilidad por contacto social postularía una particular “cualidad de la actividad” o una particular “cualidad de la función” desarrollada. En otros términos, un contacto social “puro” no es suficiente para fundar un deber de protección, siendo necesario un contacto social “cualificado”, para que se verifique este efecto. Empero, esta vez se da por descontado (una vez más) que una “cualificación” es suficiente para que una fuente legal de obligaciones pueda considerarse integrada, mientras que, como hemos visto cuando nos ocupamos del derecho alemán⁽⁹⁵⁾, para que un contacto (no obstante ser en alguna medida “cualificado”) pueda considerarse fuente de obligaciones, al menos según el moderno modo de pensar y de acuerdo con la sensibilidad sociocultural moderna, es necesario un fundamento *normativo* en dicho sentido.

27. D) El “contacto social” en materia laboral

Si en materia bancaria se pueden identificar signos

de una perspectiva, en cierta medida, diferente a la perspectiva de la tercera sala civil de la Corte de Casación Italiana, en materia laboral, el contacto social ha sido utilizado en una dimensión, o más precisamente, en dimensiones totalmente originales en relación a los otros ámbitos en los que se ha hecho referencia a este. Así, en algunos casos⁽⁹⁶⁾, se invocó el contacto social con el fin de cualificar una situación idónea para fundar el resarcimiento de un daño extracontractual. En estos casos, específicamente, se quiso diferenciar los créditos laborales de los créditos de resarcimiento por daños, que son causados al trabajador dentro de la relación de trabajo, pero cuya producción es el resultado de un “contacto social”. En otros⁽⁹⁷⁾, la figura fue invocada con el fin de afirmar la existencia de contratos de trabajo de hecho, los cuales surgen sin la necesidad de manifestaciones de voluntad, en virtud, precisamente, de un contacto social. Sin embargo, bien vistas las cosas, se puede constatar que se trata de hipótesis en las que la relación podía considerarse celebrada por comportamientos concluyentes, eventualmente tipificados de manera social⁽⁹⁸⁾⁽⁹⁹⁾.

(93) Confrontación cuanto hemos observado al respecto *supra*, par. 11.

(94) *Cass. civ., sez. III*, No. 7936, del 18 de mayo de 2012.

(95) Véase *supra*, par. 12.

(96) *Cass. civ., sez. lavoro*, No. 11704, del 30 de julio de 2003; *Cass. civ., sez. un.*, No. 26785, del 7 de noviembre de 2008; *Cass. civ., sez. III*, No. 2352, del 2 de febrero de 2010.

(97) *Cass. civ., sez. lavoro*, No. 13891, del 23 de julio de 2004; *Cass. civ., sez. lavoro*, No. 15264, del 6 de julio de 2007; *Cass. civ., sez. lavoro*, No. 23114, del 9 de setiembre de 2008.

(98) Por lo que respecta al fenómeno de los comportamientos concluyentes tipificados socialmente, véase, KRAMER. *Óp. cit.*; 65 y siguientes; pp. 31 y siguientes, y permítasenos además reenviar a ZACCARIA. *Óp. cit.*; p. 248.

(99) Un contrato de hecho, celebrado sin mediar manifestación de voluntad alguna, ha sido identificado también en otras hipótesis: además de un par de situaciones muy particulares (véase *Cass. civ., sez. III*, No. 25417, del 3 de diciembre de 2009, y *Cass. civ., sez. III*, No. 20908, del 28 de octubre de 2004), sobretudo, en casos en los que quien debía actuar era un administrador de hecho, considerando que “existen situaciones (como las tratativas precontractuales, la mediación y la asunción no autorizada de la gestión de negocios ajenos con la consciencia de su ajenuidad) caracterizadas “por la consolidación de una relación de contacto social especialmente intensa, idónea para justificar... el surgimiento de vínculos

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

28. E) El “contacto social” como fuente de una obligación “de garantía”

Posteriormente, como se indicó antes, la teoría del contacto social fue absorbida también por los jueces de la Corte de Casación Penal Italiana, quienes se refirieron a ella al momento de decidir sobre la responsabilidad de una guía alpina por no haber impedido la muerte de uno de los participantes a una cena nocturna, quienes habían sido confiados a su protección por los administradores de un albergue, en vista de su cualidad de acompañante experto, concedora de los recorridos de la zona.

La responsabilidad de la guía alpina presuponía la configuración, en ella, de una posición jurídica “de garantía”. La Corte, en lugar de identificar la transferencia a la guía alpina de un deber de garantía secundario, o *derivado* de los sujetos que con anterioridad se habían constituido garantes *ex contractu*, vale decir, los administradores del albergue alpino que habían organizado la cena, reconoció la subsistencia de un deber de garantía *propio* de la guía alpina, fundado en el contacto social establecido con los participantes a la cena. Para ello, se inspiró en lo afirmado por la Corte de Casación civil en materia de responsabilidad de los médicos dependientes de una estructura sanitaria y de los docentes⁽¹⁰⁰⁾.

Por otra parte, es bastante claro que, en la hipótesis considerada, al delinear la responsabilidad de la guía alpina, se tendría que haber apelado más bien a la figura del contrato con efectos de protección a favor de terceros, que, como tal, perfectamente se puede calificar el contrato entre los administradores del albergue y la guía alpina.

29. F) El “contacto social” como posible fuente de un deber de obrar, idóneo para fundamentar una responsabilidad (por omisión) de naturaleza extracontractual, cuando dicho deber resulte incumplido

El último caso, en orden de tiempo, en relación al cual la Casación Civil⁽¹⁰¹⁾ hizo referencia al contacto social, es aquel en el cual el contacto mismo fue invocado con el fin de afirmar la subsistencia de un deber de impedir un evento dañoso. Como resultado, se afirmó la responsabilidad extracontractual del sujeto que no hizo nada para impedirlo, o, en otras palabras, se reconoció la existencia de un ilícito omisivo.

En el caso en específico, un sujeto murió como consecuencia de las lesiones sufridas en el curso de la reparación de una maquinaria agrícola. Entre los propietarios de la maquinaria, presentes al momento de los hechos, y el damnificado, no subsistía ninguna relación de carácter obligatoria: el damnificado había obrado por puro espíritu de cortesía. En un primer momento, la responsabilidad de los propietarios de la máquina se fundó en la previsión del artículo 2050 Código Civil Italiano^(NT36), previsión cuya aplicabilidad fue

que van más allá del simple deber de respeto de los derechos ajenos, independientemente de la existencia de una intención negociada conforme, de las partes interesadas” (así Cass. civ., sez. I, No. 6478, del 23 de abril de 2003).

Por otra parte, al respecto también puede ser repetida la observación anteriormente realizada en el texto respecto a los contratos de trabajo de hecho: para poner fuera de acción la figura (“criticable política” y conceptualmente, además de ser obsoleta) del contrato de hecho, basta con razonar en términos de comportamientos concluyentes tipificados socialmente.

(100) Cass. pen., sez. IV, (ud. del 22 de mayo de 2007) No. 25527, del 4 de julio de 2007.

(101) Cass. civ., sez. III, No. 1737, del 25 de enero de 2011.

(NT36) Artículo 2050 Código Civil Italiano: “Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.- Aquel que en el desarrollo de una actividad peligrosa, en virtud de su naturaleza o de la naturaleza de los medios adoptados, causa un daño a otro, se encuentra obligado al resarcimiento, a menos que pruebe haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño”.



Alessio Zaccaria

negada en sede de apelación, por ausencia del carácter peligroso de la propia máquina. En cambio, en esta última sede, la responsabilidad de los propietarios de la máquina fue fundada en el artículo 2043 Código Civil Italiano, por omisión del deber de proteger a aquel quien se había expuesto al realizar la reparación de la máquina. Deber que se cree subsistente al considerar la simple consciencia de dicho peligro.

No es la primera vez que, en materia de ilícito omisivo, la jurisprudencia recurre a reglas que carecen de un específico fundamento normativo con el objetivo de identificar un deber de obrar, capaz de fundar la responsabilidad extracontractual del sujeto que no realizó dicha actividad. En específico, deberes de obrar han sido derivados del deber general de actuar de conformidad con la diligencia (artículo 1176 Código Civil Italiano), entendido este último no como punto de referencia para la evaluación de la culpa como elemento constitutivo del ilícito, y, por consiguiente, como expresión de una regla de comportamiento, sino cual susceptible de ser concretizado, precisamente, en deberes específicos de obrar⁽¹⁰³⁾.

En el caso que estamos considerando, partiendo de esta jurisprudencia, se dio un paso adelante, cuando se sostuvo que un deber de obrar podría ser identificado en todas las hipótesis en las que se puede considerar subsistente un “deber de solidaridad (...) adecuadamente cualificado de conformidad con la conciencia social del momento histórico”; vale decir, cuando pueda decirse (dicho deber) subsistente en tanto fundado en un contacto social, “y no (...) cualquiera (...) sino (...) aquel que sea adecuadamente cualificado de conformidad (precisamente) con (aquel) la conciencia social”. “Así como (...) el contacto comercial es idóneo para generar deberes de protección incluso frente a terceros, de manera análoga, el contacto social (podría) permitir la identificación del sujeto en cabeza del cual se hace actual el deber de obrar para evitar daños a terceros. La actividad debida (podría) ser, según las circunstancias, incluso sólo informativa (como por ejemplo, en caso de préstamo gratuito de un objeto peligroso), o concretarse en el deber de asegurarse que el tercero -que, a título de cortesía, esté obrando en interés de otro sujeto, manipulando en su presencia un objeto peligroso del cual

el sujeto interesado conozca la peligrosidad-haya adoptado las precauciones idóneas para la correcta ejecución de la manipulación, o que, de cualquier forma, estas hayan sido realizadas”.

Entonces, un deber de obrar podría ser identificado en todas las situaciones en las que subsista, en un sujeto, la consciencia del peligro al que otro sujeto se encuentra expuesto.

Inmediatamente salta a la vista la enorme y tendencialmente infinita extensión de las hipótesis de responsabilidad extracontractual que resulta de este planteamiento: el peligro al cual un sujeto se encuentra expuesto, se traduce en la certeza sustancial, para quien se encuentre cerca de él, de tener que exponerse a su vez al mismo peligro, bajo pena de tener que resarcir el daño sufrido por el primero.

Es cierto que en la sentencia de la cual nos estamos ocupando, también se encuentra escrito que:

“Con esto no se ha tratado de infringir el principio según el cual el precepto del *alterum non laedere* no implica un deber de obrar, incondicionado y general, en protección de los derechos de los terceros expuestos a un peligro de lesión”; sin embargo, desde el momento en que se cree suficiente, para la subsistencia del deber de obrar, una referencia a la conciencia social del momento histórico, y la interpretación de esta conciencia es remitida a la apreciación prudente (¿no sería más honesto decir al libre arbitrio?) del juez, no se puede no concluir que se trata, a fin de cuentas, de palabras vacías, y que la sentencia de la cual nos estamos

(103) Sobre el tema, también en este caso permítasenos reenviar a ZACCARIA, Alessio. *Commento a parere di diritto civile per l'esame da avvocato*. En: *Studium Iuris*. 2004; pp. 234 y siguientes.

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - La resistible ascensión del “contacto social”

Der aufhaltsame Aufstieg des Sozialen Kontakt - The resistible rise of “social contact”

ocupando representa una vera y propia ‘*Kapitulation normativen Rechtsdenken vor dem politisch-sozialen Faktum*’^{(104)(NT37)}.

De esta forma, nos hemos venido a encontrar totalmente involucrados en las teorías del contrato de hecho y del contacto social, elaboradas en Alemania en los años cuarenta del siglo pasado: toda conexión normativa como fuente del deber ha desaparecido, nos movemos sobre el terreno exquisitamente extrajurídico, “*das Leben selbst ordnet (...) zu*” como fuente de “*aussergesetzlichen Erhaltungspflichten*”⁽¹⁰⁵⁾.

Y esto, después de todo, sin que sea posible, para negar el fenómeno, recurrir a la objeción, precedentemente recordada⁽¹⁰⁶⁾, según la cual, dando un amplio espacio al contacto social, se podría terminar por eliminar la responsabilidad extracontractual. En efecto, la tendencia jurisprudencial de la cual nos estamos ocupando, realizó una extensión “exagerada” de las hipótesis de responsabilidad, pero no llegó a eliminar la responsabilidad extracontractual; por el contrario, introdujo el contacto social dentro de esta última, como base para una extensión potencialmente ilimitada de la responsabilidad por ilícito omisivo.

Lo que nos lleva a evidenciar también la íntima contradicción que presenta esta tendencia, la cual consiste en haber utilizado una figura, que se originó y desarrolló con el fin de ampliar la responsabilidad contractual, con el objetivo de fundar una responsabilidad extracontractual.

Asimismo, a decir verdad, en el caso considerado, en lugar de recurrir al esquema del ilícito omisivo, se habría podido reconocer muy bien la violación de un deber informativo y de protección, originado como resultado del “contacto social” entre los propietarios de la máquina agrícola y el sujeto que se había comprometido a la reparación de la misma. Y esto no se llevó a cabo, quizá, por la renuencia a admitir una responsabilidad contractual allí donde no hay contrato; una actitud que, a pesar de ser totalmente injustificada, aún hoy reaparece no raras veces.

UN SISTEMA JURÍDICO QUE ENTREGA LA DEFINICIÓN DE SUS CONTENIDOS A UNA “APRECIACIÓN PRUDENTE” SUSCEPTIBLE DE TRANSFORMARSE, SIN POSIBILIDAD DE CONTROL, EN FORMAS DE ARBITRIO CAPAZ DE AUTOLEGITIMARSE A TRAVÉS DE REFERENCIAS GENÉRICAS A LA CONCIENCIA SOCIAL DEL MOMENTO HISTÓRICO, NO PUEDE DEJAR DE SUSCITAR PREOCUPACIONES.

30. Conclusiones

A partir de 1999, la ascensión del contacto social ha sido constante. A partir del médico, el área de aplicación de esta figura se ha expandido progresivamente, para pasar a otros profesionales, hasta llegar a comprender las relaciones con la administración pública, con las entidades bancarias y las relaciones de trabajo. Finalmente, ha invadido el campo del ilícito aquiliano bajo la forma de un multiplicador incontrolado e incontrolable de las hipótesis de responsabilidad.

Y esta, como la de Aturo Ui, el protagonista del drama de Bertolt Brecht a la que hace eco el título de este escrito, ha sido una ascensión “espectacular”, a la cual, sin embargo, bien se le habría podido mostrar “resistencia” si sólo nos hubiésemos esforzado en responder a la exigencia de remediar las “fallas” que una

(104) Así ESSER, como es citado por KRAMER, *op. cit.* 64; p. 31.

(NT37) Traducción libre: “*capitulación del pensamiento jurídico normativo ante el hecho político-social*”.

(105) Como escribía HAUPT: véase supra, par. 11.

(106) Véase supra, par. 12.



Alessio Zaccaria

rígida contraposición entre responsabilidad contractual y extracontractual podría provocar, tal como hemos visto, hicieron, en cambio, los alemanes, sobre el plano (que para un jurista debería ser lo natural) de las reglas, reglas de las que, por el contrario, los jueces italianos han querido “liberarse”, apelando a las “percepciones difusas”.

Para comprender los riesgos immanentes en este modo de proceder, es suficiente regresar, aunque sea sólo por un momento, a los tiempos “nacionalsocialistas” en los que Arturo Ui vivía. En aquella época no era raro utilizar la teoría del contacto social, sobre la base de la simple referencia a una realidad fáctica cuyas características eran hartamente modeladas desde lo alto con el objetivo de legitimar comportamientos que vulneraban la autonomía privada, los mismos que, de otra forma, habrían sido clasificados como antijurídicos⁽¹⁰⁷⁾.

Afortunadamente, el mundo en el que vivimos es muy distinto, de manera que, si acogemos el “contacto social”, no nos deberíamos topar con estos riesgos.

Pero esto no significa que no existan riesgos.

La confiabilidad de un sistema jurídico que abdica en favor de componentes que se encuentran fuera del ordenamiento, vacila fatalmente. Un sistema jurídico que entrega la definición de sus contenidos a una “apreciación prudente” susceptible de transformarse, sin posibilidad de control, en formas de arbitrio capaz de autolegitimarse a través de referencias genéricas a la conciencia social del momento histórico, no puede dejar de suscitar preocupaciones.

Con mayor razón, cuando instrumentos de este tipo se encuentran en manos de aquellos mismos jueces que, como hemos visto precedentemente⁽¹⁰⁸⁾, han sido capaces de construir un vero y propio filón jurisprudencial, sin preguntarse en modo alguno sobre la corrección del punto de partida. Esto ha ocurrido *en base a*, simplemente, *un error material de elaboración de una sentencia*, el cual consiste en la atribución, como resultado de un descuido, de la naturaleza de deber por contacto social (incluso), a la relación entre paciente y estructura sanitaria. Por lo tanto, esto ha ocurrido *en base a la nada*.

De esta forma, a fin de cuentas, a pesar de que los riesgos a los que hemos hecho referencia no debieran ser los mismos a los que se encontraban expuestos quienes vivían en la época de Arturo Ui, el diálogo con el cual se apertura la primera escena de la obra de Bertolt Brecht, parecería poder conservar (por lo menos) alguna actualidad, incluso respecto a la realidad de hoy en día: “¡*Verdammte Zeiten!*”^(NT38). 

(107) Véase, al respecto, lo que hemos observado supra al par. 16.

(108) Véase supra, par. 21.

(NT38) Traducción libre: “¡Tiempos malditos!”.