

Los remedios contractuales a favor de terceros^{(*)(**)}

Enrico Moscati^(***)

1. El dogma de la relatividad de los efectos del contrato y su progresiva erosión en el Derecho moderno. La doctrina francesa sobre las categorías de “tercero”

La aceptación de “remedios contractuales a favor de los terceros” es una de las dos manifestaciones a través de las cuales se viene erosionando cada vez más el dogma de la relatividad de los efectos del contrato. La otra manifestación, que no es objeto de la presente investigación⁽¹⁾, atiene en cambio a la responsabilidad del tercero por la injerencia en la ejecución de un contrato ajeno, la denominada interferencia contractual o “interference with contractual relations”, como se expresan los juristas del *Common Law*⁽²⁾. En otros términos, el dogma de la relatividad de los efectos del contrato está sufriendo, en los ordenamientos jurídicos modernos

de todas las latitudes, un considerable replanteamiento como consecuencia de dos fenómenos de erosión de aparente signo contrario pero convergentes en su resultado: por un lado, la expansión de los casos de responsabilidad aquiliana derivada de contrato⁽ⁱ⁾; por otro lado, el reconocimiento a los terceros, por definición ajenos al contrato, de remedios y/o excepciones contractuales⁽³⁾.

Sin embargo, el dogma de la relatividad de los efectos del contrato es un aspecto constante de los ordenamientos tanto del Derecho Civil cuanto del *Common Law*. En algunos de estos países se trata de un principio expresamente codificado: así, por ejemplo, se encuentra previsto en el artículo 1165 del *Code Napoléon* (“Les conventions n’ont d’effet qu’entre les parties contractantes; elles ne uisent point au tiers, et elles ne lui profitent que dans le cas prévu par l’article 1121”)⁽ⁱⁱ⁾ y en el Código Civil español

(*) El presente ensayo, destinado a los “Studi in onore di Piero Schlesinger”, constituye la reelaboración de la ponencia presentada el 1 de junio de 2001 en el ámbito del Congreso “Il contratto e le tutele: Prospettive di diritto europeo” realizado en la Universidad de Roma III.

(**) El presente artículo fue publicado bajo el título original de: “I remedi contrattuali a favore de terzi”. En: *Rivista di diritto civile*. Año XLIX. Número 4 (julio-agosto). Padua: Cedam, 2003. pp. 357-393.

La traducción del presente texto, con autorización expresa del autor, así como las correspondientes notas del traductor, fue hecha por Renzo E. Saavedra Velazco. Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Adjunto de Docencia de Derecho Civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador de la Asociación de Estudios de Derecho Privado (AEDP).

Se han añadido algunas notas del traductor para procurar enriquecer y/o esclarecer algunos pasajes del artículo así como para incluir ciertas referencias bibliográficas, las cuales serán identificadas con números romanos.

Agradecemos al profesor Leysser L. León por haber gestionado la autorización de la presente traducción y por haber revisado la versión preliminar de la misma. Asimismo, no podemos dejar de agradecer las sugerencias del profesor Rómulo Morales Hervías.

(***) Profesor Ordinario de la Universidad de Roma. Asimismo, el profesor Enrico Moscati ha realizado trabajos de investigación en Alemania en la famosa *Juristisches Seminar* de la Universidad de Tübinga y es autor de “Fonti Legali e fonti private delle obbligazione” (Papua: Cedam, 1999), “Diritto successorio: Saggi” (Turín: Giappichelli, 2004), entre otros muchos trabajos de investigación.

(1) Forma parte de otra investigación desarrollada con ocasión del Congreso de Roma realizado del 13 al 16 de setiembre de 1999, cuyas actas han sido recogidas en el volumen titulado “Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica”. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi nella prospettiva storico-comparatistica al cuidado de Vacca*. Turín, 2001. Sobre el punto véase nuestro trabajo MOSCATI, Enrico. *Il contratto e la responsabilità dei terzi*. IVI. pp. 255 y siguientes. Publicado también en *Iuris vincula: Studi in onore di Mario Talamanca*. Nápoles, 2001. pp. 473 y siguientes.

(2) Tratándose de una figura de *tort* desarrollada particularmente en el derecho norteamericano (donde ha dado lugar a algunos excesos, como en el caso “Pennzoil vs. Texaco”, sobre los cuales véase PONZANELLI, II. “*tort of interference nei rapporti contrattuali: le esperienze nordamericana e italiana a confronto*”. En: *Cuadrimestre*. 1989. pp. 69 y siguientes, IVI. pp. 92 y siguientes) y que constituye la evolución del caso *Lumley vs. Gye* de 1853 en la Inglaterra victoriana (118 Eng. Rep., 749 [Q. B. 1853]) sobre los cuales véase, por ejemplo, WINFIELD y IOLOWICZ. *On tort al cuidado de Rogers*. Londres, 1979. pp. 479; CHESHIRE y FIFOOT. *Law of Contract al cuidado de Furmston*. Londres, 1981. pp. 563-564.

(i) Para una aproximación inicial al fenómeno puede ser consultado el trabajo del profesor Massimo Franzoni. FRANZONI, Massimo. *La tutela aquiliana del contrato*. En: *Themis*. 2da. Época. Número 35. Lima, 1997. pp. 219 y siguientes, quien expone diversos supuestos de responsabilidad extracontractual derivada de un contrato. Asimismo, hasta la fecha aun resulta fundamental la monografía de BUSNELLI, Francesco D. *La lesione del credito da parte di terzi*. Milán: Giuffrè, 1964. *Passim*.

(3) Ambos aspectos han sido afrontados de manera sistemática en el volumen titulado “Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi”. De las particulares contribuciones se dará cuenta en el momento oportuno.

(ii) Traducción libre: “Las convenciones no generan efectos más que entre las partes contratantes; ellos no pueden afectar a terceros, así como no pueden beneficiarlos más que en los casos previstos por el artículo 1121”.

de 1889, por la combinación de las disposiciones de los artículos 1091 y el segundo párrafo del 1257; y, es seguido también por nuestros códigos civiles, como el Código Civil de 1865, cuyo artículo 1130 corresponde, con algunas diferencias solamente verbales, y con algunos ajustes de carácter técnico, al actual segundo párrafo del artículo 1372 del *Codice Civile italiano* de 1942, confirmando la sustancial continuidad de orientación entre los códigos civiles del área francófona. En otros ordenamientos europeos el principio emerge implícitamente del sistema, como se considera en el derecho Alemán donde, por otro lado, la relatividad de los efectos resulta un problema más vinculado a la relación obligatoria que al negocio jurídico o al contrato⁽⁴⁾ además de ser el fruto de una elaboración jurisprudencial. Ello sucede también en el derecho inglés con la doctrina del “privity of contract” (“a non party cannot bring an action on the contract”)⁽ⁱⁱⁱ⁾ que constituye su manifestación más significativa⁽⁵⁾. Se trata, en conjunto, de una tendencia muy fuerte a tal punto que un jurista holandés, Edgar du Perron, escribiendo en una obra presentada en lengua inglesa, ha denunciado su irrenunciabilidad, puesto que el principio de relatividad de los efectos del contrato es una manifestación de la libertad contractual misma: por lo tanto, abrogar el dogma de la relatividad de los efectos contractuales significaría descomponer las bases mismas del Derecho Contractual⁽⁶⁾.

Si nadie duda del valor del dogma de la relatividad de los efectos del contrato, a nivel de principio general, entonces cómo se explica el hecho que se encuentre

siempre en discusión su efectiva permanencia en cada uno de los ordenamientos jurídicos. En efecto, las hipótesis en las cuales un contrato puede asumir relevancia, directa o indirecta, frente a terceros, ya sea justificando una responsabilidad extracontractual de una de las partes o, por otro lado, constituyendo un instrumento de protección -sea en vía de acción o de excepción⁽⁷⁾ - esta vez en favor de los mismos terceros en desmedro de las partes, son ya tan numerosas en la experiencia de los derechos codificados⁽⁸⁾ y de los países del *Common Law* que induce a preguntarnos si no se impone ya la derogación del principio de relatividad de los efectos del contrato, el cual habría permanecido en los diversos ordenamientos más por la fuerza de la tradición que por su efectivo alcance práctico⁽⁹⁾.

Pero sobre este punto existe una gran variedad de opiniones entre los intérpretes. Quizás no existe ningún jurista que luego de haber ilustrado el principio vigente en su propio ordenamiento no se apresure a evidenciar sus defectos, casi como si el intento común fuere el de suprimir el principio del sistema⁽¹⁰⁾.

También se ha sostenido a menudo que buena parte de estas discusiones ostenta un valor meramente nominal, caracterizado por una fuerte impronta conceptual por lo que no ofrecería una efectiva contribución a la solución de problemas, los cuales, por el contrario, tienen raíces esencialmente empíricas. No obstante ello, la discusión involucra a nociones fundamentales como lo serían, por ejemplo, aquella de “parte” y de “tercero” en un contrato. Puede parecer paradójico preguntarse todavía hoy quién es

- (4) Sin que ello signifique una diversidad de soluciones operativas, como ha sido evidenciado por GRAZIADEI, M. *I terzi e gli effetti contrattuali: prima riflessione comparativa*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. pp. 151 y siguientes, IVI p. 153. Resulta paradigmática del enfoque del derecho alemán la referencia al mecanismo efectivo de la relación obligatoria en LARENZ, Kart. *Lehrbuch des Schuldrechts*. I, *Allgemeiner Teil*. Munich, 1976. p. 180.
- (iii) Traducción libre: “Un tercero no puede obtener una acción de un contrato”.
- (5) El texto presentado entre paréntesis reproduce la definición de CHESHIRE y FIFOOT. *Op. cit.*; p. 405. Otros autores, en cambio, prefieren una fórmula más articulada, pero del todo equivalente, por ejemplo, aquella de “a contract cannot confer rights or impose obligations arising under it on any person except the parties to it” [un contrato no puede conferir o imponer obligaciones vinculando a sujetos, a excepción de las partes de este] (así DU PERRON. *Contract and third Parties*. En: HARTKAMP y otros. *Towards a European Civil Code*. The Hague-Londres-Boston: 1998. p. 313) y similares (véase la fórmula de MARSH. *Comparative Contract Law*. Inglaterra-Francia-Alemania-Londres, 1993. p. 369). La “impermeabilidad” de los efectos del contrato frente a terceros también ha desarrollado un rol determinante en la construcción de la doctrina de la “consideration”, como lo recuerda SERIO. *Esame del diritto inglese e raffronti comparatistici*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 323 y siguientes, IVI pp. 325-326. Sobre el mismo punto véase también WHITTAKER. *Contracts which Harm Third Parties: English Law*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 127 y siguientes, IVI, p. 128.
- (6) “Abrogation of the principle of relativity is not possible, as this would destroy the basis of the law of contract” [abrogar el principio de relatividad de los efectos del contrato no resulta posible pues ello significaría destruir las bases del derecho contractual]: en tal sentido se manifiesta DU PERRON. *Op. cit.*; p. 314.
- (7) Ambos aspectos son aclarados por los juristas ingleses, los cuales limitan el alcance general de la doctrina del “privity of contract”. Véase, por ejemplo, CHESHIRE y FIFOOT. *Law of Contract*. *Op. cit.*; pp. 406 y siguientes.
- (8) Un reconocimiento de todas estas hipótesis se hallaba ya en SAVATIER. *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*. En: *Rev. trim. droit civ.* 1934. pp. 525 y siguientes, IVI pp. 527-529. Uno de los mayores límites de la tendencia a la socialización del contrato es aquella que considera al artículo 1165 del *Code* como alcance de la concepción individualista del Derecho de las Obligaciones (IVI, p. 545). Ulteriores indicaciones en GRAZIADEI, M. *I terzi e gli effetti contrattuali*. *Op. cit.*; pp. 154 y siguientes, donde las notas 6-14 dan necesarias referencias de doctrina italiana, francesa y anglosajona.
- (9) GRAZIADEI, M. *Op. cit.*; p. 158. Opina que el principio de relatividad de los efectos “representa el empalme de una serie de problemas todavía abiertos. No (...) una fórmula mágica ni, mucho menos, una norma ya muerta”.
- (10) Sobre las contradicciones al interior del principio de relatividad se pronuncia GAMBARO. *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 337 y siguientes, IVI p. 340; evidenciando que si “de un lado no puede evitarse que sufra excepciones (...) de otro lado no ofrece algún apoyo para ordenar, de forma razonablemente coherente, las excepciones de las cuales se rodea”.

“tercero” y quién es “parte” en un contrato, tratándose de nociones incluso institucionales y, por lo menos en apariencia, descontadas. Sin embargo ello no es así. La doctrina francesa desde hace mucho tiempo se mostró particularmente sensible a la protección de los terceros en materia contractual por lo que no ha dejado de subrayar que la palabra “tercero” es uno de los términos “más equívocos del lenguaje jurídico”⁽¹¹⁾ dado que con él se pretende indicar sujetos diversos según se trate, por ejemplo, de los intervinientes en una escritura privada (artículo 1325 del *Code Civil*), de un contrato simulado (artículo 1321 del *Code Civil*) o, aun, de la publicidad registral (artículo 30 del Decreto Legislativo del 4 de enero de 1955). La certidumbre que se debería poder obtener del principio de relatividad de los efectos del contrato, esto es que “los terceros se contraponen a las partes”, es puesta en discusión por la doctrina francesa, dividida “por el principio y sus criterios de contraposición”⁽¹²⁾.

Ello explica por qué también en contribuciones recientes sobre la relatividad de los efectos del contrato se continúa intentando delimitar las nociones de “parte” y de “tercero” exponiendo una serie de

diferencias al interior de la categoría de “tercero”⁽¹³⁾.

Finalmente resulta evidente que, según el área de incidencia de la noción de “tercero”, el principio de relatividad de los efectos del contrato tendrá una mayor o menor extensión dentro del sistema. En efecto, en la experiencia jurisprudencial de algunos ordenamientos extranjeros se ha declarado que se considera como “terceros” a los sujetos que se encuentren en una relación de “proximidad” con una de las partes del contrato, por lo que incluso pueden sufrir un daño en su persona o en sus bienes como consecuencia de la ejecución inexacta del contrato⁽¹⁴⁾, o bien tales sujetos están interesados en oponer a una de las partes una excepción fundada en el contrato al que, por definición, son extraños⁽¹⁵⁾. En otros términos, a través de la determinación de los sujetos que pueden ser considerados como “terceros”, la doctrina y la jurisprudencia -sobre todo extranjera- ha intentado a su vez individualizar también el área en la cual el remedio contractual puede operar a favor del tercero. En tal sentido se han expuesto en algunos sistemas, por un lado, la categoría del contrato con efectos protectores frente a terceros⁽¹⁶⁾ y aquella de la estipulación tácita a favor de terceros⁽¹⁷⁾;

- (11) Son palabras de MALAURIE y AYNÈS. *Droit civil. Les obligations*. París, 1998. p. 275.
- (12) Recuerda CARBONNIER. *Droit civil, IV, Les obligations*. París, 2000. pp. 249-250, que, a través de una diferente forma de leer la distinción entre partes y terceros, algunos autores franceses han intentado superar el principio de relatividad de los efectos contractuales. En ese sentido ha contribuido sobretudo la obra de GHESTIN. *La distinction des parties et des tiers au contrat*. En: *Jurisclasseurs périodiques*. 1992, I, 3628, pp. 518 y siguientes; quien propone un ensanchamiento de la noción de parte haciendo referencia no solamente al momento de la conclusión del contrato, sino también el momento de la ejecución. El ensayo de Ghestin ha dado vida a un vivaz debate doctrinal en el cual han intervenido AUBERT. *A propos d'une distinction renouvelée des parties et des tiers*. En: *Rev. trim. droit civ.* 1993. pp. 263 y siguientes; y GUELFUCCI-THIBIERGE. *De l'élargissement de la notion de partie au contrat... à l'élargissement de la portée du principe de l'effet relatif*. *IVI*, pp. 777 y siguientes. La mayor crítica a la perspectiva de Ghestin, a la cual se reconoce el mérito de haber llamado la atención de la doctrina sobre un perfil por largo tiempo olvidado, es que la “redistribución (...) de la répartition entre parties et tiers” [“la redistribución (...) de la reparación entre las partes y los terceros”] importa una “distorsión difícilmente comprensibles” [“distorsión difícilmente comprensible”] que no permite “définir le champ de l'effet obligatoire du contrat” [“definir el campo de aplicación de los efectos obligatorios del contrato”] (véase AUBERT. *Op. cit.*; p. 268 y p. 270; GUELFUCCI-THIBIERGE. *Op. cit.*; p. 279). Sobre el punto ha regresado Ghestin en la tercera edición de GHESTIN. *Les effets du contrat* al cuidado de Jamin y Billiau. En: GHESTIN (compilador). *Traité de droit civil*. París, 2001. pp. 736 y siguientes, donde se ha indicado inexactamente el nombre de GUELFUCCI-THIBIERGE (*IVI*, pp. 740 y siguientes).
- (13) Este punto de vista merece una mención particular, un sesudo análisis de IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; nota 1, pp. 70 y siguientes, *IVI* pp. 72-79 (publicado en la versión italiana en el volumen titulado *Gli effetti del contratto sui terzi*. En: *Europa e dir. priv.* 2001, pp. 863 y siguientes).
- (14) Sobre el punto véase infra § 3.
- (15) Sobre las excepciones contractuales oponibles por terceros véase infra § 6.
- (16) Se trata, como se explicará más adelante en el transcurso del siguiente parágrafo, de una categoría típica del sistema alemán, fruto de una elaboración jurisprudencial casi secular. Si bien nuevamente nos ha suscitado interés la categoría del “Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte” permanecemos con un cierto nivel de escepticismo sobre la solidez de su fundamento dogmático (que parece, sin embargo, tener reconocimiento a nivel legislativo con ocasión de la reforma del *Schuldrecht*: Véase los §§ 311, tercer párrafo, y 241, segundo párrafo del BGB): véase, por ejemplo, los ensayos de DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto*. En: *Europa e dir. priv.* 2000. pp. 1 y siguientes, *IVI* pp. 14-21 (reelaborado, en versión reducida, con el título *La protezione contrattuale del terzo*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 108 y siguientes, *IVI* pp. 111-115); y de MAGGILOLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. En: *Rivista di diritto civile*. 2001. I, pp. 39 y siguientes. En la doctrina italiana la existencia de deberes de protección a favor de terceros en el área del contrato era ya justificada, por lo demás, en base al principio de solidaridad ex artículo 2 de la Constitución (esta es la tesis de CASTRONOVO. *Obblighi di protezione*. En: *Enciclopedia Giuridica Treccani*. Volumen XX. Roma: 1991. § 9, p. 7; del mismo autor véase el ensayo CASTRONOVO. *Obblighi di protezione e tutela del terzo*. En: *Jus*. 1976. pp. 123 y siguientes, y además CASTRONOVO. *Problema e sistema nel danno da prodotto*. Milán, 1979. pp. 265 y siguientes); sobre el punto específico véase en sentido crítico BENATTI. *Doveri di protezione*. En: *Dig. disc. priv., sección civil*. Volumen VII. Turín, 1991. pp. 221 y siguientes, *IVI*, p. 227.
- (17) También la *stipulation pour autrui implicite* resulta el fruto de una elaboración jurisprudencial (cuyos *leading cases* son recordados por IZORCHE. *Op. cit.*; p. 85) abandonada luego de la promulgación de la ley del 19 de mayo de 1998 que, en materia de responsabilidad del productor, no distingue más, para los fines del resarcimiento del daño, entre partes del contrato y terceros. La jurisprudencia francesa continúa, en cambio, utilizando a la estipulación tácita a favor de terceros en materia de transporte ferroviario además de otros medios de transporte (asimismo, véase, IZORCHE. *Op. cit.*; pp. 86-87, texto y nota 46).

y, por otro lado⁽¹⁸⁾, las hipótesis de oponibilidad, por parte de terceros, de cláusulas de exoneración de responsabilidad pactadas a favor de una de las partes. Mientras que en nuestro ordenamiento jurídico se ha construido una responsabilidad contractual por estatus profesional^(iv), o por informaciones inexactas, fuera de una relación negocial⁽¹⁹⁾.

2. El modelo del contrato a favor de tercero. El *Contract Act* inglés de 1999 y los principios del Derecho Europeo de Contratos

Llegados a este punto resulta evidente que el contrato es un fenómeno jurídico polivalente, relevante no necesariamente solo entre las partes, sino potencialmente expansivo frente a terceros ajenos. Sobre esta apreciación se observa un consenso entre los intérpretes. Las incertidumbres y las soluciones propuestas en los particulares ordenamientos se diferencian solo en cómo se intenta individualizar y resolver los casos específicos en los que el tercero puede valerse del contrato para oponer una pretensión frente a alguna de las partes del contrato o, en todo caso, para substraerse de una responsabilidad frente a ellas⁽²⁰⁾.

En efecto, la fórmula genérica, de raíz anglosajona, sobre la “extensión del contrato en beneficio de los terceros”⁽²¹⁾ acoge a una serie de fenómenos del todo heterogéneos⁽²²⁾, algunos de los cuales poseen una disciplina ya consolidada en la mayor parte de los ordenamientos europeos, mientras que otros son fuente de incertidumbres en el plano de la reconstrucción dogmática y de las soluciones jurisprudenciales.

Desde un punto de vista histórico y sistemático la hipótesis más consolidada de “extensión del contrato

“la diversidad de remedios reconocidos para la protección de los terceros por ejecución inexacta de un contrato no resultan casuales sino que responden a necesidades internas de cada uno de los ordenamientos jurídicos, ya sean de tipo estructural o simplemente transitorias. En otros términos, como se ha referido en repetidas oportunidades, la elección entre el modelo contractual y el modelo extracontractual es estrictamente correlativa a las relaciones entre el área del contrato y el área de la responsabilidad civil existentes en cada sistema”.

en beneficio de los terceros” es, sin lugar a dudas, aquella del contrato a favor de tercero (véase, por ejemplo, los artículos 1411-1413 del *Codice Civile*). Pero es, a su vez, la hipótesis más significativa. En primer lugar, la “extensión” de los efectos del contrato en favor del tercero es deseada expresamente por las partes, las cuales constituyen incluso -a través de una explícita referencia legislativa al “interés” del estipulante- el programa contractual (artículo 1411, primer párrafo, del *Codice Civile*): y ello sirve para distinguir al contrato a favor de tercero de otras figuras que, en algunos ordenamientos, guardan cierta semejanza (como el contrato con efectos protectores frente a terceros nacido en la experiencia germánica). En segundo lugar, en el contrato a favor de tercero, el tercero adquiere para sí, como consecuencia de la estipulación del contrato (y de la declaración de querer beneficiarse: véase el artículo 1411, segundo párrafo, del *Codice Civile*)⁽²³⁾, un derecho irrevocable a exigir la prestación prometida, el cual, teniendo

(18) Se trata de las ya famosas “Himalaya clauses”, sobre las cuales véase infra § 6.

(iv) Al respecto remitimos al lector a la revisión del artículo del profesor italiano ZANA, Mario. *La responsabilidad del profesional*. En: *Derecho PUC*. Número 58. 2006. pp. 203 y siguientes. Traducción y notas de Renzo E. Saavedra Velazco.

(19) Este discurso se debe sobretudo a las contribuciones de CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione ai confini tra contratto e torto*. En: *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*. Volumen I. *Diritto civile*. Milán, 1995. pp. 148 y siguientes; SCOGNAMIGLIO, C. *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*. En: *Giur. it.* Volumen IV. 1995. pp. 356 y siguientes.

(20) GAMBARO. *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*. *Op. Cit.*; p. 345, asemeja esta diversidad de soluciones a “una suerte de política de cien flores”.

(21) La fórmula “Extension of contracts for the Benefit of Third parties” [extensión de contratos para beneficio de terceros] constituye el título del parágrafo 4 del capítulo “Contract and Third Parties” debido a Kortmann y Faber. En: HARTKAMP y otros. *Towards a European Civil Code* al cuidado de Hartkamp, Hesselink, Hondius, Du Perron y Vranken. Nijmegen-Dordrecht-Boston-Londres, 1994. pp. 237 y siguientes, IVI p. 241 (la fórmula no es repetida en la segunda edición de 1998 del homónimo capítulo al cuidado de Du Perron, donde en el parágrafo 4 se habla, inclusive más genéricamente, de *Effects Outside the Scope of the Principle [of relativity] [efectos externos al objeto del principio de relatividad]*. En: HARTKAMP y otros. *Op. cit.*; p. 318).

(22) Sobre un doble aspecto de los efectos externos del contrato (oponibilidad de los derechos reales *erga omnes* y protección de los acreedores) se pronuncia GAMBARO. *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*. *Op. cit.*; pp. 343-344, evidenciando la imposibilidad de conciliación entre “la idea que el contrato produzca directamente efectos reales y que el contrato no produzca efectos frente a los intereses de los terceros” (IVI, p. 344).

(23) La regla que subordina la validez del contrato a favor de tercero a la existencia de un interés del estipulante tiene para MOSCARINI. *Il contratto a favore di terzi*. En: *Il Codice Civile: Commentario diretto da Schlesinger*. Milán, 1997, p. 7; un doble valor: por un lado, excluye la validez de un negocio abstracto, de otro lado sostiene que la justificación causal de la atribución patrimonial al tercero permanezca extraña al contrato pudiendo resultar de una relación autónoma entre estipulante y tercero respecto a aquella entre el primero y el

como su fuente el contrato entre el estipulante y el promitente, tiene naturaleza contractual⁽²⁴⁾.

En el ordenamiento jurídico italiano el contrato a favor de tercero representa un modelo de carácter general, susceptible de aplicación a una serie indefinida de tipos contractuales⁽²⁵⁾. Piénsese, por ejemplo, en el contrato de seguro de vida o en el depósito de cuenta corriente a favor de tercero, además de todos los mecanismos utilizados como alternativos al testamento^{(26)(v)}.

La referencia al contrato a favor de tercero es casi de tránsito obligatorio puesto que el reconocimiento de la validez de dicha categoría en el Derecho Contractual de algunos ordenamientos ha constituido, en ciertos ordenamientos europeos de derecho codificado, el “caballo de Troya” utilizado para abrir una brecha en las murallas^(vi) del principio de

relatividad de los efectos contractuales⁽²⁷⁾, cuyas fortificaciones han sido ya superadas, luego de soportar una presión a instancias del sistema de responsabilidad civil, en base a las necesidades que no se encontraba en posibilidad de satisfacer. Así, por ejemplo, se ha observado en la experiencia alemana, donde el modelo del contrato a favor de tercero (“Vertrag zugunsten Dritter”: § 328 BGB) ha ofrecido el punto de partida para la elaboración de la categoría de los contratos con efectos protectores frente a terceros (“Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte”), siendo esta una de las creaciones más originales de la jurisprudencia alemana⁽²⁸⁾. Tal figura se corresponde, en el derecho francés, con la figura del contrato con obligaciones asumidas tácitamente a favor de un tercero (*stipulation tacite pour autrui*), la cual si bien representa una versión menos sofisticada

promitente. CALICETI. *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*. Padua, 1994. p. 9; considera “sibilina” la referencia al interés del estipulante, la cual se observa como la conjunción del interés del estipulante y el interés del acreedor en el artículo 1174 del *Codice*, el cual es fruto de “una cierta confusión de conceptos” en la que han caído los intérpretes (IVI, p. 12). Pero sobre la clave de lectura del interés del estipulante la doctrina italiana se encuentra dividida: de ello da cuenta MOSCARINI. *Op. cit.*; pp. 101 y siguientes, que considera reconducible al interés del estipulante el principio más general de la relevancia del interés ex artículo 1332, segundo párrafo, del *Codice* en las hipótesis en las cuales no se verifique un desplazamiento patrimonial entre estipulante y tercero (IVI, p. 103), no compartiendo la opinión de quien se inclina por una “neta contraposición” entre “el interés contractual (...) general, y aquel específico previsto por el artículo 1411” (esta es la tesis de MAJELLO. *L'interesse dello stipulante nel contratto a favore di terzi*. Nápoles, 1962. pp. 79 y siguientes).

- (24) Esto no significa que el tercero beneficiario sea, o bien se torne, parte del contrato. En efecto, la declaración del tercero de querer beneficiarse no atiene a la justificación causal del contrato, aunque en la hipótesis en la cual las partes hayan convenido que el tercero adquiera el derecho al momento de la declaración (así CALICETI. *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*. *Op. cit.*; pp. 21 y siguientes, IVI p. 26), ni a su momento de perfeccionamiento (MOSCARINI. *Il contratto a favore di terzi*. *Op. cit.*; pp. 59 y siguientes, IVI p. 65). El tercero beneficiario es siempre, y solamente, titular de un derecho de crédito frente al promitente (así CALICETI. *Op. cit.*; pp. 13-14) que lo habilita a las acciones de tutela del interés creditorio (cumplimiento coactivo y resarcimiento del daño), mientras que las acciones fundadas en el contrato (por ejemplo, la acción de anulación) pertenecen al estipulante.
- (25) Sobre este rol del instituto, de caracteres generales, concuerda la más reciente doctrina (véase, por ejemplo, CALICETI. *Contratto e negozio nella stipulazione a favore di terzi*. *Op. Cit.*; p. 5; MOSCARINI. *Il contratto a favore di terzi*. *Op. Cit.*; pp. 7-8), tanto más porque en el derecho vigente se ha caído en la referencia al mecanismo de la condición para la relevancia del contrato a favor de tercero (véase los artículos 1121 del *Codice* vigente y 1128 del *Codice Civile* de 1865).
- (26) En presencia de un contrato a favor de tercero con prestaciones *post mortem* se encuentra el problema si se trata de una disposición *mortis causa*, esto es si el acto de liberalidad a causa de muerte deroga la prohibición de pactos sucesorios (artículo 458 del *Codice*) y sin respetar la forma exigida por ley bajo sanción de nulidad para las disposiciones testamentarias. Al respecto opinaba BETTI. *Teoria del negozio giuridico*. en *Trattato di diritto civile italiano diretto da Vasalli*. Turín, 1962. pp. 319-320, texto y nota 3; que el contrato de seguro de vida a favor de un tercero sería una “figura de negocio a causa de muerte” en la cual la renuncia a poder revocar parte de la estipulación constituiría una derogación legislativa a la prohibición de pactos sucesorios. En términos análogos se expresa la doctrina más reciente, al respecto véase MOSCARINI. *Il contratto a favore di terzi*. *Op. cit.*; pp. 152 y siguientes, IVI pp. 152-164; que -modificando la contraria opinión manifestada casi 30 años antes y es la que prima en MOSCARINI. *Il negozio a favore di terzo*. Milán, 1970. pp. 218 y siguientes, IVI p. 223- considera que el contrato a favor de tercero con prestaciones *post mortem* “un potencial pacto sucesorio al cual el ordenamiento, contradiciendo la regla de la prohibición, reconoce validez” (véase MOSCARINI. *Il contratto a favore di terzi*. *Op. cit.*; p. 159). Sobre esta posible reconstrucción del contrato a favor de tercero ya existía en la época del *Codice* de 1865, véase nuestro trabajo MOSCATI. Enrico. *Trust e vicende successorie*. En: *Europa e dir. priv.* 1998. pp. 1075 y siguientes, IVI pp. 1078-1083.
- (v) Para algunas necesarias referencias sobre las alternativas contractuales al testamento véase SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *El negocio jurídico testamentario: Algunas consideraciones en torno a su esencia y estructura*. En: **ius et veritas**. Año XVI. Número 33. Lima, 2006. pp. 93 y siguientes.
Tal manera de analizar el fenómeno sucesorio, propio de otros sistemas jurídicos, ha sido sugerida en el artículo antes mencionado, frente a lo cual podríamos ser considerados como sus propulsores a nivel de la doctrina jurídica nacional. Empero, el desarrollo preciso de la teoría será materia de un próximo artículo.
- (vi) La referencia es al conocido trabajo del profesor norteamericano PROSSER, William L. *The assault upon the citadel: Strict liability to the consumer*. En: *Yale Law Journal*. Volumen 69. Número 7. 1960. pp. 1099 y siguientes.
- (27) En este sentido, para el derecho español (el segundo párrafo del artículo 1257 del Código civil español), véase GARCÍA GARRIDO. *Los efectos del contrato en relación con los terceros: la experiencia ibérica*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 243 y siguientes; IVI p. 251, donde se catalogan aquellas hipótesis que derogan al principio de relatividad.
- (28) La doctrina alemana ha cuidado incluso de precisar que se trata de figuras diversas (pero en sentido contrario véase VON GAEMMERER. *Verträge zugunsten Dritter*. En: *Festschrift für F. Wieacker*. Göttingen: 1978. pp. 311 y siguientes, IVI pp. 315-316). Para una primera aproximación, a nivel de obras generales y manuales, véase ESSER. *Schuldrecht*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. Karlsruhe, 1968. pp. 397-398 (y, ahora, ESSER y SCHIMDT. *Schuldrecht*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. Tomo 2. Heidelberg: 1993. pp. 251-254); FIKENTSCHER. *Schuldrecht*. Berlín: 1969. pp. 165-166; FLUME. *Allgemeiner Teil des Bürgerlichen Rechts*. Volumen II. *Das Rechtsgeschäft*. Berlín-Heidelberg-Nueva York, 1979. pp. 330-331; PALANDT. *Bürgerlichen Rechts*. Munich, 2001. pp. 424 y siguientes.

también constituye un desarrollo del contrato a favor de tercero (artículo 1121 del *Code Civil*)⁽²⁹⁾.

Al reconocimiento del contrato a favor de tercero, como un instituto general del Derecho Contractual, se ha llegado luego de una ardua labor y por medio de diversos métodos según cada particular ordenamiento jurídico. Así, por ejemplo, en un sistema de derecho codificado, como lo es el francés, se ha requerido una masiva intervención de la jurisprudencia para ampliar la esfera de aplicación del contrato a favor de tercero dado que el artículo 1121 del *Code Civil* ha disciplinado tal mecanismo de una manera más bien restrictiva⁽³⁰⁾. Por contra, en un sistema jurídico de regulación prevalentemente jurisprudencial, como resulta el derecho inglés, se requirió una serie de intervenciones legislativas, inicialmente sectoriales, para superar el dogma de la “privity of contract” y la doctrina de la “consideration”, que no permitían a un sujeto adquirir derechos sobre la base de un contrato del cual no fuese parte⁽³¹⁾. Con el “Married Women’s Property Act” de 1882 se abrió una primera brecha en el sistema de la “privity of contract” respecto del contrato de seguro de vida a favor del cónyuge y de los hijos del asegurado⁽³²⁾. No obstante ello, se debió esperar más de un siglo hasta

que esta evolución del derecho general de los contratos reconozca a los terceros los mismos derechos que a las partes, comenzando con el derecho al resarcimiento de los daños (artículo 1, sección 5)⁽³³⁾.

La introducción, como figura general, del contrato a favor de tercero constituye un avance trascendental del derecho inglés⁽³⁴⁾, que fue el último de los ordenamientos europeos en abandonar la rígida observancia del principio de la “privity of contract”⁽³⁵⁾. Con esta reforma el derecho inglés se adecuó, por un lado, al desarrollo de los otros países del *Common Law*, como, por ejemplo, el estadounidense; por otro lado, acoge también las soluciones normativas vigentes desde hace mucho tiempo en los países del *Civil Law*⁽³⁶⁾, donde la codificación de la categoría del contrato a favor de tercero tiene raíces antiguas y es la consecuencia de la superación del principio romano del *alteri stipulari nemo potest*⁽³⁷⁾.

La extendida difusión de la categoría del contrato a favor de tercero⁽³⁸⁾ incluso en los ordenamientos del *Common Law* encuentra una confirmación muy significativa en los “principios de derecho europeo de contratos”, redactados por la comisión presidida

(29) También aquí, para una primera aproximación a las intervenciones de la jurisprudencia francesa y sobre el actual valor de la figura, véase IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers*. *Op. cit.*; pp. 84-87.

(30) Sobre esta evolución jurisprudencial, que ha llevado al abandono de las condiciones restrictivas del artículo 1121 del *Code Civil* y cuyo punto de arribo ha sido la *stipulation tacite pour autrui* (así MARTY y RAYNAUD. *Droit civile*. Volumen II. Tomo 1. *Les obligations*. París, 1962. p. 233; MAZEAUD, H., L. y J. MAZEAUD. *Leçons de droit civil*. Volumen II. Tomo 1, *Obligations. Théorie générale* al cuidado de Chabas. París, 1991. p. 902; IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers: l'expérience française*. *Op. cit.*; p. 84); véase, para una primera aproximación de carácter general -junto a las *Leçons* de Mazeaud. MAZEAUD, H., L. y J. MAZEAUD. *Op. cit.*; pp. 904 y siguientes, y a las MARTY y RAYNAUD. *Obligations*. *Op. cit.*; pp. 230 y siguientes- SAVATIER. *La théorie des obligations en droit privé économique*. París, 1979. pp. 158-160; CARBONNIER. *Les Obligations*. *Op. cit.*; p. 252.

(31) Lo recuerdan juristas tanto del *Common* como del *Civil Law*: Véase, por ejemplo, DU PERRON. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 314; MONFELI. *La riforma della privity of contract nella common law inglese: il Contract (Rights of Third Parties) Act del 1999*. En: *Europa e dir. priv.* 2000. pp. 1102 y siguientes, IVI p. 1103.

(32) Ello en derogación de la doctrina de la “privity of contract” enunciada por la jurisprudencia inglesa por primera vez en el caso *Tweddle vs. Atkinson* de 1861 (sobre ello véase SMITH y THOMAS. *A casebook on Contract*. Londres, 1982. pp. 220-221, donde se señala la opinión del juez Crompton; CHESHIRE y FIFOOT. *Law of Contract*. *Op. cit.*; pp. 406-407); sobre esta función derogatoria véase el capítulo cuarto del título *Relaxations to contractual Privity*. En el volumen: *The German Law of Obligations*. En: MARKESINIS y otros. *The Law of Contracts and Restitution: A comparative Introduction* al cuidado de Markesinis, W. Lorenz y Dannemann. Oxford: 1997. p. 259, donde se subraya también la paradoja del derecho francés, el cual ha llegado al mismo resultado solo gracias a la intervención de la Corte de Casación, a pesar de tratarse de un sistema de derecho codificado.

(33) ...al derecho al cumplimiento *in natura* y a ordenar la ejecución. El texto del *Contract (Rights of Third Parties) Act* de 1999 fue publicado íntegramente en: *Europa e dir. priv.* 2000, pp. 1093-1102, en la versión italiana de Monfeli, al cual se debe el primer detallado comentario de la ley (IVI pp. 1102 y siguientes).

(34) Lo evidencian los mismos juristas de lengua inglesa: véase, por ejemplo, WHITTAKER. *Contracts which Harm Third Parties*. *Op. cit.*; p. 128; BANAKAS. *The effect of contracts on liabilities of third parties: a common law approach*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 299 y siguientes, IVI p. 300, nota 3.

(35) El *Contract Act* de 1999 mantiene firme la prohibición para las partes de imponer deberes a los terceros, según los dos corolarios de la doctrina de la “privity of contract”.

(36) Para esta doble consideración véase MONFELI. *La riforma della privity of contract nella common law inglese*. *Op. cit.*; p. 1103.

(37) La máxima tradicional se encuentra recogida en las *Institutiones gustinianee*, I, 3, 19, 19 (“alteri stipulari nemo potest”. Véase *Corpus Juris Civiles, Institutiones, Digesta*. [al cuidado de los hermanos Kriegel] Stuttgart: 1887. p. 37). Sobre el alcance del principio en el derecho clásico y en el derecho justinianeo véase, para una primera aproximación, algunas obras clásicas: SERAFINI, F. *Istituzioni di diritto romano comparato al diritto civile patrio*. Volumen III. Modena: 1899. pp. 28-30; BONFANTE. *Istituzioni di diritto romano*. Turín, 1957 (reimpresión). pp. 411-413; ARANGIO-RUIZ, V. *Istituzioni di diritto romano*. Nápoles, 1957. pp. 300-301. En la manualística más reciente véase, por todos, PUGLIESE, G. *Istituzioni di diritto romano*. Turín, 1991. p. 884. La regla es seguida también en la doctrina francesa del derecho común, por lo cual dicha influencia es asumida por los compiladores del *Code Civil*: DOMAT (traducción al italiano de Aloy). *Le leggi civili nel loro ordine naturale*. Volumen I. Nápoles, 1839. n. 3, p. 160, texto y nota (e); POTHIER. *Trattato delle obbligazioni*. Volumen I. Nápoles, 1832. n. 70, p. 48.

(38) A esta conclusión llega la meticolosa investigación histórico-comparatística de VECCHI. *La stipulazione a favore di terzi da figura eccezionale a strumento generale*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 279 y siguientes, IVI p. 298.

por el jurista danés Ole Lando, los cuales, a diferencia de los “principios de contratos de comercio internacional” elaborados por el Unidroit, disciplinan expresamente la figura en el artículo 2115 (“Stipulation in Favour of a Third Party”) de manera muy afín al derecho italiano⁽³⁹⁾, reconociéndole al tercero una acción directa para el cumplimiento de la prestación prometida (“A third party may require performance of a contractual obligation”), aunque el tercero no hubiese sido identificado al momento de la estipulación (“The third party need not be identified at the time the agreement is concluded”). Por lo demás, la intención de estipular a favor de terceros también se puede desprender de la finalidad del contrato o incluso de las circunstancias del caso concreto (“to be inferred from the purpose of the contract or the circumstances of the case”).

La utilización del término “finalidad” (“purpose”) del contrato tiende a atemperar las diversas concepciones de los particulares ordenamientos europeos en materia de “causa” y de “consideration”⁽⁴⁰⁾. El principio de validez de los efectos del contrato resulta superado sobre la base del interés del estipulante, entendido en sentido muy amplio, ello porque puede ser asumido dada la naturaleza misma del contrato y de las circunstancias del caso concreto⁽⁴¹⁾.

3. El perjuicio del tercero por ejecución inexacta del contrato: a) Daños a la persona o a los bienes del tercero. Tendencia a la “contractualización” de la responsabilidad civil: el *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* y la parábola de la *stipulation tacite pour autrui*

La “extensión” a los terceros de los efectos (favorables) de un contrato no es una prerrogativa de la voluntad de las partes. En efecto, fuera de la hipótesis del contrato a favor de tercero, están emergiendo cada vez con mayor frecuencia en la praxis, sobretodo extranjera, situaciones en las cuales un tercero tiene un específico interés en la exacta ejecución de un contrato, aunque por definición este no es parte ni puede valerse de los remedios contractuales regulares para el cumplimiento coactivo de la prestación de una de las partes. En otros términos, la ejecución inexacta de un contrato puede significar un perjuicio a la persona o bien a los bienes de un tercero, que se encuentre en una relación de “proximidad” con una de las partes del contrato. En esta hipótesis el cumplimiento o la equivocada ejecución del contrato sí repercute sobre un interés jurídicamente protegido del tercero.

Remontándonos a los primeros años de aplicación del BGB al caso, famoso en la jurisprudencia alemana, del arrendatario de un inmueble y sus familiares que sufrieron daños por la ejecución defectuosa de labores encargadas por el arrendador⁽⁴²⁾. En este caso, y en otro semejante de algunos años más tarde⁽⁴³⁾, el *Reichsgericht* consideró que se trataba de un contrato de locación a favor de tercero y que el autor de los trabajos debía ser considerado en la ejecución como un auxiliar del arrendador⁽⁴⁴⁾. Apenas algunos años antes una solución análoga fue asumida reconociendo el derecho al resarcimiento de los daños en favor de los pasajeros de un vehículo público que había sido alquilado por otro⁽⁴⁵⁾. Esta tendencia aparece constante en la jurisprudencia del *Reichsgericht*.

(39) Sobre el punto véase ALPA y FUSARO. *Relazione introduttiva*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. Op. cit.; p. 29 (pero antes publicado con el título *L'esperienza italiana* al cuidado de Alpa y Fusaro. En: ALPA y FUSARO. *Effetti del contratto nei confronti dei terzi*. Milán, 2000. p. 32). Al artículo 2115 corresponde el artículo 6.110 (estipulación a favor de tercero) de la versión italiana redactada por iniciativa de la Comisión para la reforma del libro quinto del Código Civil instituida por el Ministerio de Justicia: la versión italiana de los “principios del Derecho Contractual europeo” ha sido publicada en: ALPA y BUCCIO. *Il Codice civile europeo: Materiali dei seminari 1999-2000*. Milán, 2001. pp. 409 y siguientes (para el artículo 6.110 véase pp. 426-427). En ambas normas no se ha indicado expresamente el “interés del estipulante”, del cual tampoco se hace mención en el artículo 72, primer párrafo, del proyecto preliminar de Código europeo de contratos. GANDOLFI, G. *Proyecto preliminar de Código europeo de contratos*. Volumen I. Milán, 2001. p. 32. A propósito del artículo 72, primer párrafo, el Coordinador, IVI p. 206, explica la falta de mención del “interés del estipulante” como requisito para la validez del contrato a favor de tercero, pues considera que esta se constituye como una condición que pertenece a “une reminiscenze du droit romain” [“una reminiscencia del derecho romano”].

(40) Así ALPA y FUSARO. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. Op. cit.; p. 30.

(41) Asimismo, ALPA y FUSARO. Op. cit.; p. 30.

(42) Se trata de la sentencia del 5 de octubre de 1917 del *Reichsgericht* (en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*, 1918. pp. 21 y siguientes). La motivación de la sentencia fue publicada íntegramente también en el apéndice de la contribución de SOMMA. *L'esperienza tedesca*. En: *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* al cuidado de Alpa y Fusaro. Op. cit.; pp. 107 y siguientes, IVI pp. 133-138. A esta sentencia la doctrina alemana vincula la fortuna del contrato con efectos protectores frente a terceros (como lo recuerda BAYER. *Der Vertrag zugunsten Dritten*. En: *Neuere Dogmengeschichte-Anwendungsbereich-Dogmatische Strukturen*. Tubinga: 1995. p. 182).

(43) Sentencia del 3 de junio de 1921 del *Reichsgericht* (en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*. 1921. p. 232).

(44) Sobre estas dos sentencias ha vuelto una y otra vez la doctrina alemana: véase, por ejemplo, LARENZ, en el comentario a la sentencia del 25 de abril de 1956 del *Bundesgerichtshof*. En: LARENZ. *Neue Jur. Wochenschrift*. 1; 956, p. 1193; Id., *Lehrbuch des Schuldrecht*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. Op. cit.; p. 184; GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis kraft Leistungsnähe Zur Lehre von den Verträgen mit Schutzwirkung für Dritte*. En: *Festschrift für A. Nikisch*. Tubinga: 1958. pp. 249 y siguientes, IVI p. 255; por último véase KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. Op. cit.; pp. 53 y siguientes, IVI pp. 54-55 (donde se clasifican los tres principales grupos de casos examinados por el *Reichsgericht*).

(45) Sentencia del 7 de junio de 1915 del *Reichsgericht* (en: *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*. 1916. p. 65). También la motivación de esta sentencia es recogida íntegramente en el apéndice de la contribución de SOMMA. Op. cit.; pp. 129-133. La sentencia

Incluso resulta paradigmática una decisión de 1930 que reconoció a una doméstica, que había sufrido quemaduras por la defectuosa instalación de un calefactor a gas, la posibilidad de accionar para el resarcimiento de los daños fundándose en el contrato, estipulado por su empleador, frente a quien instaló la calefacción⁽⁴⁶⁾. El *Reichsgericht* consideró que, en el caso del contrato para la instalación de la calefacción, debe entenderse como un contrato concluido también a favor del tercero (la doméstica) que se encontraría “en contacto” con la prestación objeto del contrato de reparación⁽⁴⁷⁾. Esta sentencia preparó el camino para la construcción de una nueva categoría contractual: el contrato con efectos protectores frente a terceros⁽⁴⁸⁾. En efecto, subsumir todas estas hipótesis en el esquema del contrato a favor de tercero era forzar demasiado la fórmula del § 328 del BGB puesto que requería expresamente la promesa de la prestación a favor del tercero (“Versprechen der Leistung an einen Dritten”)⁽⁴⁹⁾, por

lo que se ha dicho que los deberes de protección de la persona y los bienes de cada una de las partes, los cuales son instrumentales respecto del deber primario de prestación, también se refieren a los terceros implicados en el área de “protección” del contrato⁽⁵⁰⁾. En otros términos, el deber de comportarse correctamente durante la ejecución del contrato, que cada una de las partes tiene frente de la otra, en todos estos casos se extiende a favor del tercero, el cual tendrá un derecho al resarcimiento de los daños en la calidad de acreedor de una pretensión de prestación secundaria⁽⁵¹⁾.

La acción que el tercero dañado puede hacer valer no atiene al cumplimiento del deber (primario) de prestación, sino que atiene a los denominados deberes de comportamiento que son instrumentales respecto del deber primario y que tienen una función protectora también de los terceros⁽⁵²⁾ a la luz de la integración de la relación obligatoria sobre la base de los principios de lealtad y de buena fe (§ 242 del BGB)^{(53)(vii)}.

es recordada profusamente también por LARENZ. *Op. cit.*; Antes de este grupo de sentencias, recogidas en esta nota y en las 42 y 43, en las contribuciones *ex professo* respecto del contrato a favor de tercero no existía sin embargo una mínima insinuación a una función protectora en favor de tercero: véase, por ejemplo, Kluckhorn, *Die Verfügungen zugunsten Dritter*. Munich, 1914, *passim*.

- (46) Esta sentencia del 10 de febrero de 1930 del *Reichsgericht* (en *Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen*. 1930. pp. 218 y siguientes) es recordada frecuentemente por la posterior doctrina alemana y extranjera como el caso “Gasuhrfall” o “Gasometerfall”: sobre tal caso véase, por ejemplo, GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*. *Op. cit.*; p. 257; más recientemente véase KÖTZ y FLESSNER. (traducción al inglés de Weir) *European Contract Law*. Volumen I. *Formation, Validity and Content of Contract. Contract and Third Parties*. Oxford: 1997. p. 252; MARKESINIS. *The German Law of Obligations*. *Op. cit.*; pp. 276-277; en nuestro ordenamiento véase BENATTI. *Doveri di protezione*. *Op. cit.*; p. 226; y, ahora, DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto*. *Op. cit.*; p. 6 (y también DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo*. *Op. cit.*; p. 110); MAGGILOLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 42, texto y nota 14.
- (47) En ese sentido véase la sentencia del *Reichsgericht*, 10 de febrero de 1930, *Op. cit.*; p. 221. Para una visión panorámica de la jurisprudencia del *Reichsgericht* véase GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*. *Op. cit.*; pp. 253 y siguientes; LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. *Op. cit.*; pp. 183-184; por último véase BAYER. *Der Vertrag zugunsten Dritten*. *Op. cit.*; pp. 182-183, texto y notas 302-308; KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen*. *Op. cit.*; pp. 57-59.
- (48) Para una primera aproximación sobre la evolución de esta nueva categoría contractual véase BAYER. *Der Vertrag zugunsten Dritten*. *Op. cit.*; pp. 182 y siguientes; LUIG. *Effetti protettivi de contratti*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 193 y siguientes, IVI pp. 194-195. Para una primera aproximación sobre las características estructurales de esta figura véase PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch*. *Op. cit.*; sub § 328. pp. 424-425.
- (49) Este era el enfoque originario del *Reichsgericht*, el cual era también seguido por la doctrina de la época, como lo recuerda BAYER. *Der Vertrag zugunsten Dritten*. *Op. cit.*; pp. 182-183. Sobre este perjudicial uso (*Missbrauch*) del § 328 del BGB y, más en general, del Derecho de los Contratos véase las pertinentes reservas de GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*. *Op. cit.*; pp. 261-262; Id., *Gläubiger, Schuldner und Dritte*. En: *Juristen Zeitung*. 1962. pp. 553 y siguientes. IVI pp. 555-556; LORENZ, W. *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse - Grenzen zwischen vertraglicher und deliktischer Haftung*. IVI, 1962. pp. 108 y siguientes, IVI p. 112; interpretación integrativa (*ergänzende Auslegung*) del § 157 del BGB. Para la posición de Larenz véase infra nota 53.
- (50) La tesis se remonta a Larenz, quien la expone en el comentario a la sentencia del 25 de abril de 1956 del *Bundesgerichtshof*, *Op. cit.*; pp. 1193 y siguientes, desarrollándola luego en LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. 1957. pp. 154 y siguientes (ahora en la pp. 184 y siguientes de la 11era. edición de 1976 de donde la he citado y continuaré citando) y en la posterior contribución LARENZ. *Zur Schutzwirkung eines Schuldvertrages gegenüber dritten Personem*. En: *Neue Jur. Wochenschrift*. 1960, pp. 78 y siguientes, IVI p. 79 (se trata del segundo de dos ensayos del mismo título, que se inspiran en la sentencia del *Bundesgerichtshof* del 15 de mayo de 1959 [más conocido como el caso “Capuzolfall”], IVI, 1959. p. 1676: el primero de ellos, al cual contesta Larenz, es de Heiseke).
- (51) Se ha sintetizado en el texto el pensamiento de Larenz, en el mencionado comentario a la sentencia del *Bundesgerichtshof* del 25 de abril de 1956, *Op. cit.*; p. 1194; LARENZ. *Zur Schutzwirkung*. *Op. cit.*; p. 79; LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Op. cit.*; pp. 184-185.
- (52) Sobre este haz de deberes que caracterizan a la relación obligatoria, uno primario de prestación (*primäre Leistungspflichten*) y los otros secundarios de protección (*Schutzpflichten*) véase MARKESINIS. *The German Law of Obligations*. *Op. cit.*; p. 276, quien recuerda la aplicación de estos por el *Reichsgericht* en 1930 al caso del “Gasuhrfall” (sobre el cual véase supra nota 46). Esta distinción resulta clara en Larenz, sea en la nota varias veces citada, p. 1193, sea en la posterior contribución *Zur Schutzwirkung*. *Op. cit.*; y en el *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Op. cit.*; pp. 184-185.
- (53) Es la opinión prevalente en la doctrina alemana, como lo recuerda bien BENATTI. *Doveri di protezione*. *Op. cit.*; p. 227; MARKESINIS. *Op. cit.*; p. 279, GRAZIADEI, M. *I terzi e gli effetti contrattuali*. *Op. cit.*; p. 160; y Maggiolo, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 55. Véase, por ejemplo, LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. *Op. cit.*; p. 187 (modificando parcialmente su propio pensamiento respecto de sus precedentes contribuciones en los cuales no se excluía la interpretación integradora

Puesto que los denominados deberes de protección forman parte de la relación obligatoria primaria, los cuales tienen como finalidad tutelar al contratante-acreedor de la prestación de los daños a la persona y/o a sus bienes que puedan verificarse con ocasión de la ejecución del contrato, esta misma tutela se extiende a los terceros que se encuentren expuestos, por su particular situación respecto de una de las partes, al mismo riesgo de daño al cual se encuentra expuesto el contratante-acreedor de la prestación⁽⁵⁴⁾ o, en todo caso, que los terceros frente a este último tengan algún interés en la protección⁽⁵⁵⁾.

De aquí, la protección contractual del tercero damnificado a través del esquema del contrato con efectos protectores frente a terceros⁽⁵⁶⁾, que no es un contrato con prestaciones a favor de un tercero ("Vertrag auf Leistung an einen Dritten") en el sentido del § 328 del BGB, sino un contrato con efectos de protección para el tercero ("Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte"), esto es un tipo contractual distinto, no disciplinado por la ley, más "débil" respecto del contrato a favor de tercero, sino fruto de una elaboración jurisprudencial ya consolidada en el derecho alemán⁽⁵⁷⁾ y austriaco⁽⁵⁸⁾, y que en el

del § 157 del BGB: véase nota *Op. cit.*; p. 1193; LARENZ. *Zur Schutzwirkung. Op. cit.*; p. 80); GERNHUBER. *Gläubiger, Schuldner und Dritte. Op. cit.*; p. 555; CANARIS. *Ansprüche wegen "positiver Vertragsverletzung" und "Schutzwirkung für Dritte" bei nichtigen Verträgen. En: Juristen Zeitung. 1965. pp. 475 y siguientes, IVI pp. 476-478; cfr. también ESSER. Schuldrecht. Volumen I. Op. cit.*; p. 399; en cuanto a los manuales véase en este sentido PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch. Op. cit.*; sub § 328, pp. 424-425. En nuestro ordenamiento esta justificación dogmática del contrato con efectos protectores frente al tercero ha sido particularmente censurada por CASTRONOVO. *Obblighi di protezione e tutela del terzo. Op. cit.*; pp. 174 y siguientes; CASTRONOVO. *Obblighi di protezione. Op. cit.*; § 9, p. 7, quien propone sustituirla con el principio de solidaridad *ex artículo 2* de la Constitución italiana (sobre ello véase en sentido crítico BENATTI. *Op. cit.*; que lo considera una cláusula general "bon a tout faire" ["buena para cualquier propósito"]).

(vii) § 242 del BGB. Ejecución de la prestación con arreglo a la lealtad y confianza.

El deudor está obligado a ejecutar la prestación con arreglo a las exigencias de la buena fe y teniendo en cuenta los usos del tráfico.

(54) Este es el primero de los criterios elaborados por la jurisprudencia alemana a fin de evitar una excesiva expansión del contrato con efectos protectores frente a terceros, con el peligro de dejar sin contenido el principio de relatividad de los efectos contractuales. Sobre el presupuesto de la "proximidad" del tercero a la prestación debida ("Leistungsnähe") -recordado en el título del ensayo de GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis. Op. cit.*; pp. 249 y siguientes, del cual véase sobretodo pp. 270 y siguientes, IVI pp. 273-274- véase MARSH. *Comparative Contract Law. Op. cit.*; p. 328; MARKESINIS. *The German Law of Obligations. Op. cit.*; p. 279; DU PERRON. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; p. 323; PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch. Op. cit.*; sub § 328, p. 425. El criterio de la "proximidad" a la prestación es recordado ampliamente por la doctrina italiana más reciente: véase DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto. Op. cit.*; p. 16 (y también DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo. Op. cit.*; p. 113); MAGGIOLIO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo. Op. cit.*; p. 47.

(55) Sobre este segundo criterio ("Gläubignähe"), el cual presupone, para decirlo en términos de la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, que el acreedor sea en algún modo responsable por el bien o el mal del tercero ("Wohl und Wehe des Dritten"), véase LARENZ. *Op. cit.*; p. 1194; LARENZ. *Zur Schutzwirkung. Op. cit.*; p. 79; *Id.*, *Lehrbuch des Schuldrechts. Volumen I. p. 187. nota 2*; CANARIS. *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei "Gegenläufigkeit" der Interessen. En: Juristen Zeitung. 1995. pp. 441 y siguientes, IVI pp. 442-443*; PALANDT. *Op. cit.*; véase también MARSH. *Op. cit.*; DU PERRON. *Op. cit.*; La orientación de la doctrina austriaca es distinta ya que no requiere una relación así de estricta entre el acreedor y el tercero, como lo recuerda RAINER. *I contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi nel diritto austriaco. En: Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi. Op. cit.*; pp. 211 y siguientes, IVI p. 212.

La jurisprudencia alemana ha elaborado también otros criterios, que se suman a los primeros dos ("Erhenebarkeit": cognoscibilidad, por parte del deudor, de la situación de peligro a la cual se encuentra expuesto el tercero y del interés del acreedor en la protección del tercero; "schutzbedürftig": necesidad de protección del tercero) sobre ambas véase PALANDT. *Op. cit.* Como lo recuerda KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen. Op. cit.*; pp. 59 y siguientes, IVI pp. 63-64; luego de observar estos criterios se puede caer en la cuenta de que no existe relación de concordancia entre ellos, algunos de los cuales son considerados innecesarios, incluso en ocasiones se habla de cuatro o de tres presupuestos para la configurabilidad del contrato con efectos protectores frente a terceros. La doctrina italiana es, por lo general, más bien crítica con estos criterios porque pueden dar lugar a incertidumbres y ambigüedades: véase, por ejemplo, el atento examen de cada uno de estos requisitos por parte de DI MAJO. *La protezione del terzo. Op. cit.*; pp. 16 y siguientes (y también DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo. Op. cit.*; p. 113. nota 3), y de MAGGIOLIO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo. Op. cit.*; pp. 47 y siguientes.

(56) La naturaleza contractual de la acción del tercero es un principio absolutamente pacífico en la doctrina alemana: véase, por todos, LARENZ. *Op. cit.*; p. 1194; LARENZ. *Zur Schutzwirkung. Op. cit.*; p. 79; LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts. Volumen I. Op. cit.*; p. 187; FLUME. *Das Rechtsgeschäft. Op. cit.*; p. 331; PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch. Op. cit.*; sub § 328, p. 425. Existe conformidad entre los escritores de lengua inglesa: véase MARSH. *Comparative Contract Law. Op. cit.*; p. 382; MARKESINIS. *The German Law of Obligations. Op. cit.*; p. 277.

(57) Se ha reportado casi por entero el pensamiento de Larenz, en el comentario citado, p. 1196; LARENZ. *Zur Schutzwirkung. Op. Cit.*; LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts. Volumen I. Op. cit.*; p. 185, que ha tenido muchos seguidores en la doctrina alemana ya sea con matices y "distinciones": véase, por ejemplo, GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis. Op. cit.*; pp. 263-264 (quien asimismo afirma que la tutela del tercero no puede reconducirse al § 328, segundo párrafo, del BGB [IVI pp. 264-265], no considera que el contrato con efectos protectores para el tercero como la manifestación de un nuevo tipo contractual sino como una figura jurídica que sobrepasa los límites del § 328 del BGB: IVI p. 264); LORENZ, W. *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse. Op. cit.*; p. 112; PALANDT, *Op. cit.*; p. 424. A la tesis de Larenz se contraponen VON GAEMMERER. *Verträge zugunsten Dritter. Op. cit.*; pp. 315-316, que continúa justificando con el § 328 del BGB la tutela resarcitoria del tercero; pero tal opinión permanece aislada en la doctrina alemana teniendo en cuenta la insusceptibilidad del § 328 del BGB de una interpretación analógica. La tesis de Larenz ha tenido eco también en la doctrina italiana: como lo recuerda profusamente DI MAJO. *La protezione del terzo. Op. cit.*; p. 7, nota 12 (y DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo. Op. cit.*; p. 112, nota 1).

(58) ...con referencia al § 1313a BGB, como recuerda RAINER. *I contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi. Op. cit.*; p. 211. La doctrina austriaca atribuye el mérito de la elaboración de la figura a BYDLINSKI, F. *Vertragliche Sorgfaltspflichten zugunsten Dritter. En: Jur. Blätter. 1960. pp. 359 y siguientes. Entre los autores más recientes véase MAYRHOFER. Das Recht der Schuldverhältnisse. Tómo 1. Allgemeine Lehre. En: System des österreichischen allgemeinen Privatrechts al cuidado de Ar. y Ad. Ehrenzweig. Volumen II. Viena,*

ordenamiento jurídico alemán ha puesto fin a algunas lagunas estructurales del sistema de la responsabilidad civil del BGB⁽⁵⁹⁾, mientras que en el austriaco ha hallado en la responsabilidad del productor su campo de aplicación preeminente⁽⁶⁰⁾. Teniendo en consideración los primeros comentarios de la ley del 26 de noviembre de 2001 sobre la reforma del Derecho de Obligaciones (“Gesetz zur Modernisierung des Schuldrechts”)^(viii) el enfoque jurisprudencial ha recibido un explícito reconocimiento a nivel legislativo en Alemania a través de la combinación de las disposiciones de los §§ 311, tercer párrafo^(ix), y 241^(x), segundo párrafo, del BGB, en función a los cuales los deberes de protección *ex* § 241, segundo párrafo, son extendidos por el tercer párrafo del § 311 a quienes no sean

parte del contrato (“... anch zu Personen... die nicht selbst Vertragspartei werden sollen”)⁽⁶¹⁾.

La protección del tercero por daños a la persona y/o a los bienes por ejecución inexacta de un contrato es una constante también en la jurisprudencia francesa, donde ya al inicio de la década de 1930 se había reconocido al cónyuge y a los hijos del transportado un derecho de naturaleza contractual *ex* artículo 1147 del *Code Civil* (y no ya a título de responsabilidad civil *ex* artículos 1382-1383 del *Code Civil*) al resarcimiento del daño por la muerte del individuo motivado en que en el contrato de transporte de personas era configurable, aun en ausencia de una explícita previsión, una estipulación a favor de determinados componentes del núcleo familiar del transportado⁽⁶²⁾.

1986. pp. 190 y siguientes; HARRER. *Verträge mit Schutzwirkung zugunsten Dritter*. En: *Praxiskommentar zum ABGB samt Nebengesetzen*. Volumen VII. §§ 1293-1502. Viena, 1997. Sub § 1295, pp. 78 y siguientes; WELSER. *Schuldrecht Allgemeiner Teil, Schuldrecht Besonderer Teil, Erbrecht*. En: *Grundriss des bürgerlichen Rechts* cuidado conjuntamente con Koziol hasta la 10ma. edición. Volumen II. Viena, 2001. pp. 135 y siguientes.

Completamente distinta resulta la actitud de la doctrina suiza que considera que no se ha demostrado la utilidad del contrato con efectos protectores para justificar una responsabilidad por la confianza (“confidence”) generada en el tercero: esta es la conclusión de CHAPPUIS. *La responsabilité fondée sur la confiance (Vertrauenshaftung, responsabilità fondata sulla fiducia) d'un tiers à l'égard d'une partie au contrat*. En: *Gli effetti del contratto nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 215 y siguientes, IVI p. 241. Sobre el punto específico véase *infra* § 4, texto y notas 72 y 78.

- (59) Este punto con ciertas reservas puesto que regresaremos a él en *infra* § 5; sobre esta función que se atribuye la doctrina alemana al contrato con efectos protectores frente a terceros véase, para una primera aproximación, GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*. *Op. cit.*; pp. 252-253; FLUME. *Das Rechtsgeschäft*. *Op. cit.*; p. 330; ESSER y WEYERS. *Schuldrecht*. Volumen II. *Besonderer Teil*. Heidelberg: 1991. p. 594; ESSER y SCHIMDT. *Schuldrecht*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. Tomo 2. *Op. cit.*; p. 251; PALANDT. *Op. cit.*; MARKESINIS. *The German Law of Obligations*. *Op. cit.*; p. 276; KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law*. *Op. cit.*; pp. 252-254; y, por último, véase KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen*. *Op. cit.*; pp. 55 y siguientes, IVI p. 57. La misma clave de lectura de las razones para la creación de la figura han sido evidenciadas, con claridad, por la doctrina italiana: véase, por ejemplo, BENATTI. *Doveri di protezione*. *Op. cit.*; p. 226; DI MAJO. *La protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 14 (y DI MAJO. *La protezione contrattuale*. *Op. cit.*; p. 114); SOMMA. *L'esperienza tedesca*. *Op. cit.*; p. 116; MAGGIOLIO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 58; GRAZIADEI. *I terzi e gli effetti contrattuali*. *Op. cit.*; p. 160.
- (60) Lo recuerda RAINER. *I contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; pp. 213 y 214. Sobre el punto véase también MAYRHOFER. *Das Rech der Schuldverhältnisse*. Tomo 1. *Op. cit.*; p. 91; APATHY y RIEDLER. *Schuldrecht. Besonderer Teil*. En: *Bürgerliches Recht* al cuidado de Apathy. Viena-Nueva York, 2000. p. 125.
- (viii) Traducción libre: Ley de modernización del derecho de obligaciones. Esta importante ley ha sido recientemente traducida por nosotros y puede ser revisada en: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 66 (enero-marzo). Trujillo: 2006. Las referencias a los párrafos del BGB serán realizadas tomando como base este documento.
- (ix) § 311 del BGB. 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,
 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.
- (x) § 241 del BGB. Deberes derivados de la relación obligatoria.
- (1) El acreedor, en virtud de la relación obligatoria, se encuentra 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.
- (61) Sobre el punto específico véase, por ejemplo, la introducción de Kohler al nuevo texto del BGB para la edición de la *Deutscher Taschenbuch Verlag*. 2001. p. XXVII; HUBER y FAUST. *Schuldrechtsmodernisierung. Einführung in das neue Rect*. Munich, 2002. p. 18. Mayores detalles en los comentarios de LORENZ, S. y RIEHM. *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*. Munich, 2002. pp. 189 y siguientes; quienes recuerdan el “Gemüseblattfall” decidido por el *Bundesgerichtshof*, en la sentencia del 28 de enero de 1976, en el sentido que protege a una menor que ingresa con su madre a un supermercado para realizar compras y se resbala sobre una ensaladera, causándose así lesiones (en *Juristen Zeitung*. 1976, p. 778, con comentarios críticos de Kreuzer).
- (62) Se trata de la importante sentencia de la Corte de Casación francesa del 6 de diciembre de 1932 (en *Dalloz*: 1933, I, p. 137, con nota crítica de Jossierand [sobre la cual véase la nota siguiente]). La sentencia es recordada, de manera amplia, por SAVATIER. *Le prétendu principe de l'effet relatif des contrats*. *Op. cit.*; pp. 527 y 534, y en las posteriores contribuciones de la teoría general del contrato, a

En la experiencia francesa el expediente de la *stipulation tacite pour autrui*, a la cual se oponían decididamente un sector de la doctrina de la época, en tanto la consideraban una especie de “opération mentale purement fictive, inventée pour les besoins de la cause”^{(63)(xi)}, ha sido usada por la jurisprudencia para “contractualizar” la responsabilidad civil, también en ausencia de contrato, en otra numerosa serie de hipótesis, sobretodo aquellas en las cuales se ha sentido mayor insuficiencia de los criterios de imputación subjetivos de la responsabilidad extracontractual⁽⁶⁴⁾.

Las hipótesis más frecuentes de tutela del tercero por la ejecución defectuosa de un contrato ajeno son las prestaciones sanitarias. Así, por ejemplo, en los supuestos de transfusiones con sangre infectada, se ha declarado constantemente una responsabilidad contractual del centro suministrante del plasma frente al enfermo destinatario de la transfusión, aunque el contrato de suministro de plasma fuese estipulado entre el banco de sangre y la entidad hospitalaria.

Ya a mediados de la década del cincuenta la Corte de Casación francesa había enunciado el principio de que en los contratos de suministro de plasma, estipulados entre los bancos de sangre y las estructuras hospitalarias, existe un contrato a favor de tercero⁽⁶⁵⁾.

En tal sentido al tercero perjudicado por la sangre infectada se le reconocía una acción contractual directa para el resarcimiento del daño generado como consecuencia de la ejecución defectuosa del contrato de suministro. En la jurisprudencia sucesiva se ha precisado que del contrato de suministro de plasma se derivaba un deber de protección del cual se beneficiaba no solo la entidad hospitalaria, el contratante directo, sino también el tercero damnificado⁽⁶⁶⁾. Este enfoque partía de la premisa de que el suministro de plasma era una obligación de resultado: el banco de sangre tenía que garantizar un producto (el plasma sanguíneo) libre de vicios, con la consecuencia de que el tercero perjudicado por la sangre infectada, aunque extraño al contrato de suministro, también se beneficiaba de la misma obligación contractual de seguridad (“obligation contractuelle de sécurité”) de la que habría gozado si hubiese estipulado directamente el contrato⁽⁶⁷⁾.

A través de la ficción de la “stipulation pour autrui implicite” la jurisprudencia francesa ha conseguido conceder a los terceros una tutela análoga a aquella prevista en caso de venta por productos defectuosos, inclusive la “obligation de sécurité” resulta distinta de la garantía por vicios, tanto es así que en el caso de daños por transfusión de sangre infectada ha sido expresamente excluida la aplicación del término breve del artículo 1648 del *Code*⁽⁶⁸⁾.

propósito del contrato a favor de tercero: véase, por ejemplo, ESMEIN. *Obligations*. En: *Traité pratique de droit civil français* al cuidado de M. Planiol y G. Ripert. Tomo 1. París, 1952. p. 460 (que habla de “stipulation implicite”); MARTY y RAYNAUD. *Les obligations*. *Op. cit.*; p. 233. Por último véase, *ex professo*, IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers*. *Op. cit.*; pp. 84-85, quien señala en la nota 38 el camino seguido para la motivación respecto del principio de fondo. La sentencia ha tenido grandes repercusiones en la doctrina comparada: véase KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law*. *Op. cit.*; p. 251.

- (63) La crítica es de JOSSEERAND. *La stipulation pour autrui dans le contrat de transport et le droit à réparation des héretiers de la victime d'un accident mortel*. En: *Dalloz*. Volumen I. 1933. pp. 137 y siguientes, IVI p. 138, quien opina decididamente en contra de la doctrina “de la socialisation des actes juridiques” y dudando que “l'etatisation et... la standardisation juridiques représente un progrès pour l'intelligence et pour la dignité humaine” (IVI p. 139). Las reservas de Josserand han sido repetidas por MAZEAUD H., L. y TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*. Volumen I. París, 1957. p. 173; LORENZ, W. *Die Einbeziehung Dritter in vertragliche Schuldverhältnisse*. *Op. cit.*; p. 113, texto y nota 52.
- (xi) Traducción libre: “operación mental simplemente ficticia, inventada solamente por la necesidad de la causa”.
- (64) Sobre esta tendencia a la contractualización de la responsabilidad civil en Francia véase, entre los comparatistas, MARKESINIS. *The German Law of Obligations*. *Op. cit.*; p. 285; DU PERRON. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 324; VON BAR. *The Common European Law of Torts*. Volumen I. Oxford: 1998. p. 500. Sobre la utilización de la “stipulation tacite pour autrui” véase, entre los juristas franceses, MARTY y RAYNAUD. *Les obligations*. *Op. cit.*; p. 233; y, por último véase, para las necesarias referencias, IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers*. *Op. cit.*; pp. 84 y siguientes.
- (65) También aquí se trata de una sentencia que ha tenido profundas repercusiones en la doctrina francesa: Casación Civil, del 17 de diciembre de 1954, en *Dalloz*, 1955, *Jur.*, p. 269, con amplios comentarios de Rodière, *La responsabilité contractuelle du Centre national de transfusion sanguine, en cas de contamination d'un malade hospitalisé*. El caso es recordado por MARTY y RAYNAUD. *Op. cit.*; IZORCHE. *Op. cit.*; p. 85; MARKESINIS. *The German Law of Obligations*. *Op. cit.*
- (66) En este sentido, específicamente, Corte de apelaciones Aix-en-Provence, 12 de julio de 1993, en *Dalloz*, 1994, *Jur.*, pp. 13 y siguientes (la motivación: p. 14), con comentarios de VIDAL. *Contamination par le sida: une mauvaise surprise du côté des assurances* (IVI, pp. 15-16).
- (67) Asimismo, véase Apelación Aix-en-Provence, del 12 de julio de 1993, *Op. cit.*; p. 14. El comentarista de la sentencia señala su importancia por haber individualizado “une obligation de sécurité autonome eu matière contractuelle” [“una obligación de seguridad autónoma en materia contractual”] (véase VIDAL. *Op. cit.*; p. 15). Sobre el punto, pero con referencia a la Casación civil, del 6 de julio de 1994, en *Bull. civ.*, Volumen II. 1994. n. 182, véase también VON BAR. *The Common European Law of Torts*. *Op. cit.*; p. 500. Sobre esta obligación “de sécurité” de un contratante frente al otro se ha afirmado, en varias oportunidades, la doctrina francesa, aunque sin alguna referencia específica a la “stipulation tacite pour autrui”: véase, por ejemplo, SAVATIER. *La théorie des obligations*. *Op. cit.*; pp. 194 y 195; MAZEAUD H., L., J. MAZEAUD y CHABAS. *Obligations. Théorie générale*. *Op. cit.*; pp. 380 y siguientes; para las necesarias referencias jurisprudenciales generales véase IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers*. *Op. cit.*; p. 86.
- (68) Así, Corte de Apelaciones Aix-en-Provence, del 12 de julio de 1993, *Op. cit.*; p. 14. Sobre el punto específico de la inaplicabilidad del término breve de la acción de garantía por vicios ocultos véase posteriores referencias de la jurisprudencia en IZORCHE. *Op. cit.*; pp. 85-86. Nota 42.

Esta orientación ha permanecido incontrastable por largo tiempo. Es solo luego de la directiva CEE 85/374 del 25 de julio de 1985, respecto de la venta de productos defectuosos, que el recurso a la estipulación tácita a favor de terceros ha sido progresivamente abandonada⁽⁶⁹⁾. En efecto, a la víspera de la ley del 19 de mayo de 1998, fecha de recepción de la directiva, la Corte de Casación francesa ha dado vuelta a la página, en un caso de suministro de sangre infectada, abandonando definitivamente el modelo de la acción contractual directa⁽⁷⁰⁾ para regresar al área de la responsabilidad extracontractual, a la luz del principio de que el defecto de seguridad (“défaut de sécurité”) del producto puede ser hecho valer, por cualquier damnificado, sin distinción alguna entre las partes del contrato y terceros⁽⁷¹⁾.

4. El perjuicio del tercero por ejecución inexacta del contrato: b) Daños meramente económicos del tercero. La diversidad de soluciones en las experiencias alemana e inglesa. El caso italiano de la responsabilidad contractual por estatus profesional

A partir de la década de 1950 la jurisprudencia alemana se ha servido del contrato con efectos

protectores frente a terceros para extender ulteriormente el área del daño resarcible. Se ha dicho, en efecto, que la ejecución inexacta de un contrato puede ser causa también de daños meramente económicos frente a terceros (“reine Vermögensschaden”). Se tratan de daños que no influyen perjuicios a la persona y/o a los bienes del tercero, sino que consisten en una pura pérdida patrimonial como consecuencia del incumplimiento de una de las partes⁽⁷²⁾.

El caso que llamó la atención del *Bundesgerichtshof* en 1965, ahora conocido con el nombre de “Testamentfall”⁽⁷³⁾, trató, primordialmente, en que un profesional fue considerado responsable contractualmente frente a la hija del *de cuius* por haberse retrasado en la redacción del testamento con el cual el padre intentaba instituir la heredera universal. Por la negligente ejecución del encargo recibido por el padre, en el entretiem po muerto de manera imprevista, se abrió la sucesión legal. Aquí la hija del *de cuius* era portadora de un interés meramente económico, cuya tutela fue reconocida extendiendo el área de protección del contrato estipulado por el padre con el profesional. En otros términos, el efecto protector del contrato fue extendido del deber primario de prestación. En efecto, con el reconocimiento de una acción contractual al tercero

(69) Sobre el ocaso de la “stipulation tacite pour autrui” en materia de contrato de transporte de personas véase VON BAR. *The Common European Law of Torts. Op. cit.*; p. 501. Ahora, más profundamente, IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers. Op. cit.*; p. 86.

(70) ...en el *Code Civil* previsto legislativamente solo respecto al tema de arrendamiento (artículo 1753: acción directa del arrendador frente al subarrendatario para el pago de la renta), de contrato de obra (artículo 1798: acción directa de los dependientes del constructor frente al comitente) y de mandato (artículo 1994: acción directa del mandante frente al sub-mandatario); sobre estas tres hipótesis véase SOLUS. *L'action directe et l'interprétation des articles 1753, 1798, 1994 du Code civil*. París, 1914 *passim*. Sobre la acción directa del tercero como efecto de la “stipulation pour autrui” véase, para las necesarias referencias MAZEAUD H., L., J. MAZEAUD y CHABAS. *Obligations. Théorie générale. Op. cit.*; pp. 925 y siguientes. Sobre la evolución doctrinal de la acción directa en Francia véase DASSIO. *L'esperienza francese*. En: *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* al cuidado de Alpa y Fusaro. *Op. cit.*; p. 89 y siguientes, IVI pp. 97 y siguientes, el cual recuerda que aun la contribución fundamental, en tema de *action directe*, permanece siendo el de COZIAN. *L'action directe*. París, 1969, *passim*, autor de la “teoría legalista” tratándose de excepciones al principio de relatividad de los efectos contractuales (artículo 1165 del *Code Civil*) y de la “par conditio creditorum” (artículo 2092 del *Code Civil*). En la doctrina italiana véase, por todos, la contribución de VECCHI. *L'azione diretta*. Padua, 1990; hasta el momento el único estudio monográfico *ex professo*.

(71) Se trata de la sentencia del 28 de abril de 1998. En: *Informations rapides*. En: *Dalloz*. p. 142; ampliamente recordada por IZORCHE. *Les effets des conventions à l'égard des tiers. Op. cit.*; pp. 86-87.

(72) Para las necesarias informaciones véase, por último, en la doctrina alemana BAYER. *Der Vertrag zugunsten Dritten. Op. cit.*; pp. 185 y siguientes; KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen. Op. cit.*; pp. 62-63; Luig, “*Effetti protettivi de contratti*”, *Op. cit.*; pp. 194 y siguientes, con particulares referencias a la responsabilidad del consultor. Sobre la tutela del tercero por daños meramente económicos también se ha investigado con particular atención en la doctrina italiana y extranjera distinta a la alemana, con reacciones contrastantes. Para la doctrina italiana véase sobretodo CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione. Op. cit.*; pp. 225 y siguientes; DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto. Op. cit.*; pp. 8 y siguientes, IVI pp. 12-13; MAGGIOLLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo. Op. cit.*; pp. 58 y siguientes. En la doctrina extranjera véase MARSH. *Comparative Contract Law. Op. cit.*; pp. 381-382; KÖTZ y FLEISSNER. *European Contract Law. Op. cit.*; pp. 253-254; y, VON BAR. *The Common European Law of Torts. Op. cit.*; pp. 512 y siguientes.

Lo mismo ocurrió en la jurisprudencia austriaca a mediados de la década de 1970, como bien lo recuerda RAINER. *I contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi. Op. cit.*; p. 213, a propósito del denominado “Tankstellenfall” del 11 de diciembre de 1973; para posteriores indicaciones véase HARRER. *Op. cit.*; sub § 1295, p. 81; y, WELSER. *Op. cit.*; p. 136. Como se ha referido supra nota 58, diverso es el estado de cosas en el derecho suizo donde la tutela del tercero por daños meramente económicos por “Vertrauenshaftung” no implica derogación alguna al principio de relatividad de los efectos contractuales (véase CHAPPUIS. *La responsabilité fondée sur la confiance. Op. cit.*; p. 241) y se fundaría sobre los mismos principios de la responsabilidad precontractual (así SCHMIDLIN. *La stipulation e la sua estensione ai terzi: la responsabilità nel contatto contrattuale*. En: *Gli effetti contrattuali nei confronti dei terzi. Op. cit.*; pp. 121 y siguientes. IVI p. 124, nota 5): esta es la solución expuesta también por el Tribunal federal suizo en el asunto “Swissair” de 1994 (sobre el cual véase CHAPPUIS. *Op. cit.*; pp. 216-219).

(73) Se trata de la sentencia del 6 de julio de 1965, en *Neue Jur. Wochenschrift*, 1965. p. 1955, y en *Juristen Zeitung*, 1966. p. 141, con comentarios críticos de W. Lorenz (IVI, pp. 143 y siguientes), el cual se remonta a la utilización del modelo del contrato con efectos protectores para la tutela del tercero contra daños meramente económicos. La sentencia, que confirma la tendencia del derecho alemán

(la hija del *de cuius*), el *Bundesgerichtshof* modificó el objeto mismo de la tutela típica del contrato con efectos protectores, de la persona y/o los bienes del tercero fue trasladada a la prestación debida (la redacción oportuna del testamento), transformando de esta manera el interés a la observancia de los deberes instrumentales (los denominados deberes de protección) a un interés al cumplimiento del deber (primario) del deudor, vale decir en un interés “al contrato”⁽⁷⁴⁾. El *Bundesgerichtshof* consideró que en el caso de marras el único interés jurídicamente tutelable era el interés del tercero (la hija) a suceder en la universalidad del patrimonio del *de cuius*⁽⁷⁵⁾.

Cerca de treinta años después un caso análogo llamó la atención de la jurisprudencia inglesa. También aquí, el famoso caso *White vs. Jones* de 1995⁽⁷⁶⁾, por la negligencia del *solicitor* no fue posible llevar a la práctica la voluntad del *de cuius* de disponer un legado a favor de sus dos hijas. No existía duda de que, por la negligencia del profesional, las hijas del *de cuius* habían sufrido una pérdida puramente económica no pudiendo beneficiarse del legado. En el caso *White vs. Jones* la solución fue radicalmente diversa de aquella asumida por el *Bundesgerichtshof*. La imposibilidad de superar el dogma de la “privity of contract” y la doctrina de la “consideration” indujeron a la Cámara de los Lords a negar toda protección de tipo contractual (“no liability in contract”)⁽⁷⁷⁾ a las hijas del *de cuius*.

Siempre en materia de daños meramente económicos la jurisprudencia alemana ha extendido los efectos protectores del contrato a un segundo grupo de casos que pertenecen en cambio a la responsabilidad del consultor por informaciones inexactas⁽⁷⁸⁾. Piénsese en el caso del perito inmobiliario, encargado por el propietario a estimar el valor de un bien, que despliega erradamente el encargo recibido, sobrevaluando el valor del inmueble. Un tercero, confiándose en la estimación del perito, adquiere el bien por tal precio, sufriendo de esta manera un daño económico relevante⁽⁷⁹⁾. También aquí el *Bundesgerichtshof* utilizó el mecanismo del contrato con efectos protectores frente a terceros, no obstante que ninguna de las partes del contrato de consultoría (ni el propietario del inmueble ni el perito) tuviese interés alguno en la protección del tercero (el adquirente del bien): por el contrario, tratándose de un contrato de compraventa, el interés del propietario-vendedor y aquel del tercero adquirente, en lo referente a la estimación del bien, eran incluso antitéticos⁽⁸⁰⁾.

Este ensanchamiento de los deberes de protección al patrimonio del tercero ha sido decididamente criticado por la doctrina alemana, que no comparte la tesis del *Bundesgerichtshof* de que el tercero adquirente debe considerarse comprendido en la esfera de protección del contrato de consultoría⁽⁸¹⁾. Aquí, en efecto, no se intentaba

a atribuir protección contractual a *fattispecie* pertenecientes al área de la responsabilidad civil (véase en sentido crítico LORENZ, W. *Op. cit.*; p. 145), ha tenido grandes repercusiones en la doctrina alemana y extranjera, incluyendo la italiana: véanse los autores referidos en la nota precedente añadiendo MARKESINIS. *The German Law of obligations. Op. cit.*; p. 279; y, SOMMA. *L'esperienza tedesca. Op. cit.*; p. 117 (el cual, en las pp. 138-142, cita íntegramente la motivación). En cambio, la sentencia no es recordada por LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Op. cit.*; pp. 183-187; quizás porque considera que resulta un precedente que no debe ser seguido (esta última interpretación es brindada por CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione. Op. cit.*; p. 201, nota 109).

- (74) Sobre el punto véase LUIG. *Effetti protettivi de contratti. Op. cit.*; p. 194. En este sentido, específicamente, en la doctrina italiana véase DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto. Op. cit.*; p. 8, texto y nota 15; MAGGILOLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo. Op. cit.*; p. 59.
- (75) En sentido decididamente crítico contra esta conclusión propuesta por el *Bundesgerichtshof*, no pudiendo teorizarse, por lo menos en el derecho italiano, sobre un deber de protección frente a un tercero potencialmente beneficiario de un testamento, véase CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione. Op. cit.*; p. 201; en sentido contrario MAGGILOLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo. Op. cit.*; p. 60, nota 91.
- (76) El caso *White vs. Jones*, publicado en 2 *W. L. R.*, 1995, pp. 187 y siguientes, ha tenido enormes repercusiones en la doctrina italiana y extranjera. Lo recuerda, entre otros, DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto. Op. cit.*; p. 12; y, MAGGILOLO, M. *Op. cit.*; p. 45, nota 29. El caso es recordado también por CASTRONOVO. *Op. cit.*; pero con referencias a la sentencia de la Corte de Apelaciones (en *W. L. R.*, p. 730) que había afirmado la responsabilidad del profesional, reformando la decisión de primer grado del 21 de setiembre de 1991.
- (77) Son palabras de Lord Goff of Chieveley, cuya opinión es recogida en 2 *W. L. R.*, 1995, pp. 191 y siguientes, IVI pp. 106 y 205.
- (78) Para una primera aproximación a la jurisprudencia del *Bundesgerichtshof* véase BAYER. *Der Vertrag zugunsten Dritten. Op. cit.*; pp. 189-190; y, LUIG. *Effetti protettivi de contratti. Op. cit.*; pp. 195 y siguientes.
- (79) Sobre este caso se pronunció el *Bundesgerichtshof* con sentencia del 10 de noviembre de 1994, en *Juristen Zeitung*, 1995. p. 306 (con comentarios críticos de Medicus, *ivi*, pp. 308-309), el cual ofreció inspiración al ensayo de CANARIS. *Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei “Gegenläufigkeit” der Interessen*. En: *Juristen Zeitung*. 1995. pp. 441 y siguientes; quien observa la debilidad de una solución “nach den Regeln über Schutzwirkungen zugunsten Dritter” (IVI, pp. 442-444). La sentencia es recordada en la doctrina italiana sobretudo por MAGGILOLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo. Op. cit.*; p. 45, nota 30; p. 49, texto y nota 50; pp. 51-52, nota 57; y, p. 62, texto y nota 96; quien resalta los aspectos más críticos.
- (80) Estos aspectos criticables son evidenciados -además de por CANARIS. *Schutzwirkungen. Op. cit.*; pp. 442 y siguientes; y Medicus, en la nota citada, p. 309- también por LUIG. *Effetti protettivi de contratti. Op. cit.*; p. 195 y pp. 198-199. Análogamente en nuestro ordenamiento MAGGILOLO, M. *Op. cit.*; p. 49 y pp. 61-62.
- (81) De la motivación de la sentencia del 10 de noviembre de 1994 se evidencia que “la confianza (...) sobre la cual se funda su responsabilidad [la del perito] frente al comprador como tercero, no era la confianza del comprador en cuanto tercero merecedor de tutela sino más bien la confianza de su contraparte directa, es decir, del cliente” (la observación es de LUIG. *Op. cit.*; p. 199). Sobre la base

salvaguardar la integridad de la persona y/o de los bienes del tercero, cuya tutela ingresa en el área de los deberes de protección, sino de aliviar al tercero de una pérdida puramente económica como consecuencia del error en la estimación del perito⁽⁸²⁾.

Esta extensión ulterior del área del contrato con efectos protectores frente a terceros se explica por la insatisfacción del intérprete para con el sistema de responsabilidad civil del BGB⁽⁸³⁾, por lo cual se ha intentado superar el mencionado *impasse* proyectando una responsabilidad precontractual del consultor derivada de la confianza, en el sentido de que es responsable del daño el sujeto que hubiese suscitado una confianza del tercero en su propia persona⁽⁸⁴⁾. Desde esta diversa perspectiva, el consultor sería responsable no ya por la violación de un deber de protección frente al tercero, que en realidad no existe, sino por haber generado una confianza por su estatus profesional⁽⁸⁵⁾. Como consecuencia de ello, el consultor inmobiliario sería responsable directamente por el daño sufrido por el tercero (el comprador) que ha pagado un precio excesivo por haber confiado en la estimación del bien por él realizado⁽⁸⁶⁾.

Por una vía posterior la doctrina alemana ha propuesto retirar la responsabilidad del consultor del área del contrato con efectos protectores frente a

terceros⁽⁸⁷⁾. En otros términos, se ha expuesto la hipótesis de la existencia de dos tipos de contratos con efectos protectores, diversos uno del otro. El primer tipo se presentaría cuando la parte obligada al resarcimiento del daño conozca del hecho que el otro contratante es responsable de la suerte "buena o mala" del tercero (es el caso de la doméstica que sufre un daño por la instalación defectuosa de la calefacción encargada por su empleador); el segundo tipo se presenta cuando la suerte "buena o mala" del tercero resulta neutra respecto del interés de la otra parte (es el caso de la responsabilidad del consultor)⁽⁸⁸⁾. Solo los casos del primer tipo, siendo los únicos atinentes a daños a la persona y/o a los bienes del tercero, ingresan en el área de los contratos con efectos protectores; los otros casos son más bien hipótesis de responsabilidad por confianza en un sujeto "por un interés económico personal"⁽⁸⁹⁾. La ubicación de uno y de otro tipo de contrato con efectos protectores lleva a dudar seriamente de la coherencia interna de la categoría, dando razón a aquel sector de la doctrina italiana que se interroga sobre la efectiva utilidad a nivel de sistema del "Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte" teniendo en cuenta que el perfil de "las hipótesis resumidas al interior de la figura son entre sí muy heterogéneas para poder encontrar una justificación

de esta premisa el *Bundesgerichtshof* ha considerado que la declaración de estimación del inmueble, realizada por el perito a favor del propietario-vendedor, debía ser interpretada como si de esta derivase una tutela contractual del tercero (el comprador) en el sentido que la "tutela del tercero se basaba en la interpretación del contrato", precisando que, para los fines de la responsabilidad frente al tercero, era suficiente que al perito "se le demostrase que su estimación (...) estaba destinada a un (potencial) comprador" (véase *Bundesgerichtshof*, del 10 de noviembre de 1994. *Op. cit.*; p. 307). La doctrina ha sido particularmente crítica con esta solución jurisprudencial, al respecto véase MEDICUS. *Op. cit.*; p. 309; CANARIS. *Schutzwirkungen*. *Op. cit.*; p. 444; y, KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen*. *Op. cit.*; p. 69. Consideraciones análogas fueron realizadas diez años antes por Honsell en el comentario crítico de la sentencia del *Bundesgerichtshof*, del 23 de enero de 1985. En: *Juristen Zeitung*. 1985. p. 951 (el comentario se encuentra a partir de la p. 952), proyectando el reconocimiento de un contrato de información con efectos protectores para terceros con el peligro de una "Erosion des Grundstrukturen des Schuldrechts" ["erosión de la estructura fundamental del derecho de obligaciones"] (IVI, p. 953).

(82) Sobre el punto véase las reservas de los artículos citados supra nota 72.

(83) Al respecto véase en general a los autores citados supra nota 59. Con específica referencia a la tutela del tercero por daños meramente económicos véase MARKESINIS. *The German Law of obligations*. *Op. cit.*; p. 279, que evidencia la no-reconducibilidad de la *fattispecie* al área del § 823 del BGB; análogamente KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law*. *Op. cit.*; p. 253; DU PERRON. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 324; en nuestro ordenamiento véase MAGGIOLLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; pp. 45-46. De aquí, el intento de la doctrina alemana de construir una responsabilidad por [violación de la] confianza, sobre la cual véase inmediatamente después las notas 84-86 del texto.

(84) Se trata de la teoría desarrollada por CANARIS. *Schutzwirkungen zugunsten Dritter*. *Op. cit.*; pp. 441 y siguientes; sobre la cual véase en detalle KRÜGER. *Vertraglicher Schutz von Drittinteressen*. *Op. cit.*; pp. 68-69; y, LUIG. *Effetti protettivi de contratti*. *Op. cit.*; pp. 206-207.

(85) Asimismo véase CANARIS. *Op. cit.*; p. 445.

(86) No obstante el perito inmobiliario sea un tercero respecto del contrato de compraventa sucesivo, el hecho que el vendedor se valga de dicha estimación del inmueble con el fin de lograr la conclusión del contrato importa que la confianza del comprador pueda ser justificada en términos de responsabilidad precontractual del perito (así CANARIS. *Schutzwirkungen zugunsten Dritter*. *Op. cit.*; pp. 442 y 445), de la cual la doctrina alemana ha hecho un extendido uso para lograr superar las limitaciones del sistema del § 823 del BGB, como lo recuerda CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione*. *Op. cit.*; pp. 173-174. Esta solución fue expuesta cerca de veinte años antes por el *Bundesgerichtshof* con la sentencia del 28 de enero de 1976 que había decidido el famoso caso del "Gemüseblatt" (sobre el cual véase supra nota 61).

(87) En este sentido LUIG. *Effetti protettivi de contratti*. *Op. cit.*; pp. 208-209.

(88) Esta es una distinción que comienza a abrirse camino en la doctrina alemana gracias a la obra de MEDICUS. *Grundwissen zum Bürgerlichen Rect*. Köln-Berlin-Bonn-Munich, 1995. pp. 118-120. De ello rinde cuenta LUIG. *Effetti protettivi de contratti*. *Op. cit.*; p. 208. Sobre la necesidad de distinguir los dos grupos de casos concurda también, en nuestro ordenamiento jurídico, MAGGIOLLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; pp. 58-59.

(89) Es la conclusión de LUIG. *Op. cit.*; *passim*.

dogmática unitaria⁽⁹⁰⁾. En cambio, la reforma del Schuldrecht^(xii), con la ley del 26 de noviembre de 2001, parece moverse en la perspectiva ahora censurada porque el § 311, tercer párrafo, del BGB recoge explícitamente el ejemplo de la responsabilidad derivada de la confianza, la cual traslada el modelo de responsabilidad frente a la persona y/o los bienes del tercero (“insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Masse Vertrauen für sich in Anspruch nimmt”) al ámbito del principio, aun más general, de la “culpa in contrahendo^(xiii)” constituyéndose, luego de la reforma, en uno de los institutos centrales del nuevo Derecho Civil alemán⁽⁹¹⁾.

Diversa es la experiencia francesa e italiana en materia de daños meramente económicos del tercero. En ninguno de los dos sistemas se ha sentido, en estos casos, la necesidad de una contractualización de la responsabilidad civil, por lo tanto resulta explicable porque en ambas situaciones la solución ha sido buscada en el plano del hecho ilícito. La resarcibilidad del daño meramente económico del tercero se justifica de manera sencilla a través del uso de las cláusulas generales de los artículos 1382 del *Code Civil* y 2043 del *Codice Civile*⁽⁹²⁾.

Asimismo, en el sistema del *Common Law*, por lo menos hasta el *Contract Act* de 1999 que introdujo en el derecho inglés el contrato a favor de tercero⁽⁹³⁾, no podía existir ningún espacio para un remedio de naturaleza contractual, dado que incluso el modelo del “tort of negligence” permitía asegurar al tercero damnificado el resarcimiento de las pérdidas puramente económicas (“pure economic loss⁽⁹⁴⁾”) derivadas de informaciones inexactas. En tal situación, en el derecho inglés no se justifica, en el plano de los principios, una figura semejante al contrato con efectos protectores tal y como ha sido claramente enunciado por Lord Goff of Chieveley en el mencionado caso *White vs. Jones*⁽⁹⁵⁾.

En el cuadro de la responsabilidad extracontractual por informaciones inexactas, la experiencia italiana presenta su especificidad respecto de la experiencia francesa, acercándose a la doctrina alemana. En efecto, un sector de la doctrina italiana ha planteado la hipótesis de “deberes de protección” a favor del patrimonio del tercero sumándose a aquellos relativos a la persona y/o a sus bienes: proyectándose una solución contractual en los casos de responsabilidad por estatus profesional⁽⁹⁶⁾.

(90) Son palabras de MAGGIOLLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 64, el cual comparte la opinión de Castronovo, cuya contribución ha sido recordada IVI, p. 66, nota 91.

(xii) Traducción libre: “Derecho de Obligaciones”. Para una primera aproximación a los alcances de la citada modernización, así como para la explicación del sentido de tal locución, 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. Número 26. Lima, 2003. pp. 12 y siguientes.

(xiii) Para una aproximación al fenómeno de la responsabilidad precontractual remitimos a la lectura de los profesores HARO SEIJAS, José Juan. *¿Podría usted “no hacer” negocios conmigo?: Sobre la Responsabilidad Precontractual y la Buena Fe*. En: *Advocatus*. Número 7. 2002. pp. 122 y siguientes; LEÓN, Leysser. *La buena fe en la negociación de los contratos: Apuntes comparatísticos sobre el artículo 1362 del Código Civil peruano y su presunto papel como fundamento de la responsabilidad precontractual*. En: *Themis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2005. pp. 127 y siguientes; LEÓN, Leysser. *Actualidad de Jhering: La responsabilidad por el daño a la confianza en haber celebrado un contrato regular*. En: *Revista jurídica del Perú*. Año LVI. Número 68. Lima: 2006. pp. 183 y siguientes; ESCOBAR, Freddy. *Apuntes sobre la responsabilidad por ineficacia contractual: El caso del artículo 207 del Código Civil peruano*. En: *Themis*. 2da. época. Número 49. Lima: 2005. pp. 153 y siguientes; y, para una presentación de carácter general del fenómeno, también puede verse SAAVEDRA VELAZCO, Renzo E. *La responsabilidad civil en debate: panorama de la doctrina jurídica nacional*. En: *ius et veritas*. Año XV. Número 31. 2006. pp. 144 y siguientes, ahora también disponible en el página web de la Asociación de Estudios de Derecho Privado, en: <http://www.aedp.com.pe/articulos.htm>.

(91) Sobre el punto específico véase LORENZ, S. y RIEHM. *Lehrbuch zum neuen Schuldrecht*. *Op. cit.*; pp. 186 y 191. La solución legislativa, en clave de “culpa in contrahendo” haya un precedente no solo en la teoría de Canaris (véase supra nota 86) sino también en la misma jurisprudencia del *Bundesgerichtshof*, para lo cual véase por último la sentencia del 13 de noviembre de 1997, en *Juristen Zeitung*, 1998, p. 624, la cual inspiró otro ensayo de CANARIS. *Die Haftung des Sachverständigen zwischen Schutzwirkungen für Dritte und Dritthaftung aus culpa in contrahendo*. IVI pp. 603 y siguientes; en el cual se observa como los dos enfoques llevan al mismo resultado práctico al reconocer al tercero una pretensión originaria y no ya derivada del contrato entre el consultor y su cliente, mientras que sobre el plano dogmático las diferencias son profundas. Todo el ensayo de Canaris se centró sobre las ventajas de la solución por “culpa in contrahendo” (véase la sección III, IVI, p. 605-606) que parece encontrar una confirmación en la evolución en tal sentido de la jurisprudencia austriaca (véase *Oberster Gerichtshof* del 20 de noviembre de 1996, en *Jur. Blätter*, 1997. p. 524).

(92) Opinión pacífica: véase, por todos, DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto*. *Op. cit.*; pp. 9-10. Análogamente en la doctrina extranjera, con específico interés en el artículo 1382 del *Code*, KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law*. *Op. cit.*; p. 253.

(93) Sobre el *Contract Act* inglés de 1999 véase supra § 2.

(94) También aquí se trata de una opinión pacífica en la doctrina italiana y extranjera. También sobre el valor en estos casos del “tort of negligence” véase, por ejemplo, LORENZ, W. *Die Einbeziehung Dritter*. *Op. cit.*; p. 113; KÖTZ y FLESSNER. *Op. cit.*; pp. 253-254, nota 90; en nuestro ordenamiento véase DI MAJO. *La protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 10; GAMBARO. *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*. *Op. cit.*; p. 345; y, MAGGIOLLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 45, nota 29.

(95) La opinión de Lord Goff of Chieveley concluye con la afirmación que no existe razón para la desconocimiento [superamento] de la doctrina de la “consideration” y de la “privity of contract” (véase “A contractual approach”): véase 2 W. L. R., 1995. p. 205.

(96) Esta es la tesis expuesta casi textualmente por CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione*. *Op. cit.*; *passim*, específicamente pp. 221 y siguientes; y por SCOGNAMIGLIO, C. *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria per violazione di obblighi discendenti dal proprio status*. *Op. cit.*; pp. 356 y siguientes. Pocos años antes esta tendencia a “contractualizar” una responsabilidad (la responsabilidad por informaciones inexactas) “esencialmente extracontractual” fue considerada por BUSNELLI. *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra*

Al respecto se ha hablado de “obligaciones sin prestación”⁽⁹⁷⁾ proponiendo una diversa clave de lectura de la responsabilidad del profesional frente a terceros. En estos casos se tendría una verdadera y propia responsabilidad contractual frente al tercero porque se trata de “deberes que surgen del estado mismo y cuya violación es lo que diferencia -en general- la responsabilidad *ex contractu* de la aquiliana. El estatus que se considera es (...) aquel del sujeto profesional, cuyos conocimientos técnicos nos hacen confiar ya que los mismos no pueden no ser considerados al suministrar información”⁽⁹⁸⁾. Ello comporta un deber de diligencia del profesional ex artículo 1176 del *Codice* “aunque no se encuentre obligado a ninguna prestación frente a aquel que solicitó la información”⁽⁹⁹⁾.

En otros términos, ante la ausencia de un deber el profesional no se encuentra obligado a suministrar la información, pero si la información es brindada, debe “ser generada con la misma pericia y diligencia con la que habría sido realizada si hubiera sido objeto de un deber de prestación”⁽¹⁰⁰⁾. En tal sentido, al generarse una confianza en el tercero sobre la profesionalidad “se suministra (...) un criterio cierto y seguro para una responsabilidad contractual”⁽¹⁰¹⁾ reconduciéndose -de esta manera- la responsabilidad por información, suministradas por un profesional fuera de “cualquier relación comercial”, a una “relación obligatoria sin deber primario de prestación”⁽¹⁰²⁾. De aquí, la configuración de una relación obligatoria no cimentada sobre un deber de prestación (cuyos deberes de protección serían accesorios) sino únicamente “limitada al solo deber de protección”⁽¹⁰³⁾. En todos estos supuestos el estatus profesional constituye la justificación para la confianza por parte del tercero, la cual “genera deberes, aunque sean limitados (...) al solo perfil de la protección o seguridad”⁽¹⁰⁴⁾.

Corolario de esta perspectiva sería la posibilidad de concebir, en materia de prestaciones sanitarias,

una doble responsabilidad contractual, la primera de la estructura hospitalaria en orden a la prestación debida al paciente; la segunda del profesional respecto de su prestación profesional propiamente dicha, también de naturaleza contractual, no fundada sobre un hipotético contrato con efectos protectores (el contrato entre la estructura hospitalaria y el paciente en el cual el profesional resulta extraño) sino sobre “la confianza de la calidad profesional del médico aun en ausencia de una relación [jurídica] de prestación”⁽¹⁰⁵⁾.

5. Las razones de la elección del modelo contractual o extracontractual de protección del tercero. La experiencia francesa de la cadena de contratos y la teoría del “accesorio”

Ha llegado el momento de acelerar el discurso. Resultan necesarias tres consideraciones de caracteres generales.

En primer lugar, la diversidad de remedios reconocidos para la protección de los terceros por ejecución inexacta de un contrato no resultan casuales sino que responden a necesidades internas de cada uno de los ordenamientos jurídicos, ya sean de tipo estructural o simplemente transitorias. En otros términos, como se ha referido en repetidas oportunidades, la elección entre el modelo contractual y el modelo extracontractual es estrictamente correlativa a las relaciones entre el área del contrato y el área de la responsabilidad civil existentes en cada sistema.

Así, por ejemplo, existen ordenamientos, como el alemán, en el cual la tutela de la persona y/o de los bienes de la contraparte son deberes del Derecho Contractual. Aquí, evidentemente, el espacio para la figura del contrato con efectos protectores es mucho mayor respecto de otros ordenamientos, como el francés e italiano, en los cuales la misma tutela es una prerrogativa propia del sistema de

contratto e fatto illecito: la responsabilità da informazioni inesatte. En: *Contratto e impresa*. 1991. pp. 539 y siguientes, IVI p. 569, como una inútil complicación.

La categoría de los “deberes de protección”, defendida apasionadamente por CASTRONOVO. *Obblighi di protezione*. *Op. cit.*; § 10.3 y 10.4, pp. 8-9, se remonta al estudio de STOLL, Heinrich. *Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen. Betrachtungen zum dreissigjährigen Bestand der Lehre*. En: *Arch. f. civ. Praxis*. 1932. pp. 257 y siguientes. Para las necesarias indicaciones nos remitimos expresamente a las voces de Benati y Castronovo, ambas citadas *supra* nota 16.

(97) Es el significativo título del ensayo de CASTRONOVO. *Op. cit.*; sobre el cual véanse las consideraciones de DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo*. *Op. cit.*; p. 115-116.

(98) Así CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione*. *Op. cit.*; p. 224.

(99) Asimismo, CASTRONOVO. *Op. cit.*

(100) CASTRONOVO. *Op. cit.*

(101) CASTRONOVO. *Op. cit.*; p. 240.

(102) CASTRONOVO. *Op. cit.*; p. 239.

(103) Así, SCOGNAMIGLIO, C. *Sulla responsabilità dell'impresa bancaria*. *Op. cit.*; p. 362.

(104) Asimismo, SCOGNAMIGLIO, C. *Op. cit.*; p. 363.

(105) Es la tesis de CASTRONOVO. *L'obbligazione senza prestazione*. *Op. cit.*; p. 199. Sobre esta *fattispecie*, y sobre la tesis de Castronovo, se pronuncia DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo*. *Op. cit.*; pp. 115-116.

responsabilidad civil. En efecto, en estos últimos ordenamientos jurídicos no se puede brindar al tercero una protección contractual mayor que aquella institucionalmente reconocida para las propias partes del contrato. Ello nos sirve para explicar la escasa fortuna del contrato con efectos protectores en el derecho italiano⁽¹⁰⁶⁾. En el caso del derecho francés las razones de ello son las indicadas líneas arriba.

En segundo lugar, el recurso siempre más sólido del contrato con efectos protectores en la experiencia alemana y austriaca, donde, como se ha visto, el área de incidencia del instituto se va progresivamente ampliando a los daños meramente económicos del tercero (“reine Vermögensschaden”)⁽¹⁰⁷⁾, es la consecuencia -al menos en el derecho alemán- de la difundida insatisfacción de los intérpretes por la disciplina de la responsabilidad civil en el BGB⁽¹⁰⁸⁾. Así, por ejemplo, en el caso de daños causados por

auxiliares el § 831 del BGB^(xiv) prevé una sencilla prueba liberatoria a favor del responsable del daño (la prueba de una elección y una supervisión diligente) que no es consentida por la norma correspondiente en el tema de responsabilidad contractual (§ 278 del BGB)^{(109)(xv)}; la tipicidad del sistema de los hechos ilícitos *ex* § 823 del BGB^(xvi) excluye el resarcimiento del daño meramente económico, mientras que esta restricción no persiste en los casos de incumplimiento contractual⁽¹¹⁰⁾; antes de la reforma del *Schuldrecht*, con la ley del 26 de noviembre de 2001, existía otra buena razón a favor de la solución contractual: el término de prescripción del derecho al resarcimiento del daño extracontractual era trienal (§ 852, primer párrafo, del BGB)^(xvii) frente al período de prescripción de treinta años otorgado para la responsabilidad contractual (§ 195 del BGB)^{(111)(xviii)}. Por ello, la elección por el modelo contractual se erigió como el medio para superar las lagunas estructurales

(106) En este sentido BENATTI. *Doveri di protezione*. *Op. cit.*; p. 227, por el cual, estando a la cláusula general del artículo 2043 del *Codice*, la categoría del contrato con efectos protectores para los terceros en nuestro ordenamiento “no tienen algún fundamento textual”.

(107) Sobre el punto véase supra § 4.

(108) En este sentido véase, entre otros autores, GERNHUBER. *Drittwirkungen im Schuldverhältnis*. *Op. cit.*; pp. 252-253; LORENZ, W. *Die Einbeziehung Dritter*. *Op. cit.*; p. 109; FLUME. *Das Rechtsgeschäft*. *Op. cit.*; p. 330; ESSER y WEYERS. *Schuldrecht*. Volumen II. *Besonderer Teil*. *Op. cit.*; p. 594; PALANDT. *Bürgerliches Gesetzbuch*. *Op. cit.*; sub § 328, p. 424; y, LUIG. *Effetti protettivi de contratti*. *Op. cit.*; p. 193. Entre los autores de lengua inglesa véanse MARKESINIS. *The German Law of obligations*. *Op. cit.*; pp. 276 y 279; KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law*. *Op. cit.*; pp. 252-254; DU PERRON. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 324. Sobre esta explicación de la fortuna del contrato con efectos protectores en la experiencia alemana vinculada con la doctrina italiana: véanse, por ejemplo, las obras de DI MAJO. *La protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 14 (y *La protezione contrattuale del terzo*. *Op. cit.*; p. 114); SOMMA. *L'esperienza tedesca*. *Op. cit.*; p. 116; y, MAGGIOLLO, M. *Effetti contrattuali a protezione del terzo*. *Op. cit.*; p. 45-46 y 58.

(xiv) § 831 del BGB. Responsabilidad por los empleados.

(1) Quien designe a otro para realizar cualquier trabajo se encuentra obligado a resarcir cualquier daño antijurídico que dicha persona cause a un tercero en la prestación de su trabajo. La obligación de resarcir no surge si el dueño del negocio hubiere procedido con el necesario cuidado en la selección del empleado y, siempre que hubiere tenido que proporcionar aparatos o equipo o supervisar el trabajo, hubiere actuado con el cuidado ordinario en lo concerniente a la proporción de los aparatos o los equipos o en la supervisión del trabajo, o si el daño hubiese surgido independientemente de que se procediese con dicho cuidado.

(2) La misma responsabilidad soporta la persona que, mediante contrato con el dueño del negocio, asume la obligación de encargarse de cualquiera de las conductas especificadas en la segunda parte del párrafo 1.

(109) Sobre este punto específico véase LARENZ. *Op. cit.*; pp. 1193-1194; LARENZ. *Zur Schutzwirkung*. *Op. cit.*; p. 79; LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. p. 184; GERNHUBER. *Op. cit.*; p. 252; FLUME. *Op. cit.*; y, LUIG. *Op. cit.* Lo mismo sucede en el derecho austriaco en cuanto concierne a la redefinición de la carga de la prueba respecto a la responsabilidad extracontractual (argumento *ex* §§ 1296, 1298, 1313a y 1315 del ABGB): véase, por ejemplo, Rummel, en el comentario a la sentencia del *Oberster Gerichtshof* del 4 de febrero de 1976. En: *Jur. Blätter*. 1977. p. 150; MAYRHOFER. *Das Rech der Schuldverhältnisse*. Tomo. 1. *Op. cit.*; p. 191 (respecto de la responsabilidad del productor); y, RAINER. *I contratti con effetti protettivi nei confronti dei terzi*. *Op. cit.*; p. 213. En nuestro ordenamiento véase DI MAJO. *Op. cit.*; SOMMA. *Op. cit.*; y, MAGGIOLLO, M. *Op. cit.*; pp. 58 y 66-67 (donde se exponen claramente las exigencias de justicia que el contrato con efectos protectores tiende a cumplir a nivel de la tutela resarcitoria del tercero).

(xv) § 278 del BGB. Culpa de las personas utilizadas para la ejecución de la prestación debida.

El deudor debe responder de la culpa de su representante legal y de las personas de las que se sirve para la ejecución de su obligación, en la misma medida de que si se tratase de su propia culpa. No resulta aplicable lo dispuesto en el § 276.

(xvi) § 823 del BGB. Deber de resarcimiento de los 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, se encuentra 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 solo se perfeccionará en caso de culpa.

(110) Sobre el punto véase, por todos, LUIG. *Op. cit.*; MARKESINIS. *Op. cit.*; y, DI MAJO. *La protezione del terzo*. *Op. cit.*

(xvii) § 852 del BGB. Pretensión de restitución luego del cumplimiento de la prescripción.

Si el obligado al resarcimiento hubiere obtenido algo a expensas del perjudicado mediante su acto ilícito, entonces se encuentra obligado a su restitución, incluso después de producida la prescripción de la pretensión de resarcimiento de los daños derivados del acto ilícito, según las disposiciones sobre enriquecimiento injusto. Tal pretensión prescribe a los diez años contados desde el momento en que se produce o, prescindiendo del momento en la que ella se produce, a los treinta años desde el momento del acto lesivo o, en los demás casos, del evento que produce el daño.

(111) Este era el problema que tuvo que enfrentar el *Bundesgerichtshof*, en la sentencia del 15 de mayo de 1959, en *Neue Ju. Wochenschrift*, 1959, p. 1676, en el conocido caso “Capuzolfall”.

(xviii) § 195 del BGB. Término ordinario de prescripción.

El término ordinario de prescripción es de tres años.

del sistema de responsabilidad civil. En la experiencia alemana la figura del contrato con efectos protectores ha asumido el rol de “válvula de escape” para el sistema de responsabilidad civil que, de esta forma, resulta “contractualizado”⁽¹¹²⁾.

Por diferentes razones la opción contractual ha sido amparada en la experiencia francesa. En un sistema como este en el cual existió desde siempre una cláusula general de responsabilidad, como lo es el artículo 1382 del *Code Civil*, un recurso como el del modelo contractual no podría justificarse, desde ningún punto de vista, por razones estructurales. La elección por el modelo contractual ha tenido, en la experiencia francesa, motivaciones de carácter transitorio como consecuencia de una particular clave de lectura de determinadas normas atinentes al tema de la responsabilidad civil, por lo tanto estaban destinadas a caer pronto en abandono dado el carácter específico de aquellas interpretaciones, como confirmación de la ocasionalidad de la elección y de la insubsistencia de una objetiva contraposición entre el Derecho de los Contratos y la Responsabilidad Civil.

No es acaso que el recurso a la ficción de la *stipulation tacite pour autrui*⁽¹¹³⁾ se ha manifestado, desde el inicio de la década de 1930, como una reacción a la interpretación en clave subjetiva de la responsabilidad por hecho de los auxiliares y por bienes en custodia (artículo 1384 del *Code*)⁽¹¹⁴⁾. Puesto que en tal época se consideraba que ambas

hipótesis se trataban de una responsabilidad por culpa con la consecuente asunción del damnificado de la carga de la prueba, el recurso a la *stipulation tacite pour autrui* ha permitido trasladar la carga de la prueba sobre el autor del daño, como se encuentra previsto en materia contractual⁽¹¹⁵⁾. Así ocurrió en el recordado caso del contrato de transporte de personas donde fallece el transportado en el curso del viaje, en el cual la admisión de una *stipulation tacite pour autrui* ha permitido a los familiares accionar *iure proprio* para el resarcimiento del daño en vía contractual ex artículo 1147 del *Code Civil*⁽¹¹⁶⁾. Habiendo decaído la interpretación en clave subjetiva de la responsabilidad por hecho de los auxiliares y por bienes en custodia⁽¹¹⁷⁾, se explica la parábola descendente de la *stipulation tacite pour autrui* frente a la persistente fortuna del contrato con efectos protectores en la experiencia alemana⁽¹¹⁸⁾, que no parece destinada a menguar ahora que la reforma del *Schuldrecht* ha reconocido la categoría a nivel legislativo⁽¹¹⁹⁾. La sustitución de un criterio de imputación objetivo por aquel de la culpa en la responsabilidad por hecho de los auxiliares y por bienes en custodia ha tornado inútil el recurso al mecanismo contractual, con la consecuente re-expansión automática del área de la responsabilidad civil.

Por las mismas razones se explica también la escasa fortuna del contrato con efectos protectores en otros ordenamientos donde se encuentra presente

(112) En este sentido véase, por todos, ESSER y SCHMIDT. *Schuldrecht*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. Tomo 2. *Op. cit.*; p. 254. El paraguas protector del contrato (“protective umbrella of the contract”) de la que hablan, en este tipo de casos, los escritores de lengua inglesa: véase MARSCH. *Comparative Contract Law*. *Op. cit.*; p. 382; y MARKESINIS. *The German Law of obligations*. *Op. cit.*; p. 277.

(113) Véase supra § 3, texto y nota 62 y siguientes.

(114) Esta era la orientación de la jurisprudencia francesa hasta la sentencia de Casación, de las Cámaras reunidas, del 13 de febrero de 1930. En: *Dalloz*. 1930. Tomo I. p. 57, donde la motivación sigue las conclusiones, favorables a la admisión del recurso, expuestas por el Procurador General Paul Matter (IVI pp. 64 y siguientes). Sobre esta orientación inicial de la jurisprudencia francesa véase, para las referencias necesarias, MAZEAUD, H y otros. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Volumen II. París, 1958. pp. 319 y siguientes. La importancia de la sentencia del 13 de febrero de 1930, respecto de la orientación precedente (véase, por ejemplo, Casación civil del 21 de febrero de 1927. En: *Dalloz périodique*. 1927. Volumen I. p. 97) no es soslayada por la doctrina francesa, suscitando así las reacciones más contrastantes de los interpretes. Así, por ejemplo, RIPERT, G. *De la responsabilité du fait des choses inanimées, spécialement des automobiles*. En: *Dalloz*. 1930. Volumen I. pp. 57 y siguientes; tiende a precisar que “cet arrêt est plus remarquable par ce qu’il ne dit pas que par ce qu’il dit”; en contra JOSSERAND. *La responsabilité du fait des automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation*. En: *Dalloz hebdomadaire*. 1930. *Chronique*. pp. 25 y siguientes, la considera “-un arrêt de principe type-” en el camino de la objetivización de la responsabilidad por hecho de cosas inanimadas sustituyendo la noción de riesgo al concepto tradicional de culpa (IVI, p. 28); de perspectiva diametralmente opuesta CAPITANT. *La responsabilité du fait des choses inanimées d’après l’arrêt des Chambres réunies du 13 février 1930*. IVI, pp. 29 y siguientes; para el cual no constituye “un progrès (...) La juste mesure est dépassée (...) L’équilibre, si sagement établi par le code civil est rompu” (IVI, p. 32); serias dudas son manifestadas por PICARD. *La responsabilité des accidents d’automobiles devant les Chambres réunies de la Cour de cassation*. En: *Rev. gén. assurances terrestres*. 1930. p. 259 y siguientes; IVI pp. 266 y siguientes. Tiempo después, cesadas las polémicas, el alcance innovador solo aparente de la sentencia de 1930 es evidenciada por MAZEAUD, H y otros. *Op. cit.*; pp. 326 y siguientes.

(115) Para la motivación del cambio de rumbo tomado por la jurisprudencia véase, de manera profunda, SAVATIER. *Le prétendu principe de l’effet relatif des contrats*. *Op. cit.*; pp. 534-535, inspirándose en el recordado caso de transporte de personas sobre el cual véase inmediatamente después el texto y la nota 116.

(116) Sobre la Casación civil, del 6 de diciembre de 1932. En: *Dalloz*. 1933. Volumen I. p. 137; con comentarios de Jossierand. Para posteriores indicaciones véase supra, texto y notas 62-64.

(117) Sobre la evolución de la jurisprudencia francesa respecto del artículo 1384 del *Code civil* véase MAZEAUD, H y otros. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. Volumen II. *Op. cit.*; pp. 340 y siguientes; y, MAZEAUD, H. y otros. *Obligations. Théorie générale*. *Op. cit.*; pp. 587 y siguientes.

(118) Sobre esta fuerza expansiva del contrato con efectos protectores véase, por último, LUIG. *Effetti protettivi de contratti*. *Op. cit.*; pp. 193-195. Para las necesarias profundizaciones véase supra los §§ 3-4.

(119) Esta es la opinión de los primeros comentaristas de la ley de reforma: véase los autores citados, supra nota 61.

una cláusula general de responsabilidad civil semejante al artículo 1382 del *Code Civil*⁽¹²⁰⁾ o bien al artículo 2043 del *Codice Civile*. Por lo tanto si no subsisten razones, aunque sean de naturaleza contingente, para la “contractualización” de la responsabilidad civil, no se ha sentido necesidad alguna de recurrir a una ficción legal de tipo contractual para la tutela del tercero por daños a la persona y/o a sus bienes los cuales ingresan, de manera sencilla, en el sistema de responsabilidad civil⁽¹²¹⁾.

Así ha sucedido, por ejemplo, en el Derecho Civil italiano donde en el marco de sesenta años de vigencia del Código Civil de 1942 solamente en dos oportunidades la jurisprudencia ha utilizado el mecanismo contractual para la tutela de los terceros. En ambas oportunidades la elección del modelo contractual se ha revelado como un “escamotaje” para permitir al tercero beneficiarse del más largo plazo de prescripción previsto para las acciones contractuales (artículo 2946 del *Codice*). En el primer caso, los familiares del conserje de un establecimiento habían sufrido daños a causa de las pésimas condiciones higiénicas del local de la conserjería: aquí, la Corte de Apelaciones de Roma, con sentencia de 1971, reconoció una acción contractual de los familiares del conserje directamente frente al empleador, habiendo sido lesionados sus derechos a un alojamiento higiénicamente sano como consecuencia del incumplimiento por parte del empleador de un preciso deber contractual frente al conserje⁽¹²²⁾. Más interesante se presenta la segunda decisión, entre

las cuales media un período de veinte años, la única en la cual la jurisprudencia italiana utilizó formalmente la figura del contrato con efectos protectores⁽¹²³⁾. Aquí la Corte de Casación en un caso de daños causados a un *nascituro* enfrentándose a la dificultad de considerarlo parte del contrato de asistencia hospitalaria estipulada por los padres recepcionó el modelo del contrato con efectos protectores a fin de reconocerle una acción contractual, configurándose tal contrato de asistencia hospitalaria estipulado entre los padres con la estructura hospitalaria, como la ejecución de un contrato con efectos protectores frente al *nascituro* (responsabilidad contractual de la estructura hospitalaria por los daños ocasionados al *nascituro*)⁽¹²⁴⁾.

Estas dos sentencias no han tenido, hasta el momento, seguidores⁽¹²⁵⁾. La razón de la difusión solamente esporádica del contrato con efectos protectores en la experiencia italiana se debe a la elasticidad del sistema de la responsabilidad civil *ex* artículo 2043 del *Codice*. En el derecho italiano no existen obstáculos estructurales para una solución extracontractual, no solo en el caso de daños a la persona y/o a los bienes del tercero sino también cuando se relaciona con daños meramente económicos por confianza en el estatus profesional⁽¹²⁶⁾.

En tercer lugar, la solución contractual es ejecutable (en abstracto) solamente en aquellos sistemas en los cuales estén legislativamente previstas excepciones al principio de relatividad de los efectos contractuales. Se explica, por tanto, por qué la figura del contrato con efectos protectores no

(120) Como se ha visto, supra nota 58, así también sucede en el derecho suizo, pudiendo remitirse al artículo 41 *OR* la responsabilidad por la confianza generada en el tercero por una de las partes del contrato (véase CHAPPUIS. *La responsabilité fondée sur la confiance*. *Op. cit.*; p. 241).

(121) Es la conclusión de GAMBARO. *Gli effetti del contratto rispetto a terzi*. *Op. cit.*; pp. 345-346, en cuanto concierne a la experiencia inglesa (“la eliminación de las externalidades negativas derivadas de la conclusión o, más a menudo, de la ejecución de un contrato, es demandada al tort of negligence”: IVI, p. 345) sea para el derecho suizo (“no sorprende (...) que en Suiza se interroguen en torno a la utilidad del recurso conceptual que significan los deberes de protección de carácter contractual, cuando el código suizo no coloca obstáculos al recurso de la responsabilidad civil”: IVI, p. 346). La distinta convicción de una parte de la doctrina extranjera sobre que la solución contractual debe preferirse por encima de la extracontractual, en tanto que ella permite que el deudor responda frente al tercero en medida no diversa que frente al contratante (así MARKESINIS. *The German Law of Obligations*. *Op. cit.*; pp. 284-285; y, DU PERRON. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 325) ha influenciado, de manera evidente, al modelo alemán.

(122) Sentencia de la Corte de Apelaciones de Roma del 30 de marzo de 1971. En: *Foro pad.* Volumen I. 1972. c. 552 (y la motivación: c. 555), que parece haber afrontado por primera vez tal cuestión.

(123) La Casación 11503, del 22 de noviembre de 1993. En: *Nuova giur. civ. comm.* Volumen I. 1994. p. 690; con nota crítica de Zeno-Zencovich. *Il danno al nascituro: il riferimento ai “contratti con effetti protettivi a favore di terzi”* encontrándose la motivación desde la p. 695.

(124) Aquí el *nascituro* sería el destinatario de una prestación accesoria: “todas las otras prestaciones necesarias al feto (...) garantizan su nacimiento, evitándosele (...) cualquier posible daño”. Véase la motivación de la Casación 11503, del 22 de noviembre de 1993, *Op. cit.*; p. 695.

(125) El mismo comentarista de la sentencia de Casación 11503, del 22 de noviembre de 1993. *Op. cit.*; considera que la situación del *nascituro* es diversa de la situación típica del contrato con efectos protectores: véase ZENO-ZENCOVICH. *Il danno al nascituro*. *Op. cit.*; p. 698.

(126) Principio absolutamente pacífico: véase, por todos, BUSNELLI. *Itinerari europei nella “terra di nessuno tra contratto e fatto illecito”*. *Op. cit.*; pp. 539 y siguientes, *passim*; por último DI MAJO. *La protezione del terzo tra contratto e torto*. *Op. cit.*; p. 10 (y DI MAJO. *La protezione contrattuale del terzo*. *Op. cit.*; p. 118) quien recuerda el caso De Chirico en el cual el problema de la resarcibilidad de los daños meramente económicos fue resuelto por Casación del 4 de mayo de 1982, n. 2765. En: *Giust. civ.* Volumen I. 1982. p. 1745; en clave de responsabilidad extracontractual. Voces disidentes en este cuadro son las de CASTRONOVO. *L’obbligo senza prestazione*. *Op. cit.*; pp. 147 y siguientes; y de *Sulla responsabilità dell’impresa*. *Op. cit.*; pp. 356 y siguientes, a los cuales se debe la configuración de una responsabilidad contractual por estatus profesional (al respecto véase supra § 4).

ha podido tener espacio alguno en el derecho inglés. La doctrina de la “consideration” y el dogma de la “privity of contract”, los cuales hasta la intervención legislativa del *Contract Act* de 1999, han impedido el reconocimiento jurisprudencial del contrato a favor de terceros⁽¹²⁷⁾, revelándose como un obstáculo insuperable para la “extensión del contrato en beneficio de terceros”⁽¹²⁸⁾.

A ello le añadimos, completando el cuadro, que la solución contractual, cuando es admitida, no se agota en las figuras del contrato con efectos protectores o en la *stipulation tacite pour autrui*. Una solución contractual diversa es ofrecida por la experiencia francesa en aquellas hipótesis de “grupos de contratos” (*groupes de contracts*). También aquí, como confirmación de cuanto hemos dicho líneas arriba, el caso francés requiere un poco de historia. El problema no es privativo de la experiencia francesa⁽¹²⁹⁾, empero es esta última la que ha provisto la solución más original.

Se tiene un grupo o cadena de contratos cuando la misma cosa sea objeto de varios contratos, cada uno correlativo o sucesivo al otro. Puede tratarse de contratos traslativos, como en el caso de ventas sucesivas, o contratos con efectos obligatorios (contrato de concesión, de locación de obra, etcétera). Aquí el problema común reside en la naturaleza de la acción que pertenece al contratante final de la “cadena” pero no frente al otro contratante, contra el cual es pacífico que tiene una acción contractual, sino frente a alguno de los contratantes de los precedentes contratos que forman parte de la “cadena”, ante los cuales él resulta, ciertamente, un tercero⁽¹³⁰⁾. El caso típico que ha llamado la atención de la jurisprudencia francesa es el del sub-adquirente que intenta accionar directamente frente al productor o el primer vendedor

por un vicio del bien⁽¹³¹⁾. Puesto que la contraparte del contrato final de la “cadena” es un tercero respecto a las partes del contrato precedente, por lo que surge la pregunta de si, y sobre la base de que principio, podría reconocerse a aquellos particulares la misma acción contractual que tendrían frente al contratante directo⁽¹³²⁾.

La solución extracontractual fue la asumida, a nivel europeo, respecto de la responsabilidad del productor⁽¹³³⁾. La solución contractual más inmediata era el tradicional contrato con efectos protectores⁽¹³⁴⁾ sobre el cual, en la experiencia francesa, se afianza el mecanismo de la “transmisión de la acción”. Es esta solución, típicamente francesa, la que, al menos en cuanto a ventas sucesivas, no aparece coordinada con los principios comunitarios sobre la responsabilidad del productor⁽¹³⁵⁾.

En la experiencia francesa el mecanismo de la “transmisión de la acción” se funda en la teoría del “accesorio” (“*théorie de l’accessoire*”), en el sentido que inmediatamente después de la transferencia de un bien también se transfieren contextualmente al adquirente todos los derechos y las acciones estrictamente vinculadas con el bien mismo⁽¹³⁶⁾. En el derecho francés la teoría del “accesorio” tiene un fundamento normativo en los artículos 1615 y 1692 del *Code Civil*. En efecto, en materia de compraventa y de cesión de créditos se dispone que conjuntamente al bien y al derecho de crédito se transfieren, de manera unitaria, los accesorios (“*comprend ses accessoires*”)⁽¹³⁷⁾. En virtud de la teoría del “accesorio” se ha sostenido en la experiencia francesa que el adquirente final del bien posee una acción contractual directa frente al primer vendedor por los vicios del bien no en la calidad de parte del contrato sino como tercero⁽¹³⁸⁾. Esta solución ha sido

(127) Opinión pacífica, al respecto véase, en sentido concorde, a un escritor de lengua inglesa (BANAKAS, *The effect of contracts on liabilities of third parties. Op. cit.*; p. 300) y otro de lengua italiana (SERIO, *Esame del diritto inglese. Op. cit.*; pp. 324 y siguientes, ivi p. 326). Sobre el *Contract Act* inglés de 1999 véase supra § 2.

(128) Al respecto véase el caso *White vs. Jones* (en 2 *W. L. R.*, 1995. pp. 187 y siguientes) la opinión de Lord Goff of Chieveley (ivi, p. 205: “a contractual approach”).

(129) El problema atrajo la atención de los comparatistas que hallaron inspiración en la experiencia francesa: para una primera aproximación véase MARSH. *Comparative Contract Law. Op. cit.*; pp. 368 y siguientes, IVI pp. 372 y siguientes; KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law. Op. cit.*; pp. 255-257; DU PERRON. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; pp. 324.-325; y, VON BAR. *The Common European Law of Torts. Op. cit.*; pp. 503 y siguientes.

(130) Sobre el punto véase IZORCHE. *Les effets des conventions à l’égard des tiers. Op. cit.*; pp. 91 y siguientes.

(131) Asimismo, IZORCHE. *Op. cit.*; p. 91.

(132) IZORCHE. *Op. cit.*

(133) Lo recuerda VON BAR. *The Common European Law of Torts. Op. cit.*; pp. 503 y siguientes, IVI p. 505.

(134) Asimismo, VON BAR. *Op. cit.*; p. 505, el cual recuerda que esta solución es adoptada ya en el derecho austriaco: véase, por ejemplo, MAYRHOFER. *Das Recht der Schuldverhältnisse*. Tomo 1. *Op. cit.*; p. 191; APATHY y RIEDLER. *Schuldrecht: Besonderer Teil. Op. cit.*; p. 156; WELSER. *Schuldrecht Allgemeiner Teil. Op. cit.*; p. 137. En la jurisprudencia austriaca esta orientación se remonta a la sentencia del *Oberster Gerichtshof*, del 4 de febrero de 1976, (en: *Jur. Blätter*. 1977. p. 146, con comentarios de Rummel) que ha seguido, sobre el punto específico, la “tesis contractualista” de F. BYDLINSKI (IVI, p. 150).

(135) Lo reconoce IZORCHE. *Les effets des conventions à l’égard des tiers. Op. cit.*; p. 93; en nuestro ordenamiento lo recuerda también GRAZIADEI, M. *I terzi e gli effetti contrattuali. Op. cit.*; p. 162.

(136) Sobre lo cual véase, asimismo, IZORCHE. *Op. cit.*; p. 90 (“avec la chose soient trnsmis les droits et actions qui lui sont étroitement attachés”).

(137) IZORCHE. *Op. cit.*

(138) Textualmente IZORCHE. *Les effets des conventions à l’égard des tiers. Op. cit.*; p. 91.

admitida con mucha frecuencia por la jurisprudencia francesa hasta los inicios de la década de 1990, fecha en la cual se había extendido a las hipótesis donde no existía una transferencia de propiedad del bien⁽¹³⁹⁾. Con "l'arrêt Besse" de 1991 la Corte de Casación francesa dio decisivamente vuelta a la página limitando el principio de la transmisión de las acciones solo a las hipótesis de contratos traslativos⁽¹⁴⁰⁾. En los otros casos, apelando al principio de relatividad de los efectos del contrato (artículo 1165 del *Code*), se ha señalado que el tercero puede accionar solo en vía extracontractual⁽¹⁴¹⁾.

6. Las excepciones contractuales a favor de terceros. Las Himalaya clauses de la experiencia inglesa. La extensión automática de las cláusulas de exoneración de responsabilidad de los auxiliares del contratante en el nuevo Código Civil holandés

En la experiencia extranjera, sobretudo en la inglesa y alemana, se preguntan si se le puede reconocer al tercero no ya una acción contractual sino una excepción que tenga como fuente un contrato ajeno⁽¹⁴²⁾. Las hipótesis más frecuentes que han llamado la atención de los jueces ingleses y alemanes se refieren a las cláusulas de exoneración de responsabilidad vinculadas a los contratos de transporte.

Al respecto resulta emblemático el caso *Adler vs. Dickson* de 1955⁽¹⁴³⁾ con el cual se afianzó, en la jurisprudencia inglesa, una orientación más rigurosa y coherente respecto del principio de la "privity of

contract"⁽¹⁴⁴⁾ confirmado, algunos años más tarde, en el caso *Scrutton Ltd. vs. Midland Silicones Ltd.* de 1962⁽¹⁴⁵⁾. En el caso *Adler vs. Dickson* un pasajero de la nave Himalaya sufrió graves daños a su persona por la negligencia de los miembros de la tripulación. Dado que en el contrato de transporte de personas por él estipulado se había explícitamente excluido, mediante la colocación de una cláusula expresa, la responsabilidad de la empresa [armatore], el damnificado inició un proceso para obtener el resarcimiento por los daños frente al capitán y al contraamaestre de la nave, los cuales se defendieron empleando la misma cláusula de exoneración de responsabilidad pactada en favor de la empresa. El juez inglés rechazó la excepción y afirmó la responsabilidad de los miembros de la tripulación señalando que la cláusula había sido pactada exclusivamente en favor de la empresa⁽¹⁴⁶⁾. En otros términos, la excepción alegada por los miembros de la tripulación no fue amparada porque estos eran considerados terceros respecto del contrato de transporte que fue estipulado, de manera directa, entre el pasajero y la empresa. El caso *Adler vs. Dickson* indujo a las compañías de navegación a modificar los modelos de sus contratos de transporte para incluir expresamente que los miembros de la tripulación de sus naves se encontraban entre los sujetos beneficiarios de las cláusulas de exoneración de responsabilidad, por lo que desde aquel momento fueron conocidas como las "Himalaya clauses"⁽¹⁴⁷⁾.

En todo caso, con anterioridad al caso *Adler vs. Dickson* la jurisprudencia inglesa había llegado a

(139) Lo recuerda IZORCHE. *Op. cit.*; pp. 92 y siguientes, quien critica esta orientación jurisprudencial. Sobre la "contractualización" de la acción directa en los contratos en cadena véase DU PERRON. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; p. 324.

(140) El "arrêt Besse" ha tenido grandes repercusiones en la doctrina comparada: véase, por ejemplo, KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law. Op. cit.*; p. 256; y siguientes; DU PERRON. *Op. cit.*; GRAZIADEI, M. *I terzi e gli effetti contrattuali. Op. cit.*; p. 163. La sentencia (Casación, con asamblea plena, del 12 de julio de 1991. En: *Dalloz*. 1991. *Jur.* p. 549, IVI p. 552, con amplios comentarios de GHESTIN. *Le reset de la notion de groupe de contrats comme fondement d'une action contractuelle directe en responsabilité*. pp. 549 y siguientes); resolvió el conflicto entre las decisiones de la primera y la tercera *Chambre* civil de la Corte de Casación, al ser investida por la Asamblea plenaria para dilucidar el caso de responsabilidad del sub-contratista frente al comitente por la negligente ejecución de la obra. La interpretación restrictiva resulta de las más coherentes, de dicho principio, en el Derecho francés.

(141) Casación, Asamblea plena, 12 de junio de 1991, *Op. cit.*; p. 549. La motivación del "arrêt Besse" es compartida por GRAZIADEI, M. *Op. cit.*; pues brinda la clave de lectura para "frenar la progresiva extensión de los efectos contractuales frente a terceros".

(142) Sobre el punto se han pronunciado, de manera exhaustiva, KORTMANN y FABER. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; pp. 247 y siguientes (esta parte de la "Extensión of Defences to Benefit Servants and Other Third Parties" no resulta reproducida en la 2da. edición de 1998, al cuidado de Du Perron, salvo una brevísima mención en la p. 325); KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law. Op. cit.*; pp. 257 y siguientes.

(143) El caso *Adler vs. Dickson* fue publicado en *1 QB 1955*, p. 158. Se trata de un caso que ha tenido grandes repercusiones en la doctrina inglesa y en la comparada: véase, por ejemplo, CHESHIRE y FIFOOT. *Law of Contract. Op. cit.*; p. 147; y, KÖTZ y FLESSNER. *Op. cit.*; pp. 257-258.

(144) Al respecto, resulta paradigmático, el principio afirmado por Lord Reid en el caso *Scruttons Ltd vs. Midland Silicones Ltd, cit.* ("a stranger cannot rely for his protection on provisions in a contract wih he is not a party"). ["un particular no puede confiar, para su protección, en previsiones contenidas en un contrato del cual no es parte".]

(145) El caso *Scruttons Ltd vs. Midland Silicones Ltd* fue publicado en SMITH y THOMAS. *A Casebook on contract. Op. cit.*; pp. 226-229 (véase también [1962] 2 WLR 106; [1962] 2 All ER 1). Sobre esta evolución de la jurisprudencia inglesa, a partir del caso *Adler vs. Dickson*, véase para una primera aproximación PONZANELLI. *Le clausule di esonero dalla responsabilità civile: Studio di diritto comparato*. Milán, 1984. pp. 149-150.

(146) Asimismo, CHESHIRE y FIFOOT. *Op. cit.*; y, KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law. Op. cit.*; p. 258.

(147) Como lo recuerdan numerosos autores de varios países: por ejemplo, CHESHIRE y FIFOOT. *Law of Contract. Op. cit.*; p. 150, nota 9; KÖTZ y FLESSNER. *Op. cit.*; y, MONFELI. *La riforma della privity of contract nella common law inglese. Op. cit.*; p. 1111.

aceptar con cierto esfuerzo la validez de estas cláusulas de exoneración de responsabilidad en favor de los miembros de la tripulación porque, tratándose de terceros respecto de las partes del contrato, estas se habían convertido en un obstáculo para la doctrina de la “privity of contract”⁽¹⁴⁸⁾. Frente a dicho obstáculo, considerado insuperable, los juristas ingleses utilizaron una serie de artificios para justificar, a nivel de sistema, la extensión de las citadas cláusulas de exoneración de responsabilidad a los terceros. Así, por ejemplo, se sugirió que la cláusula de exoneración de responsabilidad se resolvía en una propuesta contractual implícita frente al tercero como agente de la parte contratante y que este aceptaba por conductas concluyentes⁽¹⁴⁹⁾.

Esta y otras tesis que fueron propuestas, como aquella de la inmunidad vicaria (“vicarious immunity”)⁽¹⁵⁰⁾ o la teoría del contrato unilateral, son solo algunas de las construcciones que constituyeron verdaderas acrobacias [conceptuales] de la jurisprudencia inglesa para substraerse del rigor inexorable de la doctrina de la “privity of contract”. En el derecho inglés todas estas dificultades están ahora, o por lo menos aparentemente, superadas debido a la promulgación del *Contract Act* de 1999, el cual, al introducir la figura del contrato a favor de tercero, permite que los terceros se valgan de cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad contenidas en el contrato entre el promitente y el estipulante⁽¹⁵¹⁾.

El mismo problema también ha sido resuelto, si bien a nivel legislativo, por el nuevo Código Civil holandés. El artículo 6:257 prevé expresamente que, cuando en un contrato una de las partes contratantes sea exonerada de responsabilidad contractual o extracontractual por el hecho de sus dependientes,

también estos últimos tendrán el derecho de valerse de la cláusula si comparece en un juicio, tal y como si fuese una verdadera y propia parte del contrato⁽¹⁵²⁾. La excepción a favor del tercero opera también en las hipótesis de simples limitaciones convencionales o legales de responsabilidad. Sin embargo, el artículo 6:257 del Código Civil holandés presupone que la exclusión de la responsabilidad deba tener expresamente por objeto el hecho ilícito del auxiliar, además de los hechos ilícitos del empresario y del auxiliar: ello significa que el tercero no puede valerse de la cláusula si esta prevé solo la exoneración de responsabilidad por los hechos ilícitos del empresario. La doctrina comparada no ha dejado de apreciar el valor de la introducción de una norma como el artículo 6:257 del Código Civil holandés, el cual es considerado completamente racional porque, extendiendo la cláusula a los auxiliares, evita que estos últimos sean constreñidos luego a su vez para accionar frente a su empresario con la consecuente devaluación [svuotamento] de las cláusulas de exoneración o de limitación de responsabilidad.

La conveniencia de una norma como el artículo 6:257 del Código Civil holandés es confirmada por la circunstancia de que en otros sistemas, donde no se encuentra prevista una disposición específica sobre el tema, la jurisprudencia de aquellos países ha intentado alcanzar las mismas soluciones en el plano operativo. Así, por ejemplo, ha sucedido en la experiencia belga⁽¹⁵³⁾ pero, sobretudo, en la experiencia alemana⁽¹⁵⁴⁾ donde se ha utilizado una y otra vez el modelo del contrato con efectos protectores, a fin de resolver positivamente el problema de exoneración o de limitación de responsabilidad a favor de terceros (“Haftungsansschluss oder Haftungsbeschränkung

(148) Así CHESHIRE y FIFOOT. *Op. cit.*; pp. 147-148; refiriéndose a la opinión de la Cámara de los Lords en el caso *Scruttons Ltd vs. Midland Silicones Ltd*, *cit.* de la nota 145.

(149) La tesis es recordada por KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law. Op. cit.*; p. 258; KORTMANN y FABER. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; p. 252, y es la ruta señalada por Lord Denning en la opinión en discordia del caso *Scruttons Ltd vs. Midland Silicones Ltd*, *Op. cit.*; p. 299. Sobre el punto véase a profundidad también la obra de PONZANELLI. *Le clause di esonero dalla responsabilità civile. Op. cit.*; pp. 151-152, quien considera esta solución coherente con el dogma de la “privity of contract”. Por el contrario, SERIO. *Esame del diritto inglese. Op. cit.*; pp. 333-334, también considera que esta tímida apertura de la jurisprudencia inglesa entra en contradicción con los principios de la “privity of contract” y de la “consideration”, aunque se aprecia un intento “de optimizar y racionalizar los criterios de asignación de riesgos y de la riqueza, de la cual el contrato es fuente”.

(150) La solución de la inmunidad vicaria se remonta al caso *Elder Dempster & Co. Ltd vs. Paterson, Zochonis Ltd* de 1924 (en AC 522) y ha sido asumida por los jueces ingleses por cerca de treinta años hasta el caso *Adler vs. Dickson* de 1954. La utilización de la categoría de la inmunidad vicaria es recordado frecuentemente por los comparatistas: véase, por ejemplo, DU PERRON. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; p. 325; sobre la inmunidad vicaria y sobre otro criterio recordado inmediatamente después en el texto véase también MONFELI. *La riforma della privity of contract. Op. cit.*; p. 1111.

(151) La parábola de la fortuna de la inmunidad vicaria en la jurisprudencia inglesa es referida, con riqueza particular, por PONZANELLI. *Le clause di esonero dalla responsabilità civile. Op. cit.*; pp. 147-148.

(152) Se trata de la sección VI del artículo 1 (“cuando una cláusula contractual excluye o limita la responsabilidad en mérito a cualquier evento, las disposiciones contenidas en la presente ley respecto al derecho del tercero de acudir al juez sobre la base de tal cláusula serán interpretadas en relación a su derecho de valerse de la exclusión de la limitación [en esta prevista]”) sobre la cual véase MONFELI. *Op. cit.*; p. 1112; TORNELLO. *L’esperienza inglese*. En: *Effetti del contratto nei confronti dei terzi* al cuidado de Alpa y Fusaro. pp. 149 y siguientes, IVI p. 187; BANAKAS. *The effect of contracts on liabilities of third parties. Op. cit.*; pp. 303-304.

(153) Sobre el artículo 6:257 del Código Civil holandés véase la exhaustiva información de KORTMANN y FABER. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; pp. 248-250.

(154) De ella rinden cuenta KORTMANN y FABER. *Op. cit.*; p. 251, texto y nota 67; DU PERRON. *Contract and Third Parties. Op. cit.*; p. 125, nota 61, a la cual remitimos para las necesarias referencias de carácter jurisprudencial y doctrinal.

zugunsten Dritter⁽¹⁵⁵⁾). La jurisprudencia y la doctrina alemana se han encontrado frente al obstáculo constituido por el § 328 del BGB el cual se refiere expresamente a un derecho de acción del tercero ("der Dritte unmittelbar das Recht erwirbt, die Leistung zu fordern") mientras no hace ninguna referencia al mecanismo de la excepción⁽¹⁵⁶⁾. Para superar tal dificultad la jurisprudencia alemana ha utilizado la figura del *pactum de non petendo*, en el sentido que la cláusula de exoneración de responsabilidad pactada entre las partes comportaría un deber del contratante damnificado de no obrar incluso frente a los auxiliares de la otra parte⁽¹⁵⁷⁾.

A este debate han permanecido sustancialmente ajenos tanto la doctrina como la jurisprudencia italiana⁽¹⁵⁸⁾, quizás porque la atención de los intérpretes se ha focalizado sobre otros aspectos específicos como, por ejemplo, la oponibilidad de las cláusulas de exoneración o limitación de responsabilidad frente a terceros, así como las cuestiones de fondo de la materia comenzando por los problemas relativos a los límites de validez de las cláusulas de exoneración por los hechos de los auxiliares y la aplicabilidad de los artículos 1228-1229 del *Codice Civile* a la responsabilidad extracontractual⁽¹⁵⁹⁾. ㄸ

- (155) Ello es observado KORTMANN y FABER. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 251. En la doctrina alemana la contribución más significativa permanece siendo el ensayo de BLAUROCK. *Haftungsfreizeichnung zugunsten Dritter: Die Ausdehnung vertraglicher Haftungsregelungen auf Dritte*. En: *Zeitschrift für ges. Handelsrecht*. 1982. p. 238, a la cual remitimos para las necesarias referencias.
- (156) Sobre este punto existe una cierta concordancia de opiniones entre los intérpretes: véase, por ejemplo, GERNHUBER. *Gläubiger, Schuldner und Dritte*. *Op. cit.*; p. 554; GOTTWALD. *Vertrag zugunsten Dritter*. En: *Münchener Kommentar zum BGB*. Volumen II. Munich, 1985. Sub § 328. pp. 1038 y siguientes, IVI p. 1039; ESSER y SCHIMDT. *Schuldrecht*. Volumen I. *Allgemeiner Teil*. Tomo 2. *Op. cit.*; p. 281. Una posición más sustentable es aquella de BLAUROCK. *Op. cit.*; pp. 252, 252-253 y 257, que no excluye una aplicación analógica del § 328 del BGB.
- (157) Esta tesis fue expuesta por el *Bundesgerichtshof* en la sentencia del 7 de diciembre de 1961, en *Neue Jur. Wochenschrift*, 1962, p. 388 (la motivación: p. 389), en el "Wachmannfall" que se convirtió en un verdadero y propio *leading case*. La sentencia ha tenido un largo eco en la doctrina alemana (véase, por ejemplo, LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*. Volumen I. *Op. cit.*; p. 187). Sobre este "pactum de non petendo" a favor del tercero véase los artículos citados en la nota precedente, entre las cuales esta la posición de BLAUROCK. *Haftungsfreizeichnung zugunsten Dritter*. *Op. cit.*; p. 249, que considera inútil a este perspectiva. En la doctrina más estrictamente comparada véase Kortmann y Faber. *Contract and Third Parties*. *Op. cit.*; p. 251; y, KÖTZ y FLESSNER. *European Contract Law*. *Op. cit.*; p. 258.
- (158) La excepción la hace la voz de un comparatista, quien también está atento a las vicisitudes del derecho interno: PONZANELLI. *Le clausole di esonero dalla responsabilità civile*. *Op. cit.*; pp. 145 y siguientes.
- (159) Para una primera aproximación sobre estos y otros problemas respecto de las cláusulas de exoneración de responsabilidad véase, por ejemplo, VISINTINI. *La responsabilità contrattuale per fatto degli ausiliari*. Padua, 1965. pp. 131 y siguientes; BIANCA, C. M. *Inadempimento delle obbligazioni*. En: *Commentario del codice civile* al cuidado de Scialoja y Branca. Libro cuarto. *Delle obbligazioni (arts. 1218-1229)*. Bolonia-Roma, 1979. Sub artículo 1228. pp. 450 y siguientes; PONZANELLI. *Op. cit.*; pp. 204 y siguientes; BRECCIA. *Le obbligazioni*. En: *Trattato di diritto privato* al cuidado de Ludica y Zatti. Milán, 1991. pp. 612 y siguientes; y, ALPA. *La responsabilità civile*. En: *Trattato di diritto civile*. Tomo IV. Milán, 1999. pp. 346 y siguientes.