

# NOTA SOBRE LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. ¿FALSO MITO O CATEGORÍA HISTÓRICA EN CONSTANTE TRANSFORMACIÓN?

## NOTE ON THE DENOMINATED CONTRACTUAL LIABILITY. FALSE MYTH OR HISTORICAL CATEGORY IN CONSTANT TRANSFORMATION?

Juan Espinoza Espinoza\*

Pontificia Universidad Católica del Perú

Universidad Nacional Mayor de San Marcos

Miembro del Consejo Editorial de THĒMIS-Revista de Derecho

*In this article, the author explains the forms, consequences, and exceptions of breach of a contract from the perspective of comparative law. Thus, he aims to understand legal situations, which seek to protect the right of credit, such as the repair of the damages.*

*The author makes distinctions when defining whether the security obligation is part of the contract or not, which allows to distinguish the nature of objectivity or subjective contractual liability.*

**KEY WORDS:** Contractual liability; security obligation; breach; contracts; civil law.

*En el presente artículo, el autor explica las formas, consecuencias y excepciones del incumplimiento de un contrato desde el derecho comparado. Así, pretende comprender las situaciones jurídicas, las cuales buscan tutelar el derecho de crédito, como el hecho de reparar el daño.*

*El autor hace distinciones al momento de definir si la obligación de seguridad forma parte o no del contrato, permitiendo distinguir la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad contractual.*

**PALABRAS CLAVE:** Responsabilidad contractual; obligación de seguridad; incumplimiento; contratos; derecho civil.

\* Abogado. Doctor en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP). Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho en la PUCP y en la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Contacto: jaespino@pucp.edu.pe.

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo el día 26 de enero de 2017, y aceptado el día 15 de febrero de 2017.

## I. INTRODUCCIÓN

Resulta curioso constatar que el concepto de “responsabilidad contractual”, tal como lo conocemos hoy día, como un sistema frente al de la responsabilidad extracontractual (*delictual* para los franceses, *aquiliana* para los italianos), con la categoría de la relación jurídica patrimonial compleja (dentro de la cual estaría implícita la “obligación” de seguridad), con la posibilidad que se configure una responsabilidad contractual objetiva (por ejemplo, por el hecho del tercero), entre otras características, sea un concepto relativamente reciente. En efecto, la responsabilidad contractual hoy en día es “la responsabilidad por el incumplimiento de una obligación preexistente, cualquiera sea la fuente”<sup>1</sup>.

Queda claro que la expresión “responsabilidad contractual” se usa para describir un fenómeno más amplio que es el de la responsabilidad por incumplimiento (o cumplimiento inexacto) de las obligaciones. Por ello, “confrontada con la acepción moderna más restringida de la palabra contrato, la expresión es una *sinécdoque*, indica el todo con una parte: la parte, del resto, evidentemente más importante, no sólo desde el punto de vista económico; sino también desde el punto de vista de la dogmática jurídica, las obligaciones contractuales (o de los cuasicontratos) son el referente exclusivo de algunos problemas centrales de la teoría del cumplimiento”<sup>2</sup>. En efecto, “mientras la responsabilidad extracontractual es una obligación que se constituye *ex novo*, la responsabilidad contractual nace al interior de una relación obligatoria ya constituida, en la cual forma parte una obligación de resarcimiento del daño en lugar de, o al lado del, deber primario de la prestación, haciendo actual el vínculo del patrimonio del deudor en garantía del cumplimiento”<sup>3</sup>.

En efecto, cuando surge la responsabilidad contractual, “la que continúa siendo idéntica a sí misma es la relación obligatoria entendida como relación fundamental, como estructura compleja, formada por derechos, obligaciones, poderes y sujeciones, cuyo contenido puede modificarse sin que la relación pierda su identidad jurídica. Esta no es una

entidad normativa ontológicamente distinta de las singulares posiciones jurídicas que lo constituyen; pero, ni siquiera, es simplemente su sumatoria: los singulares elementos reciben su determinación de sentido por el hecho de estar ubicados en la estructura unitaria de la relación, si fueran separados dejarían de ser los que eran antes”<sup>4</sup>. Por ello, “aun teniendo un objeto diverso de aquel del deber primario de prestación que quedó incumplido, la obligación resarcitoria, en la que se desenvuelve el vínculo de responsabilidad coexistente al surgimiento de la obligación, está siempre ordenada a la regulación de la misma situación de intereses”<sup>5</sup>. Entonces, frente a un incumplimiento (o cumplimiento inexacto) de una obligación que genere daños, no es que se produzca una novación, sino que, dentro de la propia relación jurídica patrimonial, cuya naturaleza es compleja, surge adicionalmente la obligación de reparar. La expresión “responsabilidad contractual” (que comúnmente utilizamos) no es más que una *sinécdoque* en la cual se pretende describir el todo (responsabilidad por incumplimiento –o cumplimiento tardío– de la obligación) a través de la parte (el contrato, una de las fuentes de las obligaciones).

El propósito de esta reseña es el de tratar de describir la evolución que ha tenido este concepto, contrastándolo con una inquietante doctrina que (nostálgicamente) pretende volver a una aprehensión “clásica” de la inejecución de las obligaciones con la finalidad de negar a la responsabilidad contractual su naturaleza de sistema (o –si se quiere– subsistema) dentro de la “provincia” de la responsabilidad civil.

## II. TEORÍA CLÁSICA DE LA “RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL”

Calificada doctrina francesa afirma que “el incumplimiento contractual obedece a modalidades particulares, diferentes de las que operan en la responsabilidad delictual o cuasi delictual. Están destinadas a permitir el respeto en el tiempo de la voluntad inicial de las partes y a mantener el equilibrio de sus prestaciones recíprocas”<sup>6</sup>, entendiendo así que la responsabilidad contractual “es un mito”<sup>7</sup>.

<sup>1</sup> MENGONI, Luigi. “Responsabilità contrattuale (diritto vigente)”. En: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Editor). “Enciclopedia del Diritto”. Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè. 1988. p. 1072.

<sup>2</sup> *Ibidem*.

<sup>3</sup> *Ibidem*.

<sup>4</sup> MENGONI, Luigi. *Óp. cit.* p. 1073.

<sup>5</sup> *Ibidem*.

<sup>6</sup> LE TOURNEAU, Philippe. Voz “Responsabilité (en général)”. En: SAVAUX, Éric (Director). “Répertoire de Droit Civil. Tomo X. París: Dalloz. 2009. p. 23.

<sup>7</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *Óp. cit.* Loc. cit.

En esta línea de pensamiento, se advierte que “la obligación que no se ejecuta no se extingue por el sólo hecho de la inexecución”<sup>8</sup> porque, por un lado, el acreedor reclama la ejecución por equivalente (se entiende, de la obligación contraída) y, por el otro, el deudor, al pretender liberarse de los daños y perjuicios, debe probar “el hecho que lo libera (vale decir, la extinción de su obligación)”<sup>9</sup>. Se agrega que el “modo de ejecución de la obligación no modifica la naturaleza porque no se modifica la causa, que permanece siendo el contrato”<sup>10</sup>. Por ello, “la fuente [de la obligación] no reside tanto en la inexecución, sino en el contrato mismo”<sup>11</sup>. Así, “lo que es denominado reparación constituye en realidad un **modo de ejecución del contrato**, diferente sin duda de lo que estaba previsto (por equivalente) y a menudo distinto, pero modo de ejecución igualmente; o modo de pago porque, jurídicamente, el pago es la ejecución de una obligación sin importar el objeto. El contrato está destinado a asegurar la creación y la circulación de las riquezas, a intercambiar los bienes y los servicios; no tiene por finalidad reparar los daños”<sup>12</sup>. Entonces, “mientras que la finalidad de las obligaciones contractuales es la realización de la operación económica querida por las partes, la de la responsabilidad delictual es el restablecimiento de un equilibrio roto. Cuando la obligación inicial y principal generada por el contrato no es ejecutada, aunque no pueda realizarse, o que ella ya no sea de interés para el acreedor, subsiste, pero **bajo la forma de una obligación de pago**; no es más que una manera de ver la primera; pero se concreta en los daños y perjuicios. Los daños y perjuicios tienden a la satisfacción de las legítimas expectativas del acreedor”<sup>13</sup>. Se observa que “el Código Civil francés ha tratado al derecho del acreedor a los daños y perjuicios en caso de inexecución del contrato como un **efecto de la obligación contractual**. Los daños y perjuicios son la forma que toma la obligación contractual cuando el acreedor no puede obtener la ejecución por equivalente, recurre la coacción”<sup>14</sup>.

En consecuencia, “la teoría clásica de las fuentes de las obligaciones no admite ni contaminación, ni confusión, ni metamorfosis: la inexecución del

contrato no es una variedad del delito civil y la ejecución forzada del contrato no se conduce a la reparación de un daño injustamente causado. Los daños y perjuicios debidos en caso de inexecución son un «remedio» ofrecido al acreedor (como dicen los ingleses), no una nueva obligación del deudor. Si uno no encuentra rastro de “responsabilidad contractual” dentro de los textos relativos a los daños y perjuicios, está bien, porque un tal concepto no puede entrar en el sistema clásico de las fuentes de las obligaciones. Además, los daños y los perjuicios no son el único remedio frente a la inexecución, como lo sugeriría la idea de reparación, ni siquiera el remedio principal: la acción de daños y perjuicios se articula, en el derecho común de los contratos, con la ejecución forzada en natura [...], la excepción de inexecución, la resolución [...] y, en su caso, la reelaboración del contrato, que no se sabría cómo conducir a las formas de reparación de un daño”<sup>15</sup>.

Se explica que “la invención de la «responsabilidad contractual», bajo su figura actual, constituye una mutación fundamental en nuestro derecho de obligaciones (el francés). En sus orígenes, existe ciertamente la noción antigua y vaga de «culpa contractual»; pero el factor determinante dentro de la fabricación del nuevo concepto ha sido, en mi opinión, la discusión de los años 1880-1900 sobre la admisión de casos de responsabilidad sin culpa: entonces para Planiol la «responsabilidad contractual» es la que se configura verdaderamente”<sup>16</sup>.

La “culpa contractual” es anterior a la “responsabilidad contractual” y “su historia es larga y complicada. La memoria del derecho de los contratos se remonta al derecho romano de la época clásica, a la época en la cual el *praestare culpam* desplaza al *praestare custodiam* en los contratos de buena fe, luego al derecho romano-bizantino, que sistematiza la graduación de la culpa según el criterio de *utilitas contrahentium*. Esta corriente es retomada por el derecho romano medieval”<sup>17</sup>.

Así, en el régimen de la gran compilación justiniana, las graduaciones eran “la *culpa lata*, la

<sup>8</sup> RÉMY, Phillipe. “La responsabilité contractuelle: histoire d’un faux concept”. En: Revue Trimestrielle de Droit Civil 2. Abril-Junio. Dalloz 1997. p. 326.

<sup>9</sup> Ibídem.

<sup>10</sup> Ibídem.

<sup>11</sup> Ibídem.

<sup>12</sup> LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 23 y 24.

<sup>13</sup> Ibid. p. 24.

<sup>14</sup> Ibídem.

<sup>15</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>16</sup> Ibid. p. 328.

<sup>17</sup> Ibídem.

*culpa levis* y (aunque no sin alguna reserva sobre su operatividad en el sector de la responsabilidad contractual) la *culpa levissima*, correspondientes a la violación del *quantum diligentiae* que serían los estados en grado de expresar respectivamente al *minus diligens*, el *diligens* y el *diligentissimus pater familias*<sup>18</sup>. Sin embargo, “se individualiza en la operatividad, en algunos casos particulares, el criterio del riesgo (*periculum*) sea *ex lege* que *ex pacto*”<sup>19</sup>. Se atribuye el *periculum ex lege* “en algunas particulares hipótesis contractuales: desde el mutuo al *aestimatum*, o frente a particulares categorías de obligados: desde el *emptor* [l. 3, 23, 3] al *heres* en algunas relaciones con legatarios o fideicomisarios [l. 2, 20, 16; D. 45, 1, 91, 2]”<sup>20</sup>. En el *periculum ex pacto*, “la asunción convencional del riesgo se reconoce a los contrayentes sin límite alguno”<sup>21</sup>.

A este punto, es importante tener presente el “universo” de contratos que se regulaban en la época. Por ejemplo, en el derecho intermedio, concretamente, en el derecho germánico, “la responsabilidad contractual se encuentra disciplinada por la prenda, la locación, el depósito, el comodato y el mutuo, figuras que se encuentran confundidas en el concepto de *res praestititia*”<sup>22</sup>. Así, “la legislación presenta un andamio casuístico, del cual es posible obtener una orientación de fondo, en pacto, naturalmente, de no pretender obtener de normas esparcidas, supuestos principios generales referentes a un sistema de responsabilidad contractual”<sup>23</sup>. Por otro lado, “las orientaciones esenciales en tema de responsabilidad son en realidad adecuados para una sociedad cerrada, con intercambios relativamente reducidos. La exigencia de seguridad de tráfico era privilegiada y tendía a restringir la relevancia de los factores contingentes, intervinientes sucesivamente en la constitución de la relación contractual: en primer plano, era tutelada la legítima expectativa de las partes que se establecía en el momento en el cual el contrato cobraba vida y,

por consiguiente, el conjunto de intereses que se delineaba en esa sede”<sup>24</sup>.

En efecto, esta corriente “no se perderá hasta el fin del *Ancien Regime*: desde Acursio y Alciat a Pothier, se sigue el hilo de la «prestación de culpas» y las infinitas sutilezas de su criterio en tres sectores”<sup>25</sup>. La doctrina que vengo citando explica que la “prestación de culpas” fue abandonada por los redactores del *Code Civil* “por un excelente motivo”<sup>26</sup> y cita a Bigot-Préameneau: “la división de las culpas es más ingeniosa que útil en la práctica”. Se agrega que “la falsa cuestión de los grados de la culpa es desplazada por una verdadera: aquella de los alcances de la obligación asumida, que siempre supone el análisis del contenido del contrato porque la cuestión que implica la «responsabilidad contractual» es siempre (y sólo) la de saber si el deudor ha ejecutado el contrato”<sup>27</sup>.

Estos años fueron cruciales, debido a una serie de turbulencias políticas y movimientos sociales. El *Code* ya había envejecido; irrumpe el BGB; comienzan a producirse los primeros accidentes industriales (antes que los de circulación), lo que “hace resquebrajarse los principios clásicos de responsabilidad”<sup>28</sup>. Esta es la época de la creación pretoriana de los “*grands arrêts*” (grandes orientaciones jurisprudenciales): “[e]stas tres crisis –crisis del código, crisis de la responsabilidad, crisis de las fuentes y de los métodos– en ebullición conjunta. Es de allí que surgirá la figura moderna de la «responsabilidad contractual»”<sup>29</sup>.

Surge la figura de Planiol quien, a propósito de la culpa contractual y de la extracontractual, afirma que “la diferencia que se pretende establecer entre los dos tipos de culpa carece enteramente de base: no hay más que una suerte de ilusión resultante de un examen superficial: una y otra culpa crean igualmente una obligación, la de reparar con una indemnización el daño causado; una y otra suponen igualmente la existencia de una obli-

<sup>18</sup> DE ROBERTIS, Francesco Maria. Voz “Responsabilità contrattuale (diritto romano)”. En: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Editor). “Enciclopedia del Diritto”. Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè. 1988. p. 1054 y 1055.

<sup>19</sup> *Ibid.* p. 1055.

<sup>20</sup> *Ibidem.*

<sup>21</sup> *Ibidem.*

<sup>22</sup> BIROCCHI, Italo y Ugo PETRONIO. Voz “Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)”. En: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Editor). “Enciclopedia del Diritto”. Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè. 1988. p. 1060.

<sup>23</sup> *Ibidem.*

<sup>24</sup> BIROCCHI, Italo y Ugo PETRONIO. Óp. cit. p. 162.

<sup>25</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. Cit. Loc. cit.

<sup>26</sup> *Ibid.* p. 329.

<sup>27</sup> *Ibidem.*

<sup>28</sup> *Ibid.* p. 331.

<sup>29</sup> *Ibidem.*

gación anterior; una y otra consisten igualmente en un hecho que es la violación de esta obligación: solo en el caso de la culpa delictual (para nosotros, extracontractual), la obligación violada es una obligación legal, que tiene ordinariamente por objeto un hecho negativo, una abstención<sup>30</sup>. Se observa, con razón, que “Planiol juega con la ambigüedad semántica de «la obligación» que el lenguaje corriente, mas no en el lenguaje jurídico, confunde con el «deber»<sup>31</sup>. En este orden de ideas, “cualquiera que sea la fuente de las obligaciones «primarias», no hay más que una «culpa civil», que da nacimiento en todos los casos a una nueva y misma obligación, la de reparar el daño causado. Es entonces la dualidad de las fuentes de las obligaciones, como lo veía Planiol, la que manda en el fondo, la unidad de la responsabilidad<sup>32</sup>. De ello se deriva que “la inexecución del contrato sea una «culpa» de igual naturaleza que el delito, dicha culpa hace nacer una obligación de reparar que sucede a la obligación contractual inexecutada, la reparación excluye a la ejecución forzada<sup>33</sup>.”

### III. LA IRRUPCIÓN DE LA OBLIGACIÓN CONTRACTUAL DE SEGURIDAD Y LA DISTINCIÓN ENTRE LAS OBLIGACIONES DE MEDIOS Y DE RESULTADOS

Posteriormente, confluyen dos hechos jurisprudenciales casi concomitantes: la irrupción de la obligación contractual de seguridad, después, el suceso de la distinción de las obligaciones de medios y de resultados<sup>34</sup>. Así, “por una parte, (i) la introducción de la obligación de seguridad en los contratos definitivamente ancló la «responsabilidad contractual» dentro de su función de reparación, o ella concurre ahora con la responsabilidad delictual. Por otra parte, (ii) la distinción de obligaciones de medios y de resultados organizó la coexistencia de dos regímenes de «responsabilidad contractual», uno fundado en la culpa probada, el otro más «objetivo», que acentúa el paralelo con los dos regímenes típicos de la responsabilidad delictual. Así, se cierra, en los años 1910-1930, el concepto de «responsabilidad contractual»: de la especie de metáfora elaborada por Planiol con fines retóricos, se ha pasado a la confusión de funciones y después a la asimilación de los regímenes<sup>35</sup>.”

#### A. La introducción de la obligación de seguridad en los contratos

Con respecto a la obligación de seguridad, no se debe olvidar que el Código Civil francés, al igual que el italiano (y, sobre todo, contrariamente al peruano) tiene un régimen probatorio en materia de inexecución de obligaciones más favorable al afectado que en responsabilidad extracontractual. Por ello, “a inicios de siglo, «responsabilidad contractual» es, se ha visto, una vía ofrecida al contratante víctima de un daño corporal para escapar a la necesidad de probar la culpa del autor del daño: se imagina entonces de «forzar» el contrato para hacer entrar una «garantía» de seguridad; la víctima invocará la inexecución del contrato en vez que el delito y el artículo 1147 (del *Code*) la dispensará de probar la culpa del «deudor de seguridad»<sup>36</sup>.”

El texto del original artículo 1147 establecía que “[e]l deudor será condenado, si procede, al pago de daños y perjuicios, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la obligación o del retraso en el cumplimiento, **siempre que no justifique** que el incumplimiento proviene de una causa extraña que no puede serle imputada, aunque no haya habido mala fe de su parte”. [El énfasis es nuestro].

Mediante la Ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016, se ha introducido una notable reforma del *Code Civil* en materia de derecho de los contratos, del régimen general y de la prueba de las obligaciones. El texto citado ahora está contenido en el artículo 1231-1, con el siguiente cambio: “[e]l deudor será condenado, si procede, al pago de daños y perjuicios, ya sea como consecuencia del incumplimiento de la obligación o del retraso en el cumplimiento, **siempre que no justifique** que la ejecución ha sido impedida por fuerza mayor”. [El énfasis es nuestro].

Se puede apreciar que, tanto en la versión original como en la actual, la carga probatoria de la causa extraña (en estricto, la fuerza mayor) corresponde al deudor. Dicho en otras palabras: el acreedor no tiene que probar la culpa o el dolo. Modelo diverso al contenido en el artículo 1330 del Código Civil peruano, el cual regula:

<sup>30</sup> PLANIOL, Marcel. “Traité Élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit”. Novena edición. Tomo II. París: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence. 1923. p. 293.

<sup>31</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. p. 333.

<sup>32</sup> *Ibid.* p. 334.

<sup>33</sup> *Ibid.* p. 336.

<sup>34</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. En el mismo sentido: LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 25.

<sup>35</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>36</sup> *Ibid.* p. 337.

Artículo 1330.- “La prueba del dolo o de la culpa inexcusable corresponde al perjudicado por la inejecución de la obligación, o por su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Siempre, a propósito de la obligación de seguridad, se sostiene que “la contractualización de este tipo de daño aparece entonces como un procedimiento de «objetivización» de la responsabilidad, como se diría hoy. La concurrencia que hace la «responsabilidad contractual» a la responsabilidad delictual responde así, en sus comienzos, a un claro objetivo de favor a la víctima. Todo se enreda –y bien rápido– cuando, por un lado, la obligación contractual de seguridad ve diversificar su régimen, mientras que, por otro lado, la invención de la responsabilidad por el hecho de las cosas abre un vasto campo de responsabilidad delictual sin culpa. De la invención primitiva de la “acreencia de seguridad” a la situación actual, la concurrencia de las vías contractual y delictual de la reparación ha perdido así toda coherencia”<sup>37</sup>.

La obligación de seguridad penetra en el contrato de transporte. Entonces se “aclimata” la idea que la responsabilidad contractual y extracontractual comparten la misma función y la misma naturaleza. La paradoja es “que lo que se busca entonces, es la ventaja probatoria que confiere a la víctima el régimen del contrato, con relación al régimen delictual; con la identidad de funciones, al mismo tiempo se afirma la dualidad de regímenes. Así se justifica políticamente el compromiso por el que se detendrá la doctrina dominante: hay una sola responsabilidad, pero con diferencias «técnicas» que se pueden utilizar para proteger mejor a las víctimas”<sup>38</sup>. Se comienza a analizar con esta nueva visión la responsabilidad en el contrato de prestación de servicios, como la de los notarios, enseñantes, médicos y cirujanos, entre otros. Entonces, “la introducción de la obligación de seguridad, falso «enriquecimiento del concepto contractual», constituye en realidad un simple trasvase dentro del contrato de una obligación de naturaleza extracontractual. Este indicador del primer momento ha visto exactamente, dentro del desarrollo de la obligación de seguridad, tres fenómenos relacionados: el hinchamiento artificial del contrato, el

rechazo de la responsabilidad delictual y la multiplicación de los conflictos de fronteras entre los dos órdenes de responsabilidad”<sup>39</sup>. Entonces, “la frontera del delito y del contrato se desplaza; pero la «responsabilidad contractual» conserva su función de reparación de daños corporales”<sup>40</sup>.

Con la misma orientación, se sostiene que “el régimen de incumplimiento contractual deja de aplicarse en presencia de una obligación secundaria”<sup>41</sup>. Se hace alusión a “ciertas «secuelas» del contrato inventadas por la jurisprudencia, que no son verdaderas obligaciones en el sentido técnico de la palabra”<sup>42</sup>, “deberes contractuales” que generan una “interpretación desnaturalizante del contrato”: una de estas “secuelas” sería la “obligación de seguridad”. Así, “cuando una persona es víctima de un daño corporal, la responsabilidad del autor, lógicamente, no debería ser otra que delictual, salvo (en rigor) si la obligación se refería a la misma persona del acreedor, como la de un cirujano”<sup>43</sup>. Nótese que, en este supuesto, que reconoce excepcionalmente esta doctrina, se admite una suerte de “espacio” a la responsabilidad contractual. Sin embargo, se insiste en que “[l]os daños corporales corresponden a la responsabilidad delictual, porque el deber de vigilar de no causar un daño corporal a los otros pesa sobre todos y porque el contrato no comprende realmente dicha obligación”<sup>44</sup>. Por otra parte, “el régimen del incumplimiento contractual no se configura cuando el acreedor solicita cosa distinta al equivalente pecuniario de la ejecución. El daño invocado es entonces **exterior al contrato**, se sitúa fuera de las previsiones contractuales. Si, en realidad, el acreedor no pide el equivalente pecuniario de la ejecución, él invoca un daño típico de la responsabilidad delictual o cuasi delictual, de suerte que deberá caracterizar un hecho generador, verificar la realidad del daño y establecer un nexo causal”<sup>45</sup>.

Téngase presente que hay casos en los cuales **la obligación de seguridad forma parte del mismo contrato**, como en el contrato de transporte (si uno paga por trasladarse de un punto a otro, es obligación del transportista llevar al pasajero a su destino “vivo y entero”, aunque esto suene, en un país como el Perú, de “ciencia ficción”). El objeto

<sup>37</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. Loc. cit.

<sup>38</sup> *Ibíd.* p. 338.

<sup>39</sup> *Ibíd.*

<sup>40</sup> *Ibíd.* p. 339.

<sup>41</sup> LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 26.

<sup>42</sup> *Ibíd.*

<sup>43</sup> *Ibíd.*

<sup>44</sup> *Ibíd.*

<sup>45</sup> *Ibíd.*

del contrato de prestación de servicios profesionales del cirujano es el de emplear la *lex artis* para curar al paciente o darle mejores condiciones de vida. No se trata de una “obligación secundaria”, sino que forma parte del objeto principal de la obligación contractual, como se da también en el contrato de depósitos. Por otro lado, hay supuestos en los cuales la obligación de seguridad no forma parte del programa contractual. El ejemplo típico es el de un pasante que se resbala al interior de una tienda. Es aquí donde doctrina y jurisprudencia se dividen:

- a) Un sector entiende que la relación jurídica obligatoria es de carácter complejo y se está frente a una “obligación tácita” de seguridad.
- b) Sin embargo, ¿qué pasa si es que aún no se perfeccionó el contrato? La inventiva de los juristas no tiene límites y se crean teorías como la de “las relaciones contractuales de hecho” o la del “contacto social”<sup>46</sup>.
- c) Frente a las dos anteriores que “contractualizan” la responsabilidad, me adhiero a la corriente que entiende que lo que se ha vulnerado es el “deber de seguridad”, perteneciente al *neminem laedere* que corresponde a cualquiera. Entonces, se estaría en el escenario de una responsabilidad extracontractual. Derivándose a su vez, dos supuestos:
  - Si es que aún no se perfeccionó contrato alguno (como el caso del pasante que se resbala en el piso mojado –sin advertencia– en un local comercial), se trata de responsabilidad extracontractual pura y simple.
  - Si se da a propósito de una relación contractual (como una persona que está almorzando en un restaurant) y se genera simultáneamente la lesión del deber genérico de no dañar (cuando se cae el techo o una lámpara en dicho restaurante) estamos frente a una **zona gris**, en cuyo caso (como indicara en otra sede) nuestra jurisprudencia nacional admite el derecho de opción, es decir, la víctima decidirá –al momento

de interponer su demanda– si va por la vía contractual o extracontractual<sup>47</sup>.

El crear la obligación general de seguridad es producto de un procedimiento que “es, sin duda, muy forzado, pues se presume en las partes la voluntad de contraer una obligación, que la mayoría de las veces ni siquiera pasó por su imaginación”<sup>48</sup>. En verdad, no se entiende por qué se debe tratar de manera diversa el hecho de que un consumidor se caiga en un piso encerado si es que ya adquirió un producto o no, si siempre se ha infringido el deber de seguridad, que se encuentra dentro del deber genérico de no dañar: el hecho de haber realizado la compra no lo “contractualiza”. Por ello, autorizada doctrina italiana afirma que “no hay objetiva incompatibilidad entre la tutela específica de un interés dentro de una relación obligatoria y la tutela genérica de un deber de cuidado ajeno en la vida de relación”<sup>49</sup>. En este sentido, se afirma que “una elongación excesiva de la responsabilidad contractual es, además de inconveniente, de dudoso sustento normativo”<sup>50</sup>.

Aunque peque por decir lo evidente y sea reiterativo, queda claro que, en los supuestos en los cuales la obligación de seguridad no forma parte del programa contractual, se está frente a la zona de la responsabilidad extracontractual, no porque no se encaje en la pretensión de solicitar “el equivalente pecuniario de la ejecución”, sino porque, en puridad, se ha infringido el *neminem laedere*, bajo el ropaje del “deber de seguridad”.

El “reflejo contractualista” ha vuelto a surgir en Francia con la reparación de daños causados por productos defectuosos. El artículo 1386-1 del *Code*, introducido por la Ley 22/1994, del 06 de julio de 1994, de Responsabilidad civil por daños causados por productos defectuosos, establece que “[e]l fabricante es responsable del daño causado por el defecto de su producto, esté o no ligado por un contrato con la víctima”.

A ello hay que agregar la orientación jurisprudencial de la *Cour de cassation*, (Primera Cámara Civil, sentencia del 17 de enero de 1995, 93-13075) en la que “el vendedor profesional [...] es responsable

<sup>46</sup> Me permito remitir a mi artículo: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Una breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social”. En: *Gaceta Civil y Procesal Civil* 35. Mayo. 2016. pp. 45-151.

<sup>47</sup> Me permito remitir a mi libro: ESPINOZA ESPINOZA, Juan. “Derecho de la Responsabilidad Civil”. Octava Edición. Lima: Instituto Pacífico. 2016. p. 71.

<sup>48</sup> PREVOT, Juan y Rubén CHAIA. “La obligación de seguridad. Deber de protección. Transporte de personas. Prestación médico-asistencial. Infecciones hospitalarias”. En: DEPALMA, José Luis (Editor). Buenos Aires: Hammurabi. 2005. p. 26.

<sup>49</sup> BIANCA, Massimo. “Diritto Civile”. Volumen 5: “La Responsabilità”. Milán: Giuffrè. 1994. p. 552.

<sup>50</sup> PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPINOS. “Compendio de Derecho de Daños”. Buenos Aires: Hammurabi. 2014. p. 131.

tanto frente a terceros como frente a su adquirente”. En ello se identifica “una acción delictual directa y únicamente fundada en una «culpa contractual»”<sup>51</sup>. Se observa así una suerte de “alargamiento” tanto de la responsabilidad contractual como de la extracontractual.

Se concluye que, en casos como los de caídas en una escalera de un centro comercial, la jurisprudencia francesa “demuestra ahora que la elección de la vía contractual siempre tiene por efecto introducir el desorden dentro de nuestro sistema de reparación de los daños corporales. La idea de ofrecer a la víctima un «paraguas contractual» es, entonces, experiencia hecha, una buena idea falsa: mejor sería volver a dar al delito su competencia natural sobre los casos de «brazos rotos y muertes humanas» y «descontractualizar» la obligación de seguridad si se quiere construir un régimen coherente”<sup>52</sup>. Con ello, se evitarían los “inciertos conflictos de fronteras”<sup>53</sup> entre ambas responsabilidades.

#### B. La distinción entre las obligaciones de medios y de resultados

Se sostiene que, en Francia, la distinción hecha por Demogue de obligaciones de medios y de resultados “ha reforzado considerablemente la analogía de la responsabilidad delictual y de la «responsabilidad contractual»”<sup>54</sup>, por cuanto “de una parte, en efecto, la existencia de obligaciones «de medios» comporta la idea que la «culpa contractual» es una culpa de comportamiento análogo a la culpa delictual; por otro lado, las obligaciones «de resultado» aparecen entonces como casos de «responsabilidad sin culpa» paralelos a los casos de responsabilidad delictual objetiva. «Responsabilidad contractual» y responsabilidad delictual son entonces formalmente construidas según un mismo esquema; esta analogía formal de las estructuras de responsabilidad refuerza incontes-

tablemente la idea que no existe más que una responsabilidad «civil» bajo dos figuras, y que la división es entre los casos de responsabilidad subjetiva y los casos de responsabilidad objetiva”<sup>55</sup>. Se llega a decir que la noción misma de obligación de medios y su distinción con la de resultados “es una hija bastarda de la falsa noción de responsabilidad contractual”<sup>56</sup>.

Con el ánimo de aclarar (o refrescar) conceptos, recordemos que, en las obligaciones de medios “también llamadas de prudencia o de diligencia, el deudor se compromete a realizar una conducta diligente, orientada a la obtención de un resultado, esperado y querido por el acreedor, pero no asegurado. Existe, si se quiere, un doble juego de intereses: uno de carácter primario, que se satisface en tanto el deudor despliegue una conducta diligente orientada a alcanzar la finalidad satisfactoria del acreedor, y otro de carácter aleatorio (el resultado), cuya concreción no depende exclusivamente de la conducta del deudor sino de otros factores contingentes o azarosos”<sup>57</sup>.

En las obligaciones de resultado, “en cambio, el deudor compromete su actividad para el logro de un interés final del acreedor, **no** contingente o aleatorio, de suerte que su falta de obtención importa incumplimiento”<sup>58</sup>. Nota aparte, en el ordenamiento jurídico nacional, la distinción de obligación de medios y resultados ha sido incorporada legislativamente (si bien, a nivel de responsabilidad administrativa del proveedor) en el tercer párrafo del artículo 104 del **Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, del 01 de septiembre de 2010**, el cual prescribe:

Artículo 104.- “En la prestación de servicios, la autoridad administrativa considera, para analizar la idoneidad del servicio, **si la prestación asumida por el proveedor es de medios o de resultado**, conforme al artículo 18”<sup>59</sup>. [El énfasis es nuestro].

<sup>51</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. p. 341.

<sup>52</sup> *Ibidem*.

<sup>53</sup> *ibíd.* p. 342.

<sup>54</sup> *Ibidem*.

<sup>55</sup> *Ibidem*.

<sup>56</sup> LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 28.

<sup>57</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. “Tratado de la Responsabilidad Objetiva”. Tomo II. Buenos Aires: Thomson Reuters. La Ley. 2015. pp. 255 y 256.

<sup>58</sup> *Ibid.* pp. 256 y 257.

<sup>59</sup> El cual regula lo siguiente:

Artículo 18.- “Se entiende por idoneidad la correspondencia entre lo que un consumidor espera y lo que efectivamente recibe, en función a lo que se le hubiera ofrecido, la publicidad e información transmitida, las condiciones y circunstancias de la transacción, las características y naturaleza del producto o servicio, el precio, entre otros factores, atendiendo a las circunstancias del caso.

La idoneidad es evaluada en función a la propia naturaleza del producto o servicio y a su aptitud para satisfacer la finalidad para la cual ha sido puesto en el mercado.

Más allá de las críticas que pueda recibir esta distinción, es innegable su utilidad, a efectos de distinguir la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad contractual.

En este proceso de cambio de la denominada responsabilidad contractual, surgen los supuestos especiales de **responsabilidad por el hecho de tercero y por el hecho de las cosas**, las cuales se califican como **“dos procesos de imputación inútiles** si uno se atiene a la doctrina clásica: se es contractualmente responsable no por el hecho de otro, ni por el hecho de una cosa; **se deben daños y perjuicios porque se es deudor de una obligación que no ha sido ejecutada; es el contrato el que hace al deudor**, y es indiferente que la inejecución del contrato haya tenido su causa en el “hecho ajeno” o en el “hecho de una cosa” siempre que esos hechos no constituyan para el deudor que uno de los hechos liberadores enunciados por los artículos 1147 y 1148 [del *Code* en su versión original]<sup>60</sup>. En esta parte, es forzoso hacer la precisión de que no se debe confundir el hecho del tercero (el supuesto de responsabilidad por el hecho de la cosa *tout court*, está regulado en el derecho francés, no en el peruano) como causa de la responsabilidad (el primer supuesto lo tenemos regulado en el artículo 1325 Código Civil) con los supuestos de fractura causal (artículo 1315 Código Civil en la parte de inejecución de las obligaciones).

Se prosigue, afirmando que “es el sentido común: los medios de ejecutar las promesas son asunto de quien ha prometido; los contratos son frecuentemente ejecutados no por el deudor en persona, sino por los auxiliares o por sustitutos que el deudor elige, y su ejecución se cumple usualmente por medio de «cosas» que el deudor pone en obra o que él emplea. Pero no hay necesidad de buscar en «el hecho ajeno» o en el «hecho de la cosa» los «hechos generadores de responsabilidad», en tanto que la causa de los daños y perjuicios es el mismo contrato”<sup>61</sup>. Frente a ello, con razón, se observa que “particularmente en el ámbito empresarial, un régimen de imputación objetiva (o predominantemente objetiva) luzca más idóneo que otro basado en la culpa, para alcanzar una adecuada distribución de los recursos productivos y, lo que es más importante, para dinamizar la economía a través de mecanismos que promuevan el cumplimiento

y desalienten conductas contrarias”<sup>62</sup>. En efecto, la responsabilidad civil por el hecho del tercero (sea contractual o extracontractual) puede ser entendida tanto bajo una lectura objetiva o subjetiva. Soy un convencido de que, en la actualidad, debe ser analizada como un factor de atribución objetivo, tanto por exigencias de eficiencia social como económica. Por ello, autorizadamente se afirma que “el excesivo favor por la posición deudora expresado por las teorías subjetivas choca contra el sistema legislativo (se refiere al italiano; pero es aplicable al nuestro) y contra la tendencia de las sociedades evolucionadas y, por consiguiente, de los mercados evolucionados y racionales”<sup>63</sup>.

#### IV. CRÍTICA SOBRE EL ANÁLISIS TRADICIONAL DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACUAL

En mi opinión, si bien se nos ofrece una importante reseña de la evolución del concepto de responsabilidad contractual, se debe tener presente que:

- a) En el Derecho romano, el universo de los contratos y de las obligaciones era limitado y estaba dentro de una economía agrícola en la cual las relaciones jurídicas eran, en esencia, relaciones interpersonales.
- b) Es en ese escenario que se diseñan los modelos legislativos contenidos en el *Code Civil*, el cual fue seguido por la mayoría de los códigos contemporáneos.
- c) Con la irrupción de la economía industrial (la que se caracteriza por el empleo de la mano de obra de terceros) y, justamente, con la presencia de accidentes que generaban daños corporales, los conceptos clásicos, tanto de la naturaleza de la relación jurídica obligatoria como la de los “remedios” por el incumplimiento de las obligaciones, cambian profundamente. Por eso, comienza a germinar una percepción objetiva de la responsabilidad contractual por el hecho del tercero y el ensanchamiento del conjunto de derechos y obligaciones que surgen en los contratos.
- d) Insisto que la exigencia de “contractualización” de la obligación de seguridad es debido a que el régimen extracontractual, con-

Las autorizaciones por parte de los organismos del Estado para la fabricación de un producto o la prestación de un servicio, en los casos que sea necesario, no eximen de responsabilidad al proveedor frente al consumidor”.

<sup>60</sup> RÉMY, Phillipe. Óp. cit. p. 347.

<sup>61</sup> *Ibidem*.

<sup>62</sup> PIZARRO, Ramón Daniel. Óp. cit. p. 248.

<sup>63</sup> VISINTINI, Giovanna. “Inadempiamento e mora del debitore”. En: SCHLESINGER, Piero (Director). “Il Codice Civile. Commentario”. Milán: Giuffrè. 2006. p. 164.

- cretamente en lo que a carga probatoria se refiere, en Francia, es menos favorable para el afectado. Cosa inversamente proporcional al sistema jurídico peruano.
- e) Por ello, la “objetivización” de la responsabilidad por el hecho de terceros, así como la delimitación de las obligaciones de medios o resultados para determinar si estamos frente a una responsabilidad civil contractual subjetiva u objetiva, son nuevas respuestas (interpretaciones o “relecturas”, si se quiere) que da el Derecho frente a los cambios sociales, a efectos de una mejor y eficiente administración de justicia.
- f) No se puede compartir esta visión nostálgica e inexacta en la cual se sostiene que, por no adecuarse al esquema clásico de fuentes de las obligaciones, la responsabilidad contractual es un “falso mito”. Cierto es que se trata de un régimen relativamente reciente; pero es el resultado de la evolución del “Derecho vivo”: los conceptos jurídicos no son entelequias inmóviles, incontaminadas con el paso del tiempo y los cambios sociales; es todo lo contrario, evolucionan y se enriquecen en este interesante e intenso laboratorio que es la coexistencia humana.

La posición que (des)entiende a la responsabilidad contractual, limitándola a un mero incumplimiento (*défaillance*), pretende excluir el análisis de responsabilidad civil a efectos que surja la obligación de reparar. En efecto, “la violación de la obligación es suficiente, en línea de principio, a fundar la acción, sin que haya necesidad de establecer la culpa del deudor, o la existencia de un daño distinto de la inejecución y, *a fortiori*, la existencia de un nexo causal”<sup>64</sup>. Se llega a afirmar que “es por hábito que la exigencia de causalidad es considerada como una constante del incumplimiento contractual, cuando este régimen sanamente concebido, ignora la causalidad”<sup>65</sup>. En esta línea de pensamiento, “es la inejecución la que es considerada más que el error de conducta. Mientras que la culpa delictual es la violación de los deberes generadores que impone la vida en sociedad, el incumplimiento contractual es la falta a una obligación en el sentido técnico de la palabra. Por lo demás, los partidarios de la res-

ponsabilidad contractual, juegan con las palabras, porque ellos afirman generalmente que toda inejecución de una obligación contractual constituye una culpa, lo que demuestra que no hay necesidad de una culpa distinta de la inejecución”<sup>66</sup>. En este pasaje, al parecer, esta doctrina es la que juega con las palabras y los conceptos: la inejecución es el incumplimiento o cumplimiento inexacto de la obligación, que puede producirse por factores de atribución subjetivos (culpa leve, culpa inexcusable o dolo) u objetivos (el hecho de un tercero del cual se vale el deudor). Queda a salvo, obviamente, el análisis causal (que debe hacerse) al verificarse si se ha configurado el caso fortuito, la fuerza mayor, el hecho de un tercero o del propio acreedor.

No obstante estas consideraciones, se entiende que la **fuerza mayor** (supuesto de fractura causal o causa extraña) “no debería ser considerada como una causa exoneratoria del incumplimiento contractual. En efecto, ella constituye, en realidad, un caso de **extinción** de la obligación preexistente (y, entonces, de la obligación a los daños y perjuicios); porque ésta es un obstáculo que el deudor no podía superar, que se ubica fuera del contenido obligacional. Por el contrario, en materia delictual, la fuerza mayor impide el **nacimiento** de la obligación, porque el daño no es imputable al agente. Del resto, la culpa del acreedor es tomada en consideración a propósito de la inejecución del contrato o de su resolución, por las cuales el concepto de exoneración es inoperante”<sup>67</sup>. Por ello, “puesto que el régimen del incumplimiento contractual ha sido contaminado por el de la responsabilidad delictual, ha devenido en habitual analizar falsamente a la fuerza mayor como una circunstancia que exonera al deudor contractual”<sup>68</sup>.

La imposibilidad sobreviniente de la prestación “es una situación impeditiva del cumplimiento que el deudor no está en grado de superar ni de prevenir con la diligencia requerida”<sup>69</sup>. Ello implica que “el riesgo representado por los costos de los daños que se derivan al acreedor por el incumplimiento (pérdida del valor de la prestación, de los beneficios, entre otros) es puesto a cargo del deudor cuando la imposibilidad deriva por causa imputable a éste, es puesto a cargo del acreedor mismo cuando la imposibilidad deriva de causa no imputable al deudor”<sup>70</sup>.

<sup>64</sup> LE TOURNEAU, Philippe. Óp. cit. p. 24.

<sup>65</sup> *ibíd.* p. 27.

<sup>66</sup> *Ibidem.*

<sup>67</sup> *ibíd.* p. 28.

<sup>68</sup> *Ibidem.*

<sup>69</sup> BIANCA, Massimo. “Diritto Civile”. Volumen 4: L'obbligazione. Milán: Giuffrè. 1993. p. 528.

<sup>70</sup> VISINTINI, Giovanna. Óp. cit. p. 322.

El artículo 1431 Código Civil norma:

Artículo 1431: “En los contratos con prestaciones recíprocas, si la prestación a cargo de una de las partes deviene imposible sin culpa de los contratantes, el contrato queda resuelto de pleno derecho. En este caso, el deudor liberado pierde el derecho a la contraprestación y debe restituir lo que ha recibido”.

El artículo 1315 Código Civil, por su parte, prescribe:

Artículo 1351: “Caso fortuito o fuerza mayor es la causa no imputable, consistente en un evento extraordinario, imprevisible e irresistible, que impide la ejecución de la obligación o determina su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso”.

Como puede apreciarse, la imposibilidad sobreviviente es causal de resolución del contrato. Por ello, “el recurso al vocablo «resolución» representa un modo, más que otra cosa, compendioso para indicar las consecuencias que se derivan, en un contrato con prestaciones correspondientes, por la imposibilidad de una de las prestaciones: o la disolución «de derecho» del contrato que no puede existir más, faltando entonces el sinalagma funcional, título idóneo a desenvolver la programada función de intercambio”<sup>71</sup>. El caso fortuito no es más que un supuesto de fractura causal o de “causa extraña”, el cual –al afectar el curso causal entre el hecho generador y el daño– puede, no sólo impedir que se configure la responsabilidad civil, sino que se atenúe la misma. Atenta doctrina afirma, con respecto al artículo 1315 del Código Civil peruano, que “lo cierto es que el evento que afecta la prestación con imposibilidad debe ser uno que esté fuera del control de las partes, que sea un riesgo atípico a la actividad comercial del deudor, que no haya podido ser previsto y que no haya sido posible ejercer la diligencia necesaria para evitar que el evento produzca la imposibilidad”<sup>72</sup>.

En atención a estas consideraciones, si bien de hecho la fractura causal “imposibilita” el cumplimiento de la prestación, se observa que hay un salto lógico al pretender identificar los conceptos de im-

posibilidad sobreviviente y de fractura causal. Se trata de dos remedios distintos: el primero genera la resolución del contrato y genera –en su caso– la **acción restitutoria**, dirigida a “restablecer las condiciones de hecho y de derecho que caracterizaban la situación del sujeto antes que un cierto cambio se haya producido”<sup>73</sup>; el segundo no afecta la eficacia del mismo, sino que excluye la responsabilidad contractual.

En materia de alcance de la reparación, el **principio de reparación integral**, propia de la responsabilidad extracontractual “tiende a ganar terreno en el contrato”<sup>74</sup>. El artículo 1150 del *Code* (en su versión original) regulaba que “[e]l deudor solo estará obligado al pago de daños y perjuicios previstos o que hubieran podido ser previstos en el momento del contrato, cuando en el incumplimiento de la obligación no existiera dolo por su parte”.

El actual artículo 1231-3 del *Code* reformado por la Ordenanza 2016-131, siguiendo el modelo del original 1150, establece: “[e]l deudor sólo está obligado a indemnizar los daños y perjuicios que se hayan previsto o se hayan podido prever al momento de la conclusión del contrato, salvo cuando la inexecución es debida a culpa grave o dolo”.

En efecto, “la doctrina clásica explica simplemente este texto por la naturaleza misma de los daños y perjuicios, que procuran al acreedor reclamar dicha forma de satisfacción el equivalente que él habría obtenido con la ejecución en especie, pero nada más. La doctrina moderna ve, al contrario, una derogación difícilmente justificable al principio de reparación integral del daño injustamente causado y propone sea abrogar, sea mantenerla sólo como instrumento de una política de moderación judicial de daños y perjuicios”<sup>75</sup>.

**El daño previsible**, se sostiene, “no es, ni más ni menos, que otra cosa que el objeto mismo de la obligación no ejecutada, la ventaja prometida y no recibida”<sup>76</sup>. También se afirma que “no hay reparación, sólo una ejecución bajo otra forma. La «previsibilidad» es una noción objetiva, que reenvía a la naturaleza misma del daño reparable, directa-

<sup>71</sup> PAGLIANTINI, Stefano. “Comentario al artículo 1463 del Código Civil Italiano”. En: GABRIELLI, Enrico (Director). “Comentario del Codice Civile”. En: NAVARRETTA, Emanuela y Andrea ORESTANO (Curadores). “Dei Contratti in Generale”. Torino: Utet. 2011. p. 544.

<sup>72</sup> GARCÍA LONG, Sergio. “Un Big Mac, por favor. La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones”. En: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6925>. p. 240.

<sup>73</sup> DI MAJO, Adolfo. “La tutela civile dei diritti”. Tercera edición. Milán: Giuffrè. 2001. p. 301. En este mismo sentido: GUERRINI, Luca. “Le restituzioni contrattuali”. Torino: Giappichelli. 2012. p. 67.

<sup>74</sup> RÉMY, Phillipe. *Op. cit.* p. 350.

<sup>75</sup> *Ibid.* p. 351.

<sup>76</sup> *Ibidem.*

mente ordenada por el objeto de la obligación<sup>77</sup>. Así, se pone el siguiente ejemplo: “es así que el depositario o el transportista no deba reparar nada más que el valor de las cosas que le habían sido confiadas, no el daño excepcional —e imprevisible— resultante de la pérdida de objetos de un valor no habitual con respecto de las circunstancias, a menos que lo haya conocido”<sup>78</sup>.

No obstante, se reconoce que existe una excepción a la limitación a los daños y perjuicios previsibles: el dolo<sup>79</sup>. En efecto, “incumplir voluntariamente un contrato, con la conciencia o la voluntad de dañar al co-contratante, viola la buena fe que gobierna toda la materia contractual [...]. Obligar al deudor deshonesto, que se ha burlado de la confianza otorgada, a cubrir todas las consecuencias de la inexecución del contrato, incluso aquellas imprevisibles en la formación de dicho contrato, es simplemente infligirle una sanción excepcional; pero merecida. El deudor se ha comportado con sí el contrato no existiese. El derecho lo encierra en su propio juego; privado de la posibilidad de invocar el contrato, él podrá ser condenado a indemnizar los riesgos que no había aceptado; inversamente, el acreedor recibirá las ventajas que no esperaba”<sup>80</sup>. Se reconoce que “el dolo (y la culpa grave que le es asimilable) es el único caso de «responsabilidad contractual», porque el dolo hace nacer una nueva obligación que el contrato no tenía (obligación nueva consistente en asumir las consecuencias imprevisibles de la inexecución); ya no consiste en un pago, sino en una verdadera reparación”<sup>81</sup>. Entonces, tanto el dolo como la culpa inexcusable rompen la limitación al resarcimiento, extendiéndose incluso al daño imprevisible. Como puede observarse, esta doctrina, como graciosa concesión, reconoce otro **espacio** de responsabilidad contractual.

Además, es importante distinguir los diversos tipos de daños que se pueden presentar a propósito del incumplimiento de un contrato (o de una obligación previamente asumida). En efecto, “los daños que nacen de la no ejecución o de la ejecución defectuosa del contrato pueden ser de dos órdenes:

a la no obtención de la prestación prometida (el precio no pagado, la cosa no entregada, el servicio no prestado) se asimilan, en efecto, las consecuencias dañosas de dicha no ejecución sobre otros bienes y derechos en la persona del acreedor (las pérdidas de explotación vinculadas a la no entrega de la cosa vendida, las ocasiones de ganancia perdidas por el hecho del no pago de una suma debida, los daños corporales consecutivos a la locación de un albergue insalubre, el robo consecutivo a la instalación de un sistema de seguridad defectuoso, el accidente provocado por los trabajadores de construcción o una reparación defectuosa, etcétera)”<sup>82</sup>. Por ello, es evidente que “reducir los daños y perjuicios contractuales a una forma de ejecución, suscita apreciaciones bien diferentes según se aplique a los daños consustanciales o a los daños consecutivos a la inexecución”<sup>83</sup>.

Se debe diferenciar entre la obligación de dar una suma de dinero y una obligación de comportamiento. En el primer caso, “la asimilación de los daños y perjuicios consustanciales a la ejecución parece imponerse. En efecto, no hay diferencia entre la ejecución y la reparación de la pérdida pecuniaria resultante de la falta de pago misma, independientemente de sus consecuencias”<sup>84</sup>. En el escenario de las obligaciones de comportamiento, las cuales “imponen hacer o no hacer alguna cosa, la asimilación de los daños y perjuicios a la compensación de la misma inexecución a una forma de ejecución parece, a la vez, inexacta y peligrosa”<sup>85</sup>. Es inexacta “porque la ejecución se agota en la prestación prometida, No se puede, entonces, hablar de ejecución para una obligación que exige un comportamiento, si ese comportamiento es observado. Dicho de otra manera, tal obligación no puede ser ejecutada sino en especie”<sup>86</sup>. Es peligrosa “porque trata a los daños y perjuicios como una forma de ejecución que niega la prioridad de la ejecución en especie en la indemnización. Sin embargo, esta prioridad es hoy día reconocida por la jurisprudencia [francesa] que admite que el acreedor puede exigir la ejecución en especie de una obligación de hacer o de no hacer, si es aún posible, sin que se tenga que probar daño alguno

<sup>77</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *Op. Cit.* p. 25.

<sup>78</sup> JOURDAIN, Patrice. “Les principes de la responsabilité civile”. Novena edición. Paris: Dalloz. 2014. p. 151.

<sup>79</sup> LE TOURNEAU, Philippe. *Op. Cit.* Loc. Cit.

<sup>80</sup> *Ibidem*.

<sup>81</sup> *Ibid.* p. 26.

<sup>82</sup> VINEY, Geneviève. “Introduction à la Responsabilité”. Tercera edición. Paris: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2008. p. 408.

<sup>83</sup> *Ibidem*.

<sup>84</sup> *Ibidem*.

<sup>85</sup> VINEY, Geneviève. *Op. Cit.* p. 409.

<sup>86</sup> *Ibidem*.

y que, si lo solicita, el juez no tiene el derecho de rechazarla imponiéndole que se satisfaga sólo con los daños y perjuicios<sup>87</sup>. Ciertamente es que “el acreedor de una obligación de hacer o de no hacer no está obligado a reclamar la ejecución en especie. Si él prefiere satisfacerse con una indemnización pecuniaria, él está en el derecho de hacerlo<sup>88</sup>.”

Ahora bien, quien pide indemnización, tiene la carga de acreditar el daño. El hecho de que la indemnización compense la prestación no ejecutada “confiere, sin duda, a dicha condena pecuniaria una función económica análoga a la de la ejecución; pero esta analogía en absoluto se identifica jurídicamente a la ejecución. Estos dos remedios frente al incumplimiento son, en efecto, fundamentalmente distintos. No obedecen a las mismas condiciones, porque la prueba del daño es un requisito para la indemnización y no para la ejecución<sup>89</sup>.”

En definitiva, “la indemnización del daño consustancial a la inexecución no parece coincidir con la ejecución salvo en la hipótesis del incumplimiento en el pago de una suma de dinero. En todos los otros casos, ella es autónoma con relación a la ejecución<sup>90</sup>.”

Tampoco se puede asimilar la indemnización de los daños consecutivos al incumplimiento con la ejecución por equivalente del contrato porque “para todas las consecuencias de los incumplimientos contractuales que alcanzan, sean otros bienes de aquel que es objeto del contrato, sean los intereses económicos o morales distintos de la pérdida pura y simple de la prestación prometida, la identificación de la reparación a una forma de ejecución carece de sentido<sup>91</sup>.” Piénsese, por ejemplo, en el caso de una *mala praxis* médica que genera la muerte y que causa un daño moral a un pariente cercano.

Conuerdo plenamente con quien, autorizada-mente, afirma que “nos parece, en definitiva, injustificado defender la desaparición de la responsabilidad contractual en provecho de un concepto de «ejecución por equivalente», que es de una dudosa coherencia. Lo que, en efecto, caracteriza a la ejecución es que ella conlleva, por definición, lo que es prometido y no una prestación sustitutiva. Confundir los daños y perjuicios con la ejecución

es una manera insidiosa de regresar a la prioridad de la ejecución en especie que controla la fuerza obligatoria del contrato, tal como la conciben los derechos europeos continentales. Por otro lado, la desaparición del concepto de responsabilidad contractual arriesgaría, sea de reducir considerablemente la protección de las víctimas, privándoles de toda reparación por los daños consecutivos a la inexecución, sea de someter dicha reparación al régimen delictual, lo que no sería lógico, al menos para los daños que resulten del incumplimiento de obligaciones principales o características, y obligará a menudo a la víctima a ejercer dos acciones, sometidas a dos regímenes diferentes, para obtener la reparación de daños consustanciales y de los daños consecutivos al incumplimiento. Se trata, en nuestra opinión, de una falsa pista. Por otro lado, parece que en la jurisprudencia (francesa) ha tenido una influencia efímera<sup>92</sup>.”

En efecto, es innegable que el universo de los remedios contractuales rebasa la indemnización por los daños causados (no sólo los consustanciales, sino los consecutivos). Por ello, se cuenta con la ejecución forzada *in natura* (artículo 1150.1 del Código Civil), la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil), la resolución (artículo 1371 del Código Civil), entre otros remedios que tutelan el derecho de crédito. Resulta importante determinar si el acreedor está (o no) interesado en la ejecución de la obligación. En efecto, si está aún interesado, el mecanismo de la ejecución forzada es posible y, si no hay interés en el cumplimiento de la obligación preestablecida, el remedio de la indemnización por daños es el que se suele aplicar (sin excluir que se pueda presentar también en el primer escenario). Por ello, la reparación “no es más que un remedio entre otros frente a la inexecución del contrato<sup>93</sup>.”

No se puede reducir la tutela del acreedor a la indemnización por daños ni a la ejecución forzada, ni a algún remedio contractual en particular, que pueda hacer uso el acreedor. Es por eso que entender que no existe un sistema de responsabilidad contractual, por cuanto los remedios frente a la inexecución de las obligaciones se reducen a la ejecución *in natura*, es una percepción sesgada que pretende reducir la compleja realidad de la patología del contrato a un estrecho modelo teórico.

<sup>87</sup> Ibídem.

<sup>88</sup> Ibídem.

<sup>89</sup> ibíd. p. 410.

<sup>90</sup> Ibídem.

<sup>91</sup> Ibídem.

<sup>92</sup> VINEY, Geneviève. Óp. cit. pp. 416 y 417.

<sup>93</sup> JOURDAIN, Patrice. Óp. cit. p. 33.

El tradicional panorama del incumplimiento (o cumplimiento inexacto de las obligaciones) con la fórmula de los topes de la indemnización (daños previsibles o los que son consecuencia inmediata y directa) entra en crisis cuando se presentan daños corporales. Los topes son insuficientes para dejar siquiera a la víctima en una situación similar a la que tuvo antes que se le produjera la lesión a su integridad o salud. Por ello, en estos casos, resulta una exigencia aplicar el principio de reparación integral del daño.

Con estas reflexiones no se pretende absorber el capítulo de la inejecución de las obligaciones (no sólo contractuales) dentro de la provincia de la responsabilidad civil, sino tomar conciencia de que, no obstante las diferencias entre la inejecución de las obligaciones y la responsabilidad civil extracontractual, hay una **zona común** en la cual convergen: la responsabilidad contractual. Nada de falsos mitos: pura realidad.

#### V. CONCLUSIONES:

- a) Frente a un incumplimiento (o cumplimiento inexacto) de una obligación que genere daños, no es que se produzca una novación, sino que, dentro de la propia relación jurídica patrimonial, cuya naturaleza es compleja, surge adicionalmente la obligación de reparar.
- b) La expresión “responsabilidad contractual” (que comúnmente utilizamos) no es más que una *sinécdote* en la cual se pretende describir el todo (responsabilidad por incumplimiento –o cumplimiento tardío– de la obligación) a través de la parte (el contrato, una de las fuentes de las obligaciones).
- c) No se debe olvidar que el Código Civil francés, al igual que el italiano (y, sobre todo, contrariamente al peruano), tiene un régimen probatorio en materia de inejecución de obligaciones más favorable al afectado que en responsabilidad extracontractual.
- d) Resulta forzoso, si se quiere tener una aproximación a la problemática de la categoría de la responsabilidad contractual, abordar –evidentemente, entre otros aspectos– la denominada obligación de seguridad; la distinción de la obligación de medios y resultados a efectos de delimitar si la responsabilidad contractual es objetiva o subjetiva y la responsabilidad contractual por el hecho del tercero.
- e) Téngase presente que hay casos en los cuales la obligación de seguridad forma parte

del mismo contrato, como en el contrato de transporte (si uno paga por trasladarse de un punto a otro, es obligación del transportista llevar al pasajero a su destino “vivo y entero”, aunque esto suene, en un país como el Perú, de “ciencia ficción”). El objeto contrato de prestación de servicios profesionales del cirujano es el de emplear la *lex artis* para curar al paciente o darle mejores condiciones de vida. No se trata de una “obligación secundaria”, sino que forma parte del objeto principal de la obligación contractual, como se da también en el contrato de depósito.

- f) Por otro lado, hay supuestos en los cuales la obligación seguridad no forma parte del programa contractual. El ejemplo típico es el de un pasante que se resbala al interior de una tienda. Es aquí donde doctrina y jurisprudencia se dividen:
  - Un sector entiende que la relación jurídica obligatoria es de carácter complejo y se está frente a una “obligación tácita” de seguridad.
  - Sin embargo, ¿qué pasa si es que aún no se perfeccionó el contrato? La inventiva de los juristas no tiene límites y se crean teorías como la de “las relaciones contractuales de hecho” o la del “contacto social”.
  - Frente a las dos anteriores que “contractualizan” la responsabilidad, me adhiero a la corriente que entiende que lo que se ha vulnerado es el “deber de seguridad”, perteneciente al *neminem laedere* que corresponde a cualquiera. Entonces, se estaría en el escenario de una responsabilidad extracontractual. Derivándose a su vez, dos supuestos:
    - (i) Si es que aún no se perfeccionó contrato alguno (como el caso del pasante que se resbala en el piso mojado –sin advertencia– en un local comercial), se trata de responsabilidad extracontractual pura y simple.
    - (ii) Si, a propósito de una relación contractual (como una persona que está almorzando en un restaurante), genera simultáneamente la lesión del deber genérico de no dañar (cuando se cae el techo o una lámpara en dicho restaurante) estamos frente a una **zona gris**, en cuyo caso (como indicara en otra sede) nuestra jurisprudencia nacional admite el derecho de opción, es decir, la víctima decidirá –al momento de interponer su demanda– si va por la vía contractual o extracontractual.

- En los supuestos en los cuales la obligación seguridad no forma parte del programa contractual, se está frente a la zona de la responsabilidad extracontractual, no porque no se encaje en la pretensión de solicitar “el equivalente pecuniario de la ejecución”, sino porque en puridad se ha infringido el *neminem laedere* bajo el ropaje del “deber de seguridad”.
- En el ordenamiento jurídico nacional, la distinción de obligación de medios y resultados ha sido incorporada legislativamente (si bien, a nivel de responsabilidad administrativa del proveedor) en el tercer párrafo del artículo 104 del Código de Protección y Defensa del Consumidor, Ley 29571, del 01 de septiembre de 2010.
- Más allá de las críticas que pueda recibir esta distinción, es innegable su utilidad, a efectos de distinguir la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad contractual.
- La responsabilidad civil por el hecho del tercero (sea contractual o extracontractual) puede ser entendida tanto bajo una lectura objetiva como subjetiva. Soy un convencido de que, en la actualidad, debe ser analizada como un factor de atribución objetivo, tanto por exigencias de eficiencia social como económica.
- Frente a la corriente que pretende cuestionar la vigencia de la responsabilidad contractual, se debe tener presente que:
  - (i) En el Derecho Romano, el universo de los contratos y de las obligaciones era limitado y estaba dentro de una economía agrícola en la cual las relaciones jurídicas eran, en esencia, relaciones inter-personales.
  - (ii) Es en ese escenario que se diseñan los modelos legislativos contenidos en el *Code Civil*, el cual fue seguido por la mayoría de los códigos contemporáneos.
  - (iii) Con la irrupción de la economía industrial (la que se caracteriza por el empleo de la mano de obra de terceros) y, justamente, con la presencia de accidentes que generaban daños corporales, los conceptos clásicos, tanto de la naturaleza de la relación jurídica obligatoria como la de los “remedios” por el incumplimiento de las obligaciones cambian profundamente. Por eso, comienza a germinar una percepción objetiva de la responsabilidad contractual por el hecho del tercero y el ensanchamiento del conjunto de derechos y obligaciones que surgen en los contratos.
- (iv) Insisto que la exigencia de “contractualización” de la obligación de seguridad es debido a que el régimen extracontractual, concretamente en lo que a carga probatoria se refiere, en Francia, es menos favorable para el afectado. Cosa inversamente proporcional al sistema jurídico peruano.
- (v) Por ello, la “objetivización” de la responsabilidad por el hecho de terceros así como la delimitación de las obligaciones de medios o resultados para determinar si estamos frente a una responsabilidad civil contractual subjetiva u objetiva son nuevas respuestas (interpretaciones o “relecturas”, si se quiere) que da el Derecho frente a los cambios sociales, a efectos de una mejor y eficiente administración de justicia.
- (vi) No se puede compartir esta visión nostálgica e inexacta en la cual se sostiene que, por no adecuarse al esquema clásico de fuentes de las obligaciones, la responsabilidad contractual es un **falso mito**. Cierto es que se trata de un régimen relativamente reciente; pero es el resultado de la evolución del **Derecho vivo**: los conceptos jurídicos no son entelequias inmóviles incontaminadas con el paso del tiempo y los cambios sociales; es todo lo contrario, evolucionan y se enriquecen en este interesante e intenso laboratorio que es la coexistencia humana.
  - Es innegable que el universo de los remedios contractuales rebasa la indemnización por los daños causados (no sólo los consustanciales, sino los consecutivos). Por ello, se cuenta con la ejecución forzada *in natura* (artículo 1150.1 del Código Civil), la excepción de incumplimiento (artículo 1426 del Código Civil), la resolución (artículo 1371 del Código Civil), entre otros remedios que tutelan el derecho de crédito. Resulta importante determinar si el acreedor está (o no) interesado en la ejecución de la obligación. En efecto, si está aún interesado, el mecanismo de la ejecución forzada es posible y, si no hay interés en el cumplimiento de la obligación preestablecida, el remedio de la indemnización por daños es el que se suele aplicar (sin excluir que se pueda presentar también en el primer escenario).
  - No se puede reducir la tutela del acreedor a la indemnización por daños ni a la ejecución forzada, ni a algún remedio contractual en particular que pueda hacer uso el acreedor. Es por eso que entender que no existe un sistema de responsabilidad contractual por cuanto los re-

medios frente a la inejecución de las obligaciones se reducen a la ejecución in natura, es una percepción sesgada que pretende reducir la compleja realidad de la patología del contrato a un estrecho modelo teórico.

- El tradicional panorama del incumplimiento (o cumplimiento inexacto de las obligaciones) con la fórmula de los topes de la indemnización (daños previsibles o los que son consecuencia inmediata y directa) entra en crisis cuando se presentan daños corporales. Los topes son insuficientes para dejar siquiera a la víctima en una situación similar a la que tuvo antes que se le produjera la lesión a su integridad o salud. Por ello, en estos casos, resulta una exigencia aplicar el principio de reparación integral del daño. ¶

## BIBLIOGRAFÍA

### Legislación

Decreto Legislativo 295 (Código Civil peruano).

Código Civil francés.

Código Civil italiano.

Ley 29571 (Código de Protección y Defensa del Consumidor).

Ordenanza 2016-131 del 10 de febrero de 2016 (Francia).

### Doctrina

BIANCA, Massimo. "Diritto Civile". Volumen 4: L'obbligazione. Milán: Giuffrè. 1993.

BIANCA, Massimo. "Diritto Civile". Volumen 5: "La Responsabilità". Milán: Giuffrè. 1994.

BIROCCHI, Italo y Ugo PETRONIO. Voz "Responsabilità contrattuale (diritto intermedio)". En: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Editor). "Enciclopedia del Diritto". Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè. 1988.

DE ROBERTIS, Francesco Maria. Voz "Responsabilità contrattuale (diritto romano)". En: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Editor). "Enciclopedia del Diritto". Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè. 1988.

DI MAJO, Adolfo. "La tutela civile dei diritti". Tercera edición. Milán: Giuffrè. 2001.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Breve nota sobre los orígenes de la teoría del contacto social". Lima: Gaceta Jurídica Editorial. 2016.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. "Derecho de la Responsabilidad Civil". Octava Edición. Lima: Instituto Pacífico Editorial. 2016.

GARCÍA LONG, Sergio. "Un Big Mac, por favor. La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones". En: <http://tesis.pucp.edu.pe/repositorio/handle/123456789/6925>.

GUERRINI, Luca. "Le restituzioni contrattuali". Torino: Giappichelli. 2012.

JOURDAIN, Patrice. "Les principes de la responsabilité civile". Novena edición. París: Dalloz. 2014.

LE TOURNEAU, Philippe. Voz "Responsabilité (en général)". En: SAVAUX, Éric (Director). "Répertoire de Droit Civil. Tomo X. París: Dalloz. 2009.

MENGONI, Luigi. Voz "Responsabilità contrattuale (diritto vigente)". En: SANTORO-PASSARELLI, Francesco (Editor). "Enciclopedia del Diritto". Volumen XXXIX. Milán: Giuffrè. 1988.

PIZARRO, Ramón Daniel y Carlos Gustavo VALLESPIÑOS. "Compendio de Derecho de Daños". Buenos Aires: Hammurabi. 2014.

PIZARRO, Ramón Daniel. "Tratado de la Responsabilidad Objetiva". Tomo II. Buenos Aires: Thomson Reuters. La Ley. 2015.

PLANIOL, Marcel. "Traité Élémentaire de Droit Civil conforme au programme officiel des Facultés de Droit". Novena edición. Tomo II. París: Librairie Generale de Droit & de Jurisprudence. 1923.

PREVOT, Juan y Rubén CHAIA. "La obligación de seguridad. Deber de protección. Transporte de personas. Prestación médico-asistencial. Infecciones hospitalarias". En: DEPALMA, José Luis (Editor). Buenos Aires: Hammurabi. 2005.

RÉMY, Philippe. "La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept". En: Revue Trimestrielle de Droit Civil 2. Abril-Junio. Dalloz 1997.

VINEY, Geneviève. "Introduction à la Responsabilité". Tercera edición. París: Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence. 2008.

VISINTINI, Giovanna. "Inadempimento e mora del debitore". En: SCHLESINGER, Piero (Director). "Il Codice Civile. Commentario". Milán: Giuffrè. 2006.