



Renzo E. Saavedra Velazco<sup>(\*)</sup>

# Una visión comparada de la **definición del contrato**

## Notas sobre las diferencias entre los sistemas jurídicos de la tradición jurídica occidental

### *A comparative view of the contract definition*

### *Notes on the differences between the legal systems of the Western Legal Tradition*

“LA NOCIÓN DE CONTRATO EN EL SISTEMA JURÍDICO PERUANO RESULTA MUCHO MÁS AMPLIA QUE EL CONTRACT ESTADOUNIDENSE, TAL COMO SE OBSERVA AL VERIFICAR COMO UN CONJUNTO DE LOS CONTRATOS TÍPICOS EN NUESTRO CÓDIGO CIVIL (DONACIÓN, DEPÓSITO Y COMODATO) NO PODRÍAN CALIFICARSE DE CONTRACTS”.

**Resumen:** La mayoría de personas, incluido un grupo de operadores jurídicos, no perciben la uniformidad en las necesidades sociales subyacentes a los instrumentos jurídicos; aunque tal uniformidad existe, no necesariamente importa una convergencia en las reglas y definiciones. El contrato es uno de tales instrumentos. Si bien el vocablo para calificarlo puede traducirse sin problemas en diferentes idiomas, su real contenido permanece oculto. En el presente ensayo el autor intentará reseñar las divergencias entre la noción peruana de contrato frente a sus pares de otros sistemas de la tradición jurídica occidental.

**Palabras clave:** Derecho Comparado - Contratos - Convergencia - Divergencia - Teoría General del Derecho - Uniformidad

**Abstract:** Most people, including a group of legal operators, do not perceived the uniformity of social needs underlying legal instruments, although such uniformity exist, not necessarily leads to a convergence in rules and definitions. The contract is one of those instruments. While the word used to describe it can be translated smoothly in several different languages, their actual content remains hidden. In this essay I will try to review the divergences between the Peruvian notion of contract and their peers in other systems of the Western legal tradition.

**Keywords:** Comparative Law - Contracts - Convergence - Divergence - General Legal Theory - Uniformity

---

(\*) Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Estudios concluidos en la Maestría en Derecho de Empresa con mención en Derecho del Mercado en la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas. Diploma del Programa Latinoamericano de Law and Economics auspiciado por George Mason University y por la Asociación Latinoamericana e Ibérica de Derecho y Economía (ALACDE). Profesor de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú y en la Universidad ESAN. Miembro de la American Society of Comparative Law y de ALACDE. Árbitro del Centro de Análisis y Resolución de Conflictos de la PUCP. Asociado de Osterling Abogados.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

### 1. Premisa

Los seres humanos estamos constantemente aquejados por necesidades, desde las de carácter básico hasta las que expresan la eterna búsqueda de comodidad. Tal vez esta circunstancia sea la que explique por qué, sin importar el sistema jurídico o la época evaluada<sup>(1)</sup>, se asume que las figuras jurídicas formuladas para la satisfacción de las necesidades humanas y sociales resultan uniformes. No se me malinterprete, creo que las corrientes funcionalistas<sup>(2)</sup> de la comparación jurídica aciertan cuando aseguran que los problemas subyacentes a las sociedades son, por lo general, sustancialmente homogéneos. Nadie impugnará, por ejemplo, que en la mayoría de las sociedades existe la necesidad de reconocer el derecho que tiene una persona de retener para sí los beneficios derivados de las inversiones realizadas sobre un bien, alentando así las inversiones y sin dejar de lado los incentivos para la explotación racional del recurso<sup>(3)</sup>; todo lo anterior creó el contexto idóneo para formular el concepto de propiedad privada<sup>(4)</sup>.

La lógica descrita permite a este sector de compartistas argüir que existen productos jurídicos concretos de diversos sistemas que desempeñan una función equivalente, esto a pesar de que su enunciación y su denominación resulten disímiles. Si se me permite, suscribo plenamente lo relatado. No me caben dudas acerca del carácter homogéneo de ciertos productos jurídicos o, se prefiere, hay construcciones doctrinales, fórmulas jurisprudenciales o figuras legales cuya presencia

“EN CONCLUSIÓN, CONSIDERO QUE LA IDEA DE PATRIMONIALIDAD NO APORTA NI QUITA NADA AL DEBATE, EN OCASIONES SE SUBSUMIRÁ EN LA NOCIÓN DE DISPONIBILIDAD Y EN OTRAS OCASIONES SE CONFUNDIRÁ LA PATRIMONIALIDAD DEL REMEDIO JURÍDICO CON LA PATRIMONIALIDAD DE LA RELACIÓN (O SITUACIÓN) JURÍDICA ORIGINARIA”.

resulta una constante en todas las familias jurídicas, erigiéndose acaso en instituciones prácticamente universales.

El contrato, la propiedad y la responsabilidad civil, para muchos los tres *pilares* sobre los que se erige el Derecho Privado, serían pruebas incontestables de cuanto vengo diciendo, aunque otro tanto podría decirse sobre la necesidad de contar con reglas para la sucesión, las personas jurídicas y así por el estilo. Sin embargo, también existen productos jurídicos cuyo desarrollo es contingente, ocasionando

- (1) Esta es la premisa básica de la que parte la propuesta de GORDLEY, James. *Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law*. En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen XLIII. 1995; pp. 555 y 556; acerca del estudio trans-nacional y trans-temporal del Derecho.
- (2) MICHAELS, Ralf. *The functional method of comparative law*. En: AUTORES VARIOS. *Oxford Handbook of Comparative Law*. Edición a cargo de Mathias Reimann y Reinhard Zimmermann. Nueva York: Oxford University Press, 2006; pp. 339 y siguientes; en particular pp. 340 y 343; y, GORDLEY, James. *Is comparative law a distinct discipline?* En: *The American Journal of Comparative Law*. Volumen XLVI. 1998; pp. 607 y siguientes; Id., *Comparative legal research: Its function in the development of harmonized law, cit.*, pp. 555 y siguientes.
- (3) HARDIN, Garrett. *The tragedy of the commons*. En: *Science*. Volumen CLXII. 1968; pp. 1243-1248.
- (4) El razonamiento apenas esbozado se encuentra en DEMSETZ, Harold. *Toward a theory of property rights*. En: *The American Economic Review*. No. 2. Volumen LVII. 1967; pp. 347 y siguientes. Sin embargo, la propiedad privada no es siempre la respuesta. En ciertas ocasiones la propiedad pública resulta una solución atractiva, mientras que en otros casos lo será la propiedad comunal. Para una aproximación a esta interesante materia consúltese a OSTROM, Elinor y Charlotte HESS. *Private and common property rights*. Disponible en web: *Social Science Research Network*, <http://ssrn.com/abstract=1304699>, 2007. Es conocido que Ostrom reveló un error cometido por el *mainstream* del *Law & Economics*, considerar como un bien común a aquel en el que no existen límites para el acceso a su uso.



## Renzo E. Saavedra Velazco

que tales instituciones no se presenten transversalmente en todos los sistemas jurídicos<sup>(5)</sup>. Entender la diversidad referida no es tarea complicada. En ocasiones el problema que pretende solucionar cierta figura no se replica en otras sociedades o incluso es plausible que los sistemas jurídicos de dichas sociedades logrearon satisfacer estas necesidades sin apelar a nuevas categorías teóricas. Lo verdaderamente complejo es vislumbrar como estas pequeñas diferencias moldean a las culturas jurídicas y la interacción entre sus instituciones.

Como es fácil suponer, aceptar la homogeneidad entre una serie de productos jurídicos nos conducirá inevitablemente a admitir la universalidad del problema a solucionar. Si el problema se presenta de manera consistente en todos los sistemas con prescindencia de su afiliación a un patrón o familia jurídica, podrá concluirse que la necesidad subyacente se genera por la vida en sociedad o por la propia naturaleza humana. La equivalencia en el rol desplegado por estos productos jurídicos descansa en el esfuerzo por solucionar creativamente el dilema detectado; en otras palabras, la específica necesidad social es universal mientras que la reacción jurídica a tal necesidad sí resulta contingente.

Salvo mejor parecer, juzgo innegable que toda sociedad requiere de un instrumento capaz de transferir o crear derechos, dar vida y regular compromisos, poner punto final a conflictos o sencillamente reconocer eventos que se presentan en la realidad. Ahora bien, el inconveniente que me motiva a escribir estas líneas se coloca en la mitad de este debate: la universalidad de la necesidad social identificada y la coincidencia en la herramienta jurídica apta para superarla no impide que la explicación o la formulación legal de la figura varíe enormemente de sistema a sistema, sean, o no, estos de una misma familia jurídica.

Así las cosas, la noción de contrato no es uniforme en todos los sistemas jurídicos. Desde luego no me refiero al vocablo empleado, sino al contenido de la institución. A pesar que las palabras *contract*, *contratto*, *Vertrag* y *contrat* puedan traducirse del inglés, italiano, alemán y francés como contrato, ello no es óbice alguno para que su contenido resulte sustancialmente distinto en cada uno de los sistemas mencionados. La comparación jurídica y la lingüística se hermanan en este punto. En efecto, las enseñanzas sobre *significante/significado* son apropiadas para dar una explicación satisfactoria de la discordancia entre el signo lingüístico y su interpretación.

Detengámonos un minuto en los sistemas jurídicos adscritos al *Civil Law*. En nuestros países el contrato subsume operaciones en que los intervinientes se otorgan recíproca o paralelamente ventajas patrimoniales<sup>(6)</sup>, así como también transacciones en que las atribuciones patrimoniales se otorgan a uno solo de los participantes, tal como sucede los contratos con obligaciones para el solo promitente o contratos a título gratuito. Por su parte, en los sistemas del *Common Law* se califica como contrato solamente a aquellas transacciones que importan intercambios económicos entre quienes participan en la operación (excepcionalmente también a terceros)<sup>(7)</sup>, el intercambio indicado es denominado en nuestros países como

(5) La idea es persuasivamente desarrollada por OGUS, Anthony. *Competition between national legal systems: A contribution of economic analysis to comparative law*. En: *The International and Comparative Law Quarterly*. No 2. Volumen XLVIII. 1999; pp. 405 y siguientes.

(6) No escapará al lector la alusión a los contratos con prestaciones recíprocas y los contratos con prestaciones autónomas. En nuestro medio, para una primera aproximación, consúltese a DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *Posibilidad de reciprocidad convencional*. En: *Advocatus*. No 4. 2001; pp. 89-96.

(7) En el sistema inglés se promulgó la norma que admite contratos a favor de terceros apenas en el año 1999, la denominada *Contracts (rights of third parties) Act*, la cual entró en vigencia el 11 de mayo del 2000. Al respecto véase MacMillan, Catharine, *A birthday present for Lord Denning: The Contracts (rights of third parties) Act 1999*. En: *The Modern Law Review*. No 5. Volumen LXIII. 2000; pp. 721 y siguientes.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

contratos con prestaciones recíprocas y, en concreto, como contratos a título oneroso.

¿Por qué es importante conocer estas peculiaridades entre los sistemas jurídicos? La respuesta tiene dos componentes susceptibles de diferenciación. El primero recalca asuntos de carácter práctico. En la actualidad los abogados brindamos asesoría a clientes extranjeros, por lo que la normativa aplicable a algunas de sus relaciones económicas podría contrastar con la regulación peruana; entonces si uno (a grandes rasgos) está al tanto de ciertos pormenores del derecho extranjero se encontrará capacitado para ofrecer una asesoría más completa, confiriéndole un mayor valor a su servicio. El segundo extremo de mi respuesta se liga a la importancia teórica de las diferencias conceptuales detectadas y el impacto de la circulación de modelos jurídicos.

Si no se actúa con las cautelas del caso, se podría sugerir importar productos jurídicos que den vida a discordancias sistémicas o, peor aún, se propondría *soluciones* que no se condicen ni con la justicia ni con la eficiencia económica. Situaciones de esta cariz no son una elucubración, han sucedido en el Perú y en otros sistemas; por tanto, creo que los operadores de los países acostumbrados a importar masivamente productos jurídicos (¡el Perú claramente es uno de ellos!)<sup>(8)</sup> debemos capacitarnos para contar con un método idóneo para acometer dicha labor<sup>(9)</sup>. Por ejemplo en los últimos años se han multiplicado las críticas a la regulación civil, viéndola como un límite al desarrollo económico. Lo triste, al menos para mí, es constatar que muchas veces el verdadero escollo no es -como algunos sostienen- la propia codificación civil, sino la importación acrítica y asistemática de las figuras extranjeras juzgadas valiosas<sup>(10)</sup>.

A la luz de lo antes dicho, en las próximas páginas me abocaré a explicar la noción de contrato en las familias adscritas al patrón jurídico occidental<sup>(11)</sup> y en particular en los sistemas del *Civil Law* y del *Common Law*. Mi elección no es gratuita. Se justifica en la influencia que los sistemas jurídicos europeos tuvieron a lo largo de la historia de la codificación y por el decidido avance del fenómeno de globalización económica o, desde un punto de vista jurídico, el afianzamiento de la uniformidad jurídica anexa a la *Americanization*.

## 2. Diversidad y uniformidad en el contrato<sup>(12)</sup>

Recordaré una valiosa lección del profesor Rodolfo Sacco. Las sociedades enfrentan problemas universales pero sus respuestas no necesariamente son homogéneas. Si bien en los sistemas se observa coincidencias en el reconocimiento de ciertas instituciones fundamentales, no sucede lo propio con las explicaciones que las soportan. A manera de ejemplo, en los sistemas del *Civil Law* existe una fuerte tendencia a juzgar la responsabilidad derivada de cualquier acto médico como contractual<sup>(13)</sup>, mientras que en el *Common Law* la tendencia es exactamente la inversa<sup>(14)</sup>. Es fácil constatar que hay coincidencia en asignar responsabilidad en el

(8) LEÓN, Leysser. *Weak legal cultures & legal transplants: Unificación de la responsabilidad civil y otras importaciones de los años noventa*. En: *Cardozo Electronic Law Bulletin*. Volumen XII. 2006; pp. 1 y siguientes; (de la versión pdf), disponible en web: <http://www.jus.unitn.it/cardozo/Review/>.

(9) SACCO, Rodolfo. *Legal formants: A dynamic approach to comparative law*, en *The American Journal of Comparative Law (Installment I)*. No. 1. Volumen XXXIX. 1991; pp. 1 y siguientes.

(10) MILLER, Jonathan. *A typology of legal transplants: Using sociology, legal history and Argentine examples to explain the transplant process*. En: *The American Journal of Comparative Law*. No. 4. Volumen LI; pp. 839 y siguientes.

(11) Cfr. MATTEI, Ugo. *Three patterns of law: Taxonomy and change in the world's legal systems*. En: *The American Journal of Comparative Law*. No. 1. Volumen XLV. 1997; p. 5.

(12) El sentido del presente acápite se inspira en las ideas contenidas en SACCO, Rodolfo. *Diversity and uniformity in the law*. En: *The American Journal of Comparative Law*. No. 2. Volumen XLIX. 2001; pp. 171 y siguientes; en particular pp. 179-189.

(13) PARADISO, Massimo. *La responsabilità medica: Dal torto al contratto*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XLVII. No. 3. 2001; pp. 325 y siguientes.

(14) Por tal motivo, algunos operadores del *Common Law* es la de trasladarse al ámbito contractual, aunque sea a nivel parcial.



## Renzo E. Saavedra Velazco

médico y en ordenar el desplazamiento del peso económico del daño, en cambio se discrepa en el interés afectado (el crédito o el derecho a la integridad) y naturalmente en el alcance de la reparación.

Lo anterior ocasiona una pregunta inmediata, ¿por qué surgen las discrepancias? La respuesta no está exenta de interés ni de complicaciones. Tal vez la mejor respuesta que pueda ensayar en estas breves líneas sea la diferencia cultural. No me refiero exclusivamente a las diferencias en el campo jurídico, aludo más bien a la historia, a los valores involucrados, al propio modo en que se piensa y siente en una sociedad.

En los sistemas del *Civil Law* se coloca el acento en el principio *pacta sunt servanda* y se aspira a que los agentes económicos se preocupen por el interés de sus contrapartes. Este dato es de suma utilidad para explicar porque maduró la buena fe como concepto jurídico, además de dar luces acerca de su poder expansivo, en particular en sistemas de influencia germánica (noción que resulta ajena al *Common Law*<sup>(15)</sup>). En cambio, en los sistemas de influencia gala, la buena fe despliega un rol más modesto<sup>(16)</sup>, aunque se ve suplida por la amplitud de criterio de los jueces, quienes optan por insertar un conjunto de deberes de conducta al interior de la prestación. Así el resultado en ambos grupos de sistemas jurídicos resulta, salvo excepciones, sustancialmente similar<sup>(17)</sup>.

Por su parte, en los sistemas jurídicos del *Common Law* los compromisos se limitan a aquello expresamente estipulado; como consecuencia, las interferencias externas del juez, a través del reconocimiento de obligaciones más allá de lo convenido, son esporádicas y excepcionales. En un contexto como el descrito resulta previsible que no se afirme la

responsabilidad contractual del médico, dada la ausencia de un pacto expreso en ese sentido y al hecho que el juez debería fundar un deber de comportamiento frente al paciente; es en este punto donde la figura de los *torts* contribuirá a suplir las “deficiencias” o “peculiaridades” de su régimen contractual. En el sistema estadounidense la responsabilidad médica se reprime a través del *tort by negligence*, por lo que la víctima (paciente) se encontrará forzada a probar la negligencia del médico para atribuirle responsabilidad, una exigencia extraña a su régimen de responsabilidad contractual construido fundamentalmente en base a criterios objetivos<sup>(18)</sup>.

El lector podría pensar que me he ido alejando del propósito de estas líneas, sin embargo no es así. Los temas abordados tienen por propósito mostrarle al lector cómo aspectos considerados universales admiten multiplicidad de soluciones, las cuales se descubren merced al estudio del derecho comparado. Como afirmé, suele pensarse que el contrato tiene alcances más o menos similares en todos los sistemas jurídicos, desafortunadamente tal apreciación difiere en mucho de lo que se percibe en la praxis jurídica.

Al analizar la responsabilidad médica señale que en el *Civil Law* se la califica de contractual, no a causa de la celebración de un contrato

---

A tal efecto, consúltese a ATIYAH, P. S. *Medical malpractice and the Contract/Tort boundary*. En: *Law and Contemporary Problems*. No. 2. Volumen IL. 1986; pp. 287 y siguientes.

- (15) Nótese que digo ajena y no desconocida. En el *Uniform Commercial Code* estadounidense hay disposiciones que recogen la buena fe pero sin vocación de generalidad. Por su parte, los tribunales y la doctrina tampoco la reciben con atención, antes bien se resaltan las incoherencias que generaría su incorporación. Para ello se sugiere la lectura del ensayo de TEUBNER, Gunther. *Legal irritants: Good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences*. En: *Modern Law Review*. No. 1. Volumen LXI. 1998; pp. 11 y siguientes.
- (16) WHITTAKER, Simon y Reinhard ZIMMERMANN. *Good faith in European contract law: Surveying the legal landscape*. En: AUTORES VARIOS. *Good faith in European contract law*. Editado por Reinhard Zimmermann y Simon Whittaker. Cambridge: Cambridge University Press, 2000; pp. 7 y siguientes en particular pp. 37 y 38.
- (17) MOSCATI, Enrico. *I remedi contrattuali a favore dei terzi*. En: *Rivista di diritto civile*. Año XLIX. No. 4. 2003; pp. 357-393.
- (18) SCOTT, Robert E. *In (partial) defense of strict liability in contract*. En: *Michigan Law Review*. No. 8. Volumen CVII. 2009; pp. 1381 y siguientes.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

(aunque también se alega), sino porque estamos ante una relación jurídico obligatoria que exige un cúmulo de deberes de conducta dirigidos a evitar la producción de daños en la esfera jurídico-patrimonial del paciente. El razonamiento es más o menos el siguiente: los pacientes buscan al médico para superar (o mejorar) su actual estado de salud (o para prevenir enfermedades), entonces es de esperar que el médico se encuentre obligado a realizar todas las actividades tendentes a mejorar la salud del paciente y, en paralelo, estará obligado a no empeorar la situación actual del paciente. Nótese que en este último caso no describo un deber negativo, sino una conducta positiva y cualificada<sup>(19)</sup>: “comportarse con la diligencia requerida por las circunstancias y por el *standard* profesional exigible a un médico”. Consecuentemente, la noción de contrato se nos revela en toda su amplitud pues se admite la posibilidad que el contrato trasmita u otorgue ventajas inmateriales a las partes, sin limitarse a las conductas cuyos resultados son perceptibles a los sentidos.

Creo importante acotar que mi última afirmación se realiza al margen de la disquisición teórica sobre la estructura simple o compleja de la relación obligatoria, circunscribiéndome solamente al alcance de la relación contractual. En nuestros sistemas jurídicos se admite, por ejemplo, la posibilidad que el contrato produzca efectos reales<sup>(20)</sup> y no únicamente

efectos obligacionales<sup>(21)</sup>. La autonomía de los particulares encuentra así muy pocos límites en la calificación de una serie de acuerdos, la tendencia anotada es incluso más fuerte en los sistemas jurídicos de influencia germana; situación que retomaré en la sección final del presente ensayo.

Detengámonos un momento en el *Common Law*. En los sistemas adscritos a esta familia jurídica la circunstancia es radicalmente opuesta a la apenas delineada, para que un acuerdo reciba la calificación de contrato no se enjuicia únicamente su conformidad con los grandes límites de la autonomía privada (no ocasionar externalidades y que el agente es racional)<sup>(22)</sup>, la ley exige un requisito ulterior. Como se entrevió al evaluar superficialmente el régimen de responsabilidad contractual, la regla general es la casi total imposibilidad de que las partes apelen a la heterointegración del contenido contractual (los denominados efectos *ex lege*) y, en consecuencia, las conductas comprometidas se circunscriben a lo acordado.

(19) En opinión de un sector de la doctrina esta sería una de las características que tipificaría al deber jurídico de cariz obligacional. Sobre el punto es ejemplar el texto de NICOLÒ, Rosario. *Le situazioni giuridiche soggettive*. En: AUTORES VARIOS. *Lecture di diritto civile*. Recogidas por Guido Alpa y Paolo Zatti, Cedam. Padua: 1990; pp. 133 y siguientes.

(20) En los sistemas italiano y francés se admite, por ejemplo, que el mero acuerdo de las partes pueda provocar la transferencia de la propiedad inmueble, generándose el denominado principio del consenso traslativo. Al respecto léase BIANCA, Massimo. *Reflexiones sobre el principio del consenso traslativo*. Traducción de Gastón Fernández Cruz. En: *Themis*. Segunda época. No. 38. Lima: 1998; pp. 73 y siguientes.

(21) En el sistema alemán ante la gran amplitud, y la propia centralidad, del concepto de relación obligatoria se entiende que el contrato es sólo una de las fuentes de las obligaciones, aunque ciertamente resulta la más importante. Tampoco podría llegarse a afirmar que la noción de *Vertrag* (o contrato en alemán) se limita a la obligación, toda vez que alcanza a relaciones en la que no existe el elemento patrimonial o en los que se produce la transferencia de la propiedad (por obra de un negocio real abstracto, el cual tiene distinto cariz en relación al principio del consenso traslativo). Sobre tan compleja materia véase SOMMA, Alessandro. *La nozione di Vertrag e la patrimonialità del rapporto*. En: *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*. Año L. No. 4. 1996; pp. 1125 y siguientes.

(22) En este punto opté por una calificación propia del análisis económico del Derecho con la intención de evitar la explicación de los diversos vicios y/o límites concretos a la autonomía privada, tales como no incurrir en *duress*, *unconscionability*, etcétera; instituciones con mayores o menores semejanzas a las que se encuentran en los sistemas jurídicos del *Civil Law*. En tanto que los conceptos de externalidad y la asunción de racionalidad son más conocidos para nuestros operadores jurídicos, dada la difusión del análisis económico del Derecho, preferí usar esta terminología que describe económicamente los vicios del consentimiento y/o las causales de invalidez a los que deseo aludir.



## Renzo E. Saavedra Velazco

En el sistema estadounidense los acuerdos recibirán la calificación de *contract* solamente si se constata la presencia de *consideration* (ahondaré en este requisito en el siguiente acápite). Es interesante conocer que los sistemas anglosajones, los cuales suelen proyectar una imagen de sistemas en los que la libertad contractual se ejerce con enorme amplitud, tienen un requisito formal que impone un límite de esta envergadura a la autonomía de los particulares<sup>(23)</sup>. Si bien desde un punto de vista teórico la noción de *causa* del negocio jurídico posee perfiles de un cariz similar<sup>(24)</sup> en ciertos sistemas del *Civil Law* (como límite a la autonomía de los particulares), debe reconocerse que dicha tendencia se bate en retirada en el campo práctico<sup>(25)</sup>.

Retomando el sentido del presente acápite, el contrato como herramienta se ha convertido en un producto jurídico homogéneo en lo relacionado a las operaciones de intercambio, donde las diferencias son muy superficiales. Por su parte, cuando nos desplazamos a los servicios o a las actividades ejecutadas por los contratantes (obligaciones de hacer), las diferencias afloran no solo en lo relativo a la calificación jurídica, sino que se extienden a los conceptos esgrimidos para lograr coerción<sup>(26)</sup>. A menudo no se brinda *enforcement* jurídico para ciertos acuerdos no contractuales, en particular en los sistemas anglosajones, aunque es posible usar figuras ajenas (pero complementarias) al derecho de los contratos para forzar su cumplimiento.

En síntesis, en el campo contractual existe una convergencia clara acerca de la uniformidad de los problemas sociales que se

buscan solucionar. Asimismo, la convergencia entre los sistemas se expresa exclusivamente en la equivalencia funcional de las instituciones y no en lo relativo a las explicaciones y categorías empleadas, las cuales en ocasiones divergen en un margen muy apreciable. Afortunadamente, la diversidad anotada potencia la variabilidad y la flexibilidad de los sistemas jurídicos, favoreciendo la circulación de modelos innovadores. Así, los operadores jurídicos de diversos sistemas han detectado que los acuerdos obtenidos fruto de la iniquidad no deben ser coercibles. Empero para lograr ese objetivo se esgrimen explicaciones distintas y las sanciones aplicables también divergen, esto permite que un legislador lúcido pueda evaluar los remedios y explicaciones ofrecidas para elegir la opción más justa y eficiente a la luz de las peculiaridades de su propio sistema. Naturalmente, en ocasiones no se advierte variabilidad en las soluciones o explicaciones y la convergencia se revela en toda su magnitud. La uniformidad jurídica facilita la labor de los profesionales del derecho y de los comerciantes (un deseo que subyace a los acuerdos comerciales o Tratado Libre Comercio), aunque dicha ventaja también trae aparejado un costo oculto que en algún momento se revelará<sup>(27)</sup>: la falta de

- (23) Un asunto que llevó a FULLER, Lon. *Consideration and form*, en *Columbia Law Review*. Volumen XLI. No. 5. 1941; pp. 799 y siguientes; a evaluar la pertinencia de este requisito; años más tarde KENNEDY, Duncan. *From the will theory to the principle of private autonomy: Lon Fuller's "Consideration and form"*. En: *Columbia Law Review*. No. 1. Volumen C. 2000; pp. 799 y siguientes; retomaría el discurso y estudiaré a fondo los ligámenes con el derecho europeo del siglo XIX y la evolución de estas nociones en los Estados Unidos de América.
- (24) El paralelo sugerido se ha efectuado en más de una ocasión, tal como se observa en las investigaciones de LORENZEN, Ernest. *Causa and consideration in the Law of Contracts*. En: *Yale Law Journal*. No. 7. Volumen XXVIII. 1919; pp. 621 y siguientes; y MARKESINIS, Basil. *Cause and consideration: A study in parallel*. En: *Cambridge Law Journal*. No. 1. Volumen XXXVII. 1978; pp. 53 y siguientes.
- (25) Esto aun en contra de la percepción del profesor FERRI, Giovanni Battista. *La presencia invisible de la causa del contrato*. Traducción de Carlos Zamudio Espinal. En: AUTORES VARIOS. *Negocio jurídico y responsabilidad civil: Estudios en memoria del profesor Lizardo Taboada Córdova*. Edición a cargo de Freddy Escobar Rozas, Leysser L. León, Rómulo Morales y Eric Palacios Martínez. Lima: Grijley, 2004; pp. 263 y siguientes.
- (26) Al respecto sería de interés la consulta de AUTORES VARIOS. *The enforceability of promises in European Contract Law*. Edición a cargo de James Gordley. Cambridge: *Cambridge University Press*, 2001; *passim*.
- (27) Asunto delineado previamente en SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *El método y el rol de la comparación jurídica: Observaciones en torno a su impacto en la mutación y en la adaptación jurídica*. En: *Advocatus*. No. 25. 2012; pp. 193 y siguientes.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

adaptabilidad a nuevas realidades o a las nuevas necesidades gestadas en nuestras sociedades a causa de los cambios culturales, económicos o políticos<sup>(28)</sup>.

Una vez delineados los límites y las consecuencias de la investigación, es innecesario subrayar la necesidad de hilar fino en este campo y no incurrir en generalizaciones. Desafortunadamente, en nuestro país no se ha iniciado el estudio de estas materias (y menos aun aprovechando las herramientas de la comparación jurídica), constatación muy peculiar dado el creciente número de profesionales y académicos peruanos que cursan estudios de post-grado en universidades estadounidenses<sup>(29)</sup>.

### 3. El *contract* estadounidense en contraste con el contrato peruano

Si se desea reconstruir la noción de *contract* en los Estados Unidos de Norteamérica no puede obviarse la enunciación del *Restatement (Second) of Contracts*. En efecto, allí se expresa que:

“§ 1. Definición de contrato

Un contrato es una promesa, o un conjunto de promesas, ante cuyo incumplimiento el derecho otorga un remedio o ante cuyo incumplimiento el derecho reconoce la existencia de un deber”.

La definición revela un conjunto de datos del sistema estadounidense, desde su clara impronta remedial (existirá un derecho mientras se reconozca un *remedy* para su tutela<sup>(30)</sup> o, si se quiere, *ubi remedium ibi ius*)<sup>(31)</sup> hasta la propia circunstancia que el contrato importa un compromiso recíproco o un intercambio de promesas (*quid pro quo*)<sup>(32)</sup>. Por razones de oportunidad y de espacio restringiré el desarrollo de estas características a lo estrictamente necesario, toda vez que cada una de ellas merecería un estudio autónomo. En síntesis, el derecho estadounidense se erige sobre la base de los mecanismos procesales dirigidos a la protección de los intereses jurídicamente relevantes, por tanto solo si existe una vía procedimental para tutelar un interés concreto podrá concluirse que hay un derecho subyacente en favor de cierto sujeto. De igual manera, el *contract* estadounidense no es un acuerdo entre los involucrados, sino más bien la operación económica de intercambio recíproco (*consideration*)<sup>(33)</sup>.

En el ambiente anglosajón, la *consideration* es conceptuada<sup>(34)</sup> como el cumplimiento del

- (28) En mi opinión es interesante constatar el ligamen entre esos cambios y el alcance de los derechos (sin pasar por alto los mecanismos de tutela) en el pensamiento de autores del siglo XIX. Al respecto léase el artículo de WARREN, Samuel y Louis, BRANDEIS. *The right to privacy*. En: *Harvard Law Review*. No. 5. Volumen IV. 1890; pp. 193 y siguientes; el cual prácticamente acuñó el concepto de privacidad.
- (29) LEÓN HILARIO, Leysser. *Common Law vs. Civil Law: La competencia entre ordenamientos jurídicos*. En: *Foro Jurídico*. Año IV. No. 7. 2007; p. 266.
- (30) Bajo esta óptica se comprenderá mejor la afirmación de HOLMES JR., Oliver. *The path of the law*. En: *Harvard Law Review*. Volumen X. 1897; pp. 457 y siguientes; en particular p. 458, sobre que un derecho “no es más que la predicción de que si un sujeto hace u omite cierta conducta será constreñido de una otra u otra manera por el juicio de un tribunal”.
- (31) Idea afirmada por FRIEDMANN, Daniel. *Rights and remedies*. En: AUTORES VARIOS. *Comparative remedies for breach of contract*. Editado por Nili Cohen y Ewan McKendrick. Hart Publishing Oregon, 2005; pp. 3 y siguientes; quien analiza las diversas maneras bajo las cuales se puede estudiar la relación entre el derecho sustantivo y el remedio o el mecanismo procesal instaurado para su protección.
- (32) MOCCIA, Luigi. voz *Contract*. En: *Enciclopedia giuridica Treccani*. Volumen VIII, *Istituto della enciclopedia italiana*. Roma: 1988; pp. 14-19 (de la separata).
- (33) No es la idea del *agreement* la que genera la vinculatoriedad entre las partes, ese rol lo desempeña el dato objetivo de los sacrificios y las ventajas patrimoniales intercambiadas. No obstante ello, hay quien reformula parte de estas ideas para construir una idea del consentimiento contractual también en el sistema jurídico estadounidense, BARNETT, Randy. *A consent theory of contract*. En: *Columbia Law Review*. No. 2. Volumen LXXXVI. 1986; pp. 269 y siguientes; en particular pp. 291 y siguientes.
- (34) FARNSWORTH, Allan. *Contracts*. 3ra. Edición. Nueva York: Aspen Law & Business, 1999; pp. 9-26; y GORLA, Gino. voz *Consideration*. En: *Enciclopedia del diritto*. Volumen IX. Milán: Giuffrè, 1961; pp. 176-178.



## Renzo E. Saavedra Velazco

*quid pro quo*. En términos más cercanos al sistema europeo continental podría decirse que bajo tal noción se grafica la idea de una relación obligatoria en que la parte deudora se compromete a realizar una conducta siempre que su contraparte realice otra, esto es, *do ut des* (doy para que des). A pesar de ciertos autores (nacionales y extranjeros)<sup>(35)</sup> juzgan, erróneamente, que la formulación de la *consideration* se reconduce al profesor Christopher Columbus Langdell, solo a finales del siglo XIX (en concreto 1870)<sup>(36)</sup>, lo real es que su desarrollo se extiende a lo largo de varios siglos. No pretendo agotar tan compleja materia, bastará aquí precisar que en el siglo XII los jueces ingleses delinearon la *action of covenant* como una pretensión jurídica para afrontar el incumplimiento de una promesa emitida por escrito y *under seal*<sup>(37)</sup> (o contrato formal); luego en el siglo XV implementaron la lógica de los *torts* a través de la *action of assumpsit*, con ella se arguyó que si alguien se comprometía a realizar cierta conducta debía cumplirlo, de tal suerte que si no lo hacía se le forzaba a reparar al promisorio colocándolo en aquella posición en la que se encontraba antes de la emisión de la promesa por parte del promitente; finalmente, en el siglo XVI se acuñó el término *consideration* para hacer referencia a los requisitos legales para otorgar la *action of assumpsit*<sup>(38)</sup>.

No obstante el tiempo transcurrido, la *consideration* todavía causa severos dolores de cabeza a los profesionales del derecho en el sistema estadounidense. Así, en el *Restatement (Second) of Contracts* se intenta precisar que:

“§71. Requisitos del intercambio; tipos de intercambio

(1) Para que exista *consideration* debe pactarse la ejecución de una conducta o el intercambio de una promesa.

(2) La ejecución de una conducta o el intercambio de una promesa se pactan si a cambio de la promesa del

promisorio se busca que el promisorio otorgue en reciprocidad una promesa”.

Consecuentemente, las promesas que no cumplan con este requisito no otorgarán a las partes una acción contractual en caso se verifique un incumplimiento. Naturalmente, esto motivó una discusión acerca de si un precio ínfimo otorgado en reciprocidad de una promesa importaba el cumplimiento de este requisito (*peppercorn theory of consideration*)<sup>(39)</sup>, pues podía argüirse que formalmente existía *quid pro quo*. A la luz de estas circunstancias, se inició un proceso dirigido a objetivar la noción de contrato para definirla como acuerdo; tendencia que no es juzgada de manera favorable por todos e incluso es calificada como una discusión inútil<sup>(40)</sup>.

La complejidad se torna incontestable cuando se añade la doctrina del *promissory estoppel*. De acuerdo a esta doctrina, una promesa será jurídicamente coercible, a pesar de no cumplir con los requisitos exigidos para ser calificado como contrato, si es que se trata de:

“§ 90. Una promesa que razonablemente induce una acción o una omisión

Una promesa que el promisorio podía razonablemente suponer que induciría una acción o una omisión de parte del promitente o de una tercera persona y que no induzca tal acción u omisión será vinculante si dicha injusticia puede evitarse solo si se fuerza el cumplimiento de la

(35) LENGUA, Rafael. *¡Hazle caso a papá, que él siempre sabe qué es lo mejor para ti!* En *Advocatus*. No. 8. 2003; p. 239; nota 9.

(36) En ese año el profesor Langdell fue designado como decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Harvard, además fue quien promovió, desde su cátedra en el curso de *Contracts* y de Decano, el empleo del *case-method*; por este motivo, hay quienes lo ven como el padre de tal método.

(37) MOCCIA, Luigi. *Óp. cit.*; p. 21 (de la separata).

(38) SIMPSON, A. W. Brian. *A history of Common Law of Contracts: The rise of the action of assumpsit*. Londres: Oxford University Press, 1996; pp. 199 y siguientes; en particular pp. 316-326.

(39) POLUBINSKY JR., Edmund. *The peppercorn theory and the Restatement of Contracts*. En: *William and Mary Law Review*. No. 1. Volumen X. 1968; pp. 201 y siguientes.

(40) TEDESCHI, Guido. *Some aspects of the concept of contract*. En: *Israel Law Review*. No. 2. Volumen I. 1966; pp. 223-249.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

promesa. El remedio otorgado por el incumplimiento se limitará según lo exija la justicia”.

¿Qué significa ello? El operador jurídico estadounidense no evalúa la existencia de consenso entre las partes para calificar la transacción como *contract*. A diferencia de lo que sucede en los sistemas jurídicos del *Civil Law*, en el *Common Law* el consentimiento no resulta *per se* un sinónimo de *contract*, el acento es colocado en la existencia de un intercambio de promesas y eventualmente en un sacrificio o detrimento sufrido por quien confió razonablemente en la seriedad de la conducta o las declaraciones del promitente. Considero que lo descrito permite entrever la complejidad del *contract* estadounidense y la dificultad de calificar una pretensión como contractual, sobre todo porque ambos asuntos no se limitan al plano teórico.

En efecto, si bien hasta este momento me limité únicamente a exponer diferencias teóricas, lo interesante es resaltar cómo las nociones formuladas en el sistema estadounidense tienen una incidencia en el campo práctico. Para acreditar esta circunstancia basta con repasar algunas figuras que en nuestro Código Civil reciben la calificación de contrato pero que no ostentan la calidad de *contract* en el sistema estadounidense.

Iniciaré con el caso más conocido: la donación. En el sistema estadounidense la donación no es un *contract* a causa de la ausencia de *consideration*. Como se sabe, a través de la donación una persona otorga a otra un beneficio, sin que el donatario otorgue o se obligue a otorgar alguna ventaja o contraprestación al donante; ante ello resulta evidente que no se cumpliría con el requisito. No niego que eventualmente la promesa de donación sea coercible jurídicamente en el sistema jurídico estadounidense, aunque para ello deberá acreditarse los requisitos del *promissory estoppel* o bien verificar si la promesa fue emitida bajo formalidad (*under seal*). Me explico: Si el promitente emitió su promesa de donación en un documento formal al que se le denomina *deed*<sup>(41)</sup>, estaríamos ante un *act under seal*; entonces la promesa será coercible como si fuera un contrato, a pesar de

que no se le reconozca dicha naturaleza. Lo apenas descrito se replicará para los casos de promesas unilaterales (*deed of covenant*) y para la remisión de deudas (*deed of release*).

Es momento de evaluar ejemplos reconducibles a la categoría de los contratos reales. Como se sabe, con esta denominación se alude a aquellos contratos que quedan perfeccionados solo cuando se efectúa la entrega del bien materia de la operación, por lo que hasta antes de ese momento no existe propiamente un contrato; vale decir, solamente a partir de la entrega del bien se desplegarán los efectos obligacionales ligados a su tipo contractual. Algunos ejemplos clásicos de estos contratos, por lo menos para el *Civil Law*, son el comodato y el depósito; en ambos resulta predominante el interés de la persona que entrega el bien (el comodante y el depositario). No obstante que la celebración del contrato se produce con posterioridad al *acuerdo*, en la mayoría de los sistemas del *Civil Law* no se ha dudado en calificarlos como contratos, mientras que en el *Common Law* reciben la denominación de *bailments*<sup>(42)</sup>.

Bajo esta estructura se juzga que el deber de restituir y custodiar a cargo del *bailee* deriva no de un contrato sino de la situación de hecho en la que se encuentra: la posesión física del bien; mientras que el derecho del *bailor* a que se le restituya el bien resulta de carácter real. Dicho en palabras llanas, la acción para obtener la restitución del bien entregado en comodato o en depósito no deriva de la existencia de un eventual contrato, tampoco la acción para pretender la reparación de los daños irrogados al bien entregado en comodato o

(41) Bajo este término se reconducen todos los actos que no importan una operación económica de intercambio pero sí operaciones jurídicas que importan la asignación de ventajas. Al respecto, véase FERRARI, Franco. *La formación del contrato*. En: AUTORES VARIOS. *Atlas de Derecho privado comparado*. Coordinado por Francesco Galgano. Traducción de Juan Antonio Fernández Campos y Rafael Verdura Server. Madrid: Fundación Cultural del Notariado, 2000; p. 129.

(42) PALMER, N. E. *Gratuitous bailment: Contract or tort?* En: *The International and Comparative Law Quarterly*. No. 3. Volumen XXIV. 1975; pp. 565 y siguientes.



## Renzo E. Saavedra Velazco

depósito emana de una eventual e hipotética relación jurídica contractual; en realidad estas pretensiones se sustentan en la calidad de propietario ostentada por el *bailor*. Así las cosas, la idea del *bailment* se coloca a mitad de camino entre las instituciones del contrato y la responsabilidad extracontractual.

La noción de contrato en el sistema jurídico peruano resulta mucho más amplia que el *contract* estadounidense, tal como se observa al verificar como un conjunto de los contratos típicos en nuestro Código Civil (donación, depósito y comodato) no podrían calificarse de *contracts*. Por si fuese necesario recordarlo, el artículo 1351 del Código Civil define al contrato como: "(...) el acuerdo de dos o más partes para crear, regular, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial"; con lo cual el énfasis se coloca en el acuerdo y en la relación jurídica sobre la que recae el contrato, casi sin dispensar atención a la estructura interna.

En las legislaciones civiles de países como Francia e Italia sí se incluye una norma que discipline los requisitos estructurales del contrato, a semejanza de lo que sucede con el segundo párrafo del artículo 140 del Código Civil. Piénsese, por ejemplo, en la conjunción de los artículos 1321 y 1325 del *Codice Civile*, los cuales señalan respectivamente: "El contrato es el acuerdo de dos o más partes para constituir, regular o extinguir una relación jurídica patrimonial entre ellas" y "Los requisitos del contrato son: 1) El acuerdo de las partes; 2) La causa; 3) El objeto; 4) La forma, cuando resulta prescrita por la ley bajo sanción de nulidad"; o en los artículos 1101 y 1108 del *Code Napoléon*, normas que disponen respectivamente: "El contrato es un convenio por el cual una o varias personas se obligan, frente a una u otras varias, a dar, a hacer o no hacer algo" y "Cuatro requisitos son esenciales para la validez de los contratos: 1) El consentimiento de la parte que se obliga; 2) su capacidad de contratar; 3) un objeto cierto que forme la materia del compromiso; y, 4) una causa lícita en la obligación".

Los artículos 1321 del *Codice Civile* y 1351 del Código Civil peruano tienen coincidencias más que sustanciales, a diferencia de estas disposiciones con el artículo 1101 del *Code Napoléon*, donde la atención se centra exclusivamente en la

relación obligatoria. Tal vez la discrepancia común más saltante entre los mencionados Códigos Civiles y la norma nacional sea la mención expresa que los primeros hacen al concepto de causa. En mi opinión, no es este el lugar ni la oportunidad para debatir si la definición de contrato acogida en el Perú incluye o no el requisito de causa, sea en materia contractual sea en materia negocial, lo indudable es que el legislador patrio limitó el campo de actuación del contrato a las relaciones patrimoniales y no a la obligación (no digo que sea una noción muy restringida dada la enorme amplitud alcanzada por la obligación en el sistema alemán).

Ahora, ¿qué se entiende por relación patrimonial? Por un lado, hay académicos que sostienen la necesidad de valuación económica del derecho sobre el cual recae el pacto; otros, muy por el contrario, afirman que el acuerdo deberá recaer en una relación susceptible de disposición, así la patrimonialidad pasaría a ser entendida como un sinónimo de disponibilidad. En el Perú, incluso, aunque limitado al campo de las obligaciones, hay quien se anima a sugerir un test de patrimonialidad, el cual incluiría la conformidad con los grandes lineamientos de la convivencia pacífica (orden público o buenas costumbres)<sup>(43)</sup>; situación que redundaría incuestionablemente en un test de juridicidad del vínculo creado, anulando la autonomía de ambas valoraciones. No se me malinterprete, no estoy en desacuerdo con quedarnos con un único test, lo único que deseo señalar es la enorme discusión sobre la materia y la poca relevancia práctica anexa a su solución.

Todas las posiciones reseñadas pueden recibir severas críticas. La primera por ignorar que, por ejemplo, con la transacción se dispone

(43) Sobre el tema resulta necesario remitirnos a la opinión de FERNÁNDEZ CRUZ, Gastón. *La Obligación: Apuntes para una dogmática jurídica del concepto*. En: *Themis*. Segunda Época. No. 27 y 28. 1994; pp. 41 y siguientes; en particular p. 53; y FORNO FLOREZ, Hugo. *Apuntes sobre el contenido patrimonial de la obligación*. En: *Advocatus*. No. 10. 2004; pp. 173 y siguientes.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

en ocasiones de pretensiones referidas a derechos que carecen de valoración económica directa (la vida, la libertad, la integridad física, etcétera); aunque sagazmente alguien podría replicar que en realidad se dispondría justamente de la pretensión de reparación de daños que sí poseería valoración económica mas no del derecho en sí mismo considerado. Esta respuesta responde solo la mitad de la controversia, toda vez que la noción de reparación no tiene necesariamente por qué encontrarse ligada a un desembolso dinerario, como se observa en los supuestos de reparación *in natura*. Por otro lado, también erraría en la medida que intenta extraer el elemento patrimonial de la relación de las consecuencias legales de la infracción de una titularidad, es decir, se afirma que algo es patrimonial en la medida que el remedio otorgado para su protección lo es; tal razonamiento viola principios básicos de toda lógica jurídica (intentar definir la esencia de una figura en base a elementos patológicos, que son excepcionales). Acaso la crítica más sencilla de formular sea la siguiente: la idea misma de relación patrimonial no debe ligarse a la valoración económica, existen relaciones patrimoniales que no son susceptibles de disposición, por lo que no podrían incorporarse en un contrato (son ejemplos claros la regulación del régimen del matrimonio a través de *prenuptial agreements* o los mecanismos para-sucesorios).

Por su parte, si se asumiese la identidad conceptual entre patrimonialidad y disponibilidad se incurriría en un error al confundir categorías distintas. La noción de disponibilidad importa un juicio eminentemente jurídico, reconocer si un individuo puede originar determinado efecto al encontrarse tal competencia dentro de sus atribuciones o, sin más, si la producción del efecto buscado se subsume en la noción de autonomía de los particulares. La idea de patrimonialidad tendría, por fuerza, que agregar algo a la disponibilidad como rasgos distintivo de la noción de autonomía de los particulares; desafortunadamente con esta posición simplemente se reitera y no se enriquece el discurso jurídico ni se soluciona a un inconveniente detectado en la praxis.

En lo que a mí respecta considero poco útil el debate sobre la patrimonialidad. La razón es una sola: En el Derecho Civil se entiende que la correlación entre un derecho subjetivo relativo y un deber jurídico específico (o de cooperación) da vida a una relación patrimonial, ello en la etapa fisiológica; en cambio la correlación entre un derecho subjetivo absoluto y un deber jurídico de carácter genérico (o de conservación)

no da vida, generalmente, a una relación (justamente porque no hay determinabilidad en el sujeto pasivo), excepcionalmente esta se gestará en la etapa patológica. Entonces, la noción de patrimonialidad sería, en última instancia, solamente la descripción de la autonomía de los particulares (un juicio de juridicidad); una descripción de la correlación entre derechos subjetivos y deberes jurídicos entendidos ambos en términos técnicos (por lo que sería superflua pues para eso ya se tienen categorías concretas); o reiteraría que el objeto de la relación es susceptible de valoración económica directa, con lo cual dicho juicio quedaría circunscrito a confirmar si en la sociedad en el momento en que se suscribió el acuerdo existía un mercado para tal bien (entendido en términos amplios).

En conclusión, considero que la idea de patrimonialidad no aporta ni quita nada al debate, en ocasiones se subsumirá en la noción de disponibilidad y en otras ocasiones se confundirá la patrimonialidad del remedio jurídico con la patrimonialidad de la relación (o situación) jurídica originaria.

A fin de culminar el análisis de la noción de *contract* estadounidense, se observa algo claro. El instrumento *contract* en el sistema estadounidense tiene límites más estrechos de lo que se piensa, esto lleva a que los abogados y los académicos de tal nacionalidad usen un conjunto de nociones de otras ramas para suplirlo: fundamentalmente del campo del *Tort Law* y del *Law of Restitution*. La realidad es la opuesta en los sistemas del *Civil Law*, donde la noción de *Vertrag, contratto, contrat, etc.*, tiene mayores manifestaciones.

### **4. La divergencia al interior del Civil Law**

La atención dispensada a las diferencias entre la noción de contrato en el sistema peruano y su par estadounidense no significa en



## Renzo E. Saavedra Velazco

absoluto que en los países del *Civil Law* se experimente un fenómeno de convergencia jurídica sobre la materia, lo real es que el alcance de la noción de contrato varía inclusive entre países con tradiciones similares. Si bien estoy convencido que el sistema jurídico peruano es tributario de la regulación contractual italiana, esto no conlleva el reconocimiento de una sinonimia absoluta, sea en la legislación, sea en la doctrina.

Haré algunas precisiones sobre materias saltantes. La doctrina del contrato con efectos reales, sugerida con ocasión de la interpretación del artículo 949 del Código Civil, disfruta de un éxito apreciable en las aulas universitarias peruanas; probablemente a causa de la conocida autoridad de los académicos encargados de divulgarla en nuestro medio<sup>(44)</sup>. El argumento esgrimido por ellos no es complejo:

- a) El texto del artículo 949 del Código Civil es un reflejo del artículo 1172 del Código Civil de 1936 y este a su vez del artículo 1138 del *Code Napoléon*<sup>(45)</sup>, entonces debe apelarse al derecho francés para aclarar la regla formulada.
- b) En el sistema francés se emplea una ficción legal para aseverar que a la celebración del contrato se producía la desposesión del enajenante y correlativamente la adquisición de la posesión por parte del adquirente, generando la adquisición de la propiedad a favor del acreedor desde el mismo momento de su celebración (incluyendo la transferencia en términos físicos).
- c) El legislador italiano replicó la regla antes enunciada en el artículo 1125 del *Codice Civile* de 1865 pero sinceró la situación al redactar su nuevo Código Civil, manifestando que la entrega física no era necesaria para la producción de la transferencia jurídica; por lo que plasmó, con claridad, la eficacia real del contrato en el artículo 1376 del *Codice Civile* de 1942.

- d) La redacción de nuestro artículo 949 no guarda lógica alguna pues, bien vistas las cosas, no puede existir una obligación de enajenar, toda vez que no hay conducta del deudor capaz de transmitir un ente ideal como un derecho. En tal sentido, si uno desea transferir un derecho, la propiedad por ejemplo, tendría que recurrir a un instrumento de carácter jurídico como el contrato; sin olvidar un hecho trascendental, el deudor a la celebración del contrato no realiza ninguna conducta (recuérdese que es un acto del deudor el que constituye el objeto de la obligación).

No tengo ninguna objeción en relación a los primeros dos puntos, sin embargo, quisiera añadir ciertos datos respecto de los otros dos. Es cierto que el legislador italiano asumió una posición más consistente con la situación que deseaba regular, justamente por ello realizó un conjunto de agudas alteraciones en el artículo original francés. En mi opinión, hay una circunstancia que no debe ser pasado por alto, aunque desafortunadamente en nuestro sistema no se le ha dado el eco que merecería. Me refiero a la literalidad del propio *Codice Civile*, el cual señala:

“Artículo 1376. Contrato con efectos reales  
En los contratos que tengan por objeto la transferencia de la propiedad de una cosa determinada, la constitución o la transferencia de un derecho real o la transferencia de otro derecho, la propiedad o el derecho se transmiten y se adquieren

(44) La referencia es a FORNO FLOREZ, Hugo. *El contrato con efectos reales*. En: IUS ET VERITAS. Año IV. No. 7. Lima: 1993; pp. 77 y siguientes; y a ESCOBAR ROZAS, Freddy. *El contrato y los efectos reales: Análisis del sistema de propiedad adoptado por el Código Civil peruano*. En: IUS ET VERITAS. Año XII. No. 25. Lima: 2002, pp. 46 y siguientes.

(45) Artículo 1138 del Código Civil francés.

La obligación de entregar la cosa se perfeccionará por el simple consentimiento de las partes contratantes. Convertirá al acreedor en propietario y quedará la cosa bajo su riesgo desde el instante en que sea entregada aunque la tradición no se haya todavía efectuado, a menos que el deudor se hubiera constituido en mora en su entrega, en cuyo caso la cosa permanecerá bajo riesgo de este último.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

por efecto del consenso legítimamente manifestado de las partes”.

No es complicado percatarse la enorme diferencia de la redacción del artículo 1376 del *Codice Civile* y el artículo 949 del Código Civil, haciendo a un lado la discusión, en general, sobre si el contrato en el Perú puede o no generar efectos reales o si, en específico, el mero consenso es capaz de transmitir la propiedad; lo indudable es que la norma italiana tiene un alcance superior a cualquier interpretación posible de la norma peruana.

La norma italiana transcrita declara que el acuerdo de las partes no solamente tiene la aptitud de provocar la transferencia de la propiedad, sino que extiende esta potencialidad al resto de derechos reales. Asimismo, la norma admite que el efecto real se desplegará en la constitución y transferencia de derechos reales u otros derechos; en cambio, nuestro artículo 949 limita su regulación a una única vicisitud jurídica<sup>(46)</sup> (la transferencia) de un derecho (la propiedad) ligada a un tipo de bien (los inmuebles). Salvo mejor parecer, creo que la noción de contrato italiana resulta de un mayor alcance que su par en el Perú, justamente porque nuestra estructura legal tiende a poner el acento en el carácter obligacional de los efectos contractuales<sup>(47)</sup>.

No niego que el texto del artículo 1351 del Código Civil peruano permite ampliar los posibles efectos del contrato al hablar de relación jurídica patrimonial y no únicamente de obligaciones, pero en igual medida pienso que cuando habla de relación jurídica patrimonial intenta recalcar el tipo de vinculación entre las situaciones jurídicas involucradas (derecho de crédito/deber de comportamiento, derecho potestativo/estado de sujeción y así por el estilo) más que el tipo de efecto que provocará la relación instaurada entre las partes. Resulta indudable que en ciertas condiciones una cosa se encontrará

atada a la otra, un ejemplo claro es el contrato de opción como expresión de la relación entre un derecho potestativo y un estado de sujeción, toda vez que el efecto real se torna consustancial a la propia relación jurídica creada; en otros casos, no necesariamente será así (pensemos justamente en la *efficacia real* del contrato francés para la producción de la transferencia de bienes inmuebles, aunque la relación obligatoria es usada como vehículo para lograr tal objetivo).

Por su parte, con respecto a la imposibilidad de que una obligación pueda transmitir propiedad, es una posición sumamente discutible<sup>(48)</sup>. Desde el propio origen de la obligación de dar, se la forjó como mecanismo para viabilizar la transferencia del derecho de propiedad. En nuestro propio Código Civil se vislumbra dicha concepción cuando se constata que, por ejemplo, en el libro de obligaciones se regula el supuesto de concurrencia de acreedores (el género de la doble venta) y se califica la transferencia de propiedad (sea de bienes muebles, sea de bienes inmuebles) como obligación de dar; también se entrevé tal percepción cuando se emplea la prestación de dar como vehículo para transferir la propiedad, esto en la descripción de la compraventa del artículo 1529 del Código Civil. Consecuentemente, aseverar que es imposible que la obligación ocasione la transferencia de propiedad resulta impreciso, en especial cuando se sabe que, pese al tiempo transcurrido y a las páginas escritas, el objeto de la relación obligatoria no es definido

(46) Entiendo por vicisitud o mutación jurídica a los fenómenos de creación, modificación, regulación, extinción o transferencia de las situaciones o relaciones jurídicas. Tales fenómenos se producen regularmente por la verificación de un hecho, acto o negocio jurídico; o, en última instancia, por el empleo de una tutela jurídica.

Al respecto, véase MAIORCA Carlo. voz *Vicende giuridiche*. En: *Novissimo Digesto italiano*. Volumen XX. Turín: Utet, 1975; pp. 692-698.

(47) Una aseveración efectuada, en más de una ocasión, por el ilustre profesor DE LA PUENTE Y LAVALLE, Manuel. *El Contrato en General: Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*. 2da edición. Tomo I. Lima: Palestra, 2011; pp. 51-54 y 70-82.

(48) Al respecto CHIANALE, Angelo. *Obbligazione di dare e trasferimento della proprietà*. Milán: Giuffrè, 1990; pp. 3 y siguientes.



## Renzo E. Saavedra Velazco

de manera unívoca por la doctrina jurídica comparada<sup>(49)</sup>. La situación apenas aludida permitiría emplear a la obligación como mecanismo para lograr la transmisión de la propiedad, sobre todo si el objeto de la obligación no es concebido como la conducta desplegada por el deudor, sino como el beneficio resultante de dicha actividad<sup>(50)</sup>.

En definitiva, aun cuando uno reconozca la fuerte influencia de la legislación y doctrina italiana en el sistema nacional, no podrá afirmar que la noción de *contratto* italiana es sinónima de la noción peruana de contrato, ¡ni siquiera hay dicha coincidencia en el campo de los efectos! La constatación efectuada no tiene por propósito desdeñar la utilidad de las fuentes italianas en la comprensión de normas o figuras importadas de ese sistema, lo único que deseo demostrar con el análisis sugerido es que la convergencia jurídica no resulta total y que por este motivo debe ajustarse la interpretación a las peculiaridades del sistema nacional. De la misma manera, el análisis podría contribuir a alentar la investigación de sistemas jurídicos considerados ajenos al nuestro, en tanto que podrían existir coincidencias en las necesidades por satisfacer o en las soluciones propuestas.

Por otro lado, la diferencia entre el contrato peruano y el *Vertrag* alemán resulta significativa. La primera y más saltante diferencia de la regulación alemana respecto de sus pares peruano, francés e italiano se centra en la ausencia de disposiciones destinadas a la definición de lo que es el *Vertrag*<sup>(51)</sup>, antes bien regulan los negocios jurídicos individuales que permitirán concluir la existencia de un *contrato*. Me refiero a la oferta y a la aceptación<sup>(52)</sup> (§§ 145-157 del BGB), no solo queda allí la peculiaridad alemana, en el § 311 del BGB<sup>(53)</sup> se establece que para dar vida a una

relación obligatoria las partes deben celebrar un contrato. La última circunstancia anotada favorece aquellas opiniones que observan al consentimiento o acuerdo como el elemento más importante para la formulación de una noción teórico-sistemática del *Vertrag*, esto hace a un lado el análisis de la patrimonialidad como un requisito fundamental. La dificultad de intentar ofrecer una definición, y más aún limitar el campo de actuación del *Vertrag* a lo patrimonial, se revela en toda su magnitud cuando uno se percató del conflicto que tal labor generaría con las materias sobre las cuales recaen los acuerdos privados (obligaciones, derechos reales, derecho de familia y derecho hereditario). Esto en mi opinión no puede sino ser interpretada como una manera en la que el legislador alemán exaltó la libertad individual de sus ciudadanos al ofrecer una herramienta jurídica como el contrato para lograr la satisfacción de sus necesidades.

En lo relativo al contenido o a lo que puede ser materia de un *Vertrag* a diferencia del contrato de nuestro sistema, las discrepancias no pueden ser más marcadas. En el Perú, por ofrecer algunos ejemplos, no se admiten los denominados pactos sucesorios, es decir, acuerdos que involucran derechos y bienes que formen (o formarán) parte de una herencia futura, por lo que se creyó apropiado sancionar con nulidad cualquier intento privado por

(49) Debe recordarse, como lo hace FERRI, Luigi. *Lecciones sobre el contrato: Curso de Derecho Civil*. Traducción de Nélvor Carreteros Torres. Lima: Grijley, 2004; pp. 250 y 251; que la creación del contrato con efectos reales es un hecho reciente. En el pasado se apelaba a la estructura de la obligación para producir la transferencia del derecho de propiedad.

(50) SCHLESINGER, Piero. *Reflexiones sobre la prestación debida en la relación obligatoria*. En: *Themis*. Segunda Época. No. 38. 1998; pp. 59 y siguientes; en particular pp. 60 y 61.

(51) SOMMA, Alessando. *Op. cit.*; pp. 1125 y 1126.

(52) MARKESINIS, Basil; Hannes UNBERATH, y Angus JOHNSTON. *The German Law of Contract: A Comparative Treatise*. 2da edición; enteramente revisada y actualizada. Oxford y Portland: Hart Publishing, 2006; pp. 26 y 27.

Hay quien afirmó que la noción de contrato en el sistema alemán se encuentra sometida por la más amplia definición de negocio jurídico. Sobre el punto consúltese el trabajo de OSTI, Giuseppe. *Contratto*. En: *Novissimo Digesto Italiano*. Volumen IV. Turín: Utet, 1957; pp. 462 y siguientes.

(53) *Infra* nota 61.

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

implementarlos<sup>(54)</sup>; por el contrario, dentro del sistema alemán, los mecanismos contractuales para cumplir objetivos sucesorios son muy conocidos para los especialistas en derecho hereditario<sup>(55)</sup>. En el *Bürgerliches Gesetzbuch* (BGB) se reconoce la posibilidad de que los particulares empleen sendas estructuras contractuales para satisfacer objetivos sucesorios, más en concreto se admite la celebración de pactos institutivos y pactos abdicativos<sup>(56)</sup>. De igual manera, la doctrina germana reconoce sin mayores reparos la existencia de contratos de derecho familiar, tales como el matrimonio y los contratos cuyo propósito es la regulación de las relaciones patrimoniales de los cónyuges<sup>(57)</sup>.

Llegado a este punto me veo obligado a detenerme brevemente en dos nociones basilares y de carácter transversal al derecho contractual alemán. Naturalmente quiero aludir al principio de separación (*Trennungsprinzip*) y al principio de abstracción (*Abstraktionsprinzip*). En Alemania se diferencia con claridad el negocio jurídico que da vida a la relación obligacional, del negocio jurídico que produce la vicisitud o mutación jurídica; situación que permite afirmar la absoluta independencia de la validez de ambos negocios. En virtud a ello, cabe precisar que la diferencia entre los negocios mencionados se produce por obra del principio de separación, mientras que la independencia del juicio de validez se sustenta en el principio de abstracción.

La necesidad que busca satisfacerse con la formulación de estos principios es clara: blindar las transacciones económicas, dotando de certidumbre al tráfico jurídico. Por lo general, cuando se desea provocar la transferencia de un derecho subjetivo se dará vida a un negocio jurídico obligacional (*Verpflichtungsgeschäft*) y a un negocio jurídico dispositivo (*Verfügungsgeschäft*), cada uno abocado a cumplir un objetivo concreto. Sin embargo, al afirmarse la existencia

y la diferencia entre estos negocios se deberá luego contrastar los negocios causales y los negocios abstractos; siendo negocios causales los que involucran obligaciones y abstractos los referidos a la transferencia de titularidades. Los negocios abstractos no tienen la razón de su conclusión, vale decir, no explicitan o contienen la razón que motiva la producción del efecto jurídico, solo se limitan a generarlo (una consecuencia natural de la separación aludida)<sup>(58)</sup>.

La última situación tiene plena consistencia con la regulación del BGB sobre el enriquecimiento sin causa. Así, se da vida a acciones fundadas en derechos personales y no a acciones fundadas en derechos reales, como la reivindicación. Así, si el negocio jurídico obligacional resulta nulo no tiene impacto alguno sobre el negocio jurídico dispositivo en cuanto a su validez, aunque sí permite el empleo del enriquecimiento sin causa para tutelar el interés del transferente (el negocio dispositivo y la atribución patrimonial carecerían de justificación); aunque merced al principio de abstracción los terceros adquirentes no se verían afectados, garantizando de esta manera el tráfico económico subyacente (a costa del transferente inicial).

Considero que nadie discutirá las grandes diferencias en la manera en que se define al *Vertrag*, su contenido y las reglas operativas ligadas a sus efectos, en relación al contrato

(54) La idea se encuentra en los artículos 678 y 1405 del Código Civil, los cuales establecen respectivamente: “No hay aceptación ni renuncia de herencia futura” y “Es nulo todo contrato sobre el derecho de suceder en los bienes de una persona que no ha muerto o cuya muerte se ignora”.

(55) Me permito recomendar la lectura del excelente libro de PALAZZO, Antonio. *Istituti alternativi al testamento*. En: *Trattato di diritto civile*. Dirigido por Pietro Perlingieri. Volumen VIII. Nápoles: Scientifiche Italiane, 2003; *passim*.

(56) DE GIORGI, Maria Vita. *I patti sulle successioni future*. Nápoles: Jovene, 1976; *passim*.

(57) Para una aproximación inicial me permito aconsejar la consulta de LARENZ, Karl. *Derecho Civil. Parte general*. Traducción de la 3ra edición alemana de Miguel Izquierdo y Macías-Picavea. Madrid: Editorial Revista de Derecho privado. 1978; pp. 431-433; y MESSINEO, Francesco. voz *Contratto: Diritto privato (Teoria generale)*. En: *Enciclopedia del Diritto*. Volumen IX. Milán: Giuffrè, 1961; pp. 787 y siguientes; en particular p. 790.

(58) MARKESINIS, Basil; UNBERATH, Hannes y Angus, JOHNSTON. *Óp. cit.*, pp. 28 y 29.



## Renzo E. Saavedra Velazco

peruano. Ello me lleva nuevamente a las ideas expresadas en las primeras páginas: (i) las necesidades suelen ser iguales; y, (ii) la herramienta jurídica sugerida para satisfacer tales necesidades responde a la misma estructura, a pesar de que las soluciones divergen en varios extremos (aunque el vocablo utilizado pueda ser traducido sin mayores dificultades de un idioma a otro).

Las cosas no quedan allí. En el sistema alemán existe una fuerte tendencia a contractualizar las relaciones sociales a causa de los defectos de su sistema de responsabilidad extracontractual, de lo contrario las víctimas de ciertos daños permanecerían sin ninguna reparación. Esto se ve con gran claridad al estudiar la teoría de los deberes de protección y el contrato con efectos de protección a favor de terceros (una clase de contrato a favor de tercero), los cuales provocan que

ingresen a la órbita contractual supuestos que en otros sistemas jurídicos serían tratados como hipótesis de responsabilidad extracontractual.

Como es conocido, en Alemania la responsabilidad extracontractual tiene una fuerte dosis<sup>(59)</sup> de tipicidad, limitando los intereses que pueden encontrar protección a través de este mecanismo jurídico. La responsabilidad por *culpa in contrahendo*<sup>(60)</sup> es un caso claro de cuanto se dice. En la mayoría de sistemas se juzga a esta responsabilidad como extracontractual (algo percibido por el propio Jhering al formular su teoría)<sup>(61)</sup>, sin embargo, en Alemania existía<sup>(62)</sup> la necesidad

(59) La dosis de tipicidad a la que alude es levemente morigerada por la interpretación de la sección segunda del § 823 del BGB, la cual amplía la protección de intereses o derechos contenidos en normas de protección. Tal juicio se ve confirmado en el ensayo de CANARIS, Claus Wilhelm. *Norme di protezione, obblighi del traffico, doveri di protezione*. En: *Rivista Critica del Diritto privato*. Año I. No. 4. 1983; pp. 821 y 822.

Para facilitar el análisis transcribo a continuación el íntegro parágrafo del BGB:

“§ 823. Deber de resarcir daños.

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

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

(60) SAAVEDRA VELAZO, Renzo E. *De los períodos precontractuales y de su verdadera y exacta explicación científica: Una aproximación a la propuesta de Gabriele Faggela*. En: IUS ET VERITAS. No. 38. Lima: 2009; pp. 36-65.

(61) VON JHERING, Rudolf. *Della culpa in contrahendo ossia del risarcimento del danno nei contratti nulli o non giunti a perfezione*. Traducción del alemán y nota de lectura de Federico Procchi. Nápoles: Jovene, 2005; p. 239.

(62) La “necesidad” no es que haya desaparecido, lo único que ha variado es como se llega a ese resultado. En el pasado se argumentaba básicamente en atención a razonamientos doctrinales y jurisprudenciales, mientras que en la actualidad, al menos luego de la reforma del 2002, los operadores jurídicos alemanes solamente deben apelar a los §§ 242 y 311. Tales disposiciones señalan:

“§ 241. Deberes derivados de la relación obligatoria.

(1) El acreedor, en virtud de la relación obligatoria, está legitimado a exigir al deudor una prestación. La prestación puede también consistir en una omisión.

(2) La relación obligatoria puede, según su contenido, obligar a cada una de las partes a proteger los derechos, bienes jurídicos y los intereses de la otra parte.

§ 311. Relaciones obligatorias de carácter negocial y cuasi-negocial.

(1) Para constituir una relación obligatoria mediante negocio jurídico, así como para modificar el contenido de una relación obligatoria, es necesario, si no existe disposición contraria de la ley, un contrato entre las partes interesadas.

(2) Una relación obligatoria, que contiene los deberes a los cuales hace referencia el 2° párrafo del § 241, también nace mediante:

1. El inicio de tratativas contractuales,

2. La configuración de un contrato en el ámbito de la cual una parte, en referencia a un eventual relación negocial, conceda a la otra parte la posibilidad de incidir sobre sus derechos, bienes jurídicos e intereses, o se los confía, o bien

## Una visión comparada de la definición del contrato *A comparative view of the contract definition*

de contractualizar esta responsabilidad por dichas limitaciones (al momento de formular la teoría Jhering tuvo que saldar cuentas no con el BGB, sino con el *Corpus iuris civilis*, aunque en este punto la regulación es sustancialmente semejante). Esta situación ratifica que en ocasiones las reglas o las instituciones formuladas para la solución de conflictos varían de sistema a sistema a causa de limitaciones legales o por peculiaridades culturales concretas.

Tal vez (y solo tal vez) si los operadores alemanes no hubieran sido tan fieles a la responsabilidad extracontractual romana no se habrían visto forzados a contractualizar la *culpa in contrahendo* y luego a lentamente ir ensanchando el margen de la responsabilidad contractual, con lo cual no se habrían creado una plétora de figuras contractuales diseñadas justamente para superar los problemas estructurales detectados en su legislación. Sin perjuicio de ello, las diferencias entre el *Vertrag* y el contrato se mantendrían en lo relativo al contenido, los principios, etcétera.

### 5. A manera de conclusión

A lo largo de las páginas precedentes intenté demostrar que la noción de contrato no resulta

uniforme en los sistemas jurídicos del mundo, ni siquiera presentan gran uniformidad entre los países que forman parte de un mismo patrón jurídico (sistemas donde existe hegemonía de los profesionales, de la política o de factores filosófico-religiosos) o de una misma familia jurídica (en el *Civil Law*, sistemas de influencia germánica o de influencia francesa). El operador jurídico tiene, por tanto, que ser cuidadoso al aproximarse a figuras foráneas pues puede encontrarse aplicando a las figuras estudiadas los pre-conceptos de su propio sistema jurídico.

La circunstancia anotada realza la necesidad de estudiar los sistemas jurídicos extranjeros a través de fuentes directas o, cuando no fuese posible, por medio de fuentes que sí consultaron directamente los originales (aunque es algo cada vez más difícil de cotejar). Sin embargo, tiene que intentarse. Hoy es más necesario que nunca iniciar un esfuerzo por contrastar las figuras de sistemas jurídicos extranjeros con sus pares nacionales, incluso respecto de aquellas figuras que parecen ser *exactamente* iguales. Estoy plenamente convencido de la necesidad aludida a causa del impacto de la globalización económica y por la creciente asunción, muchas veces irreflexiva, de los modelos angloamericanos; evadir la responsabilidad que se cierne sobre nosotros no es más que darle la espalda a la realidad, no solo en desmedro de los clientes, sino del fortalecimiento del propio sistema jurídico nacional.

Por mi parte no queda más que el compromiso de retomar en el futuro los temas expuestos en el presente ensayo a fin de brindar una visión más exhaustiva. 

---

3. Contactos negociales similares.

(3) Una relación obligatoria con deberes a los cuales se refiere el 2° párrafo del § 241 puede producirse frente a personas que no estén destinadas a formar parte de la relación contractual. Tal relación obligatoria nace, en particular, si el tercero adquiere, para sí mismo, un nivel de confianza en la conducta de los otros, influyendo de manera relevante en las tratativas contractuales o en la conclusión del contrato”.

Para una primera aproximación a la reforma del derecho de obligaciones alemán véase LEÓN, Leysser. *La importancia del Derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania Schuldrechtsmodernisierung*. En: IUS ET VERITAS. Año XIII. No. 26. 2003; pp. 12 y siguientes; y, para un balance luego de sus primeros años, REIMANN, Mathias. *The good, the bad and the ugly; The reform of the German Law of Obligations*. En: *Tulane Law Review*. No. 4. Volumen LXXXIII. 2009; pp. 877 y siguientes.