



# Capítulo 15

Editores

# DE LAS OBLIGACIONES EN GENERAL

COLOQUIO DE IUSPRIVATISTAS DE ROMA Y AMÉRICA  
CUARTA REUNIÓN DE TRABAJO



FONDO  
EDITORIAL

PONTIFICIA UNIVERSIDAD CATÓLICA DEL PERÚ

*De las obligaciones en general*  
*Coloquio de iusprivatistas de Roma y América*  
*Cuarta reunión de trabajo*

Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores

© Rómulo Morales Hervias y Giovanni F. Priori Posada, editores, 2012

De esta edición:

© Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, 2012

Av. Universitaria 1801, Lima 32, Perú

Teléfono: (51 1) 626-2650

Fax: (51 1) 626-2913

feditor@pucp.edu.pe

www.pucp.edu.pe/publicaciones

Diseño, diagramación, corrección de estilo y cuidado de la edición:

Fondo Editorial PUCP

Primera edición: diciembre de 2012

Tiraje: 500 ejemplares

Prohibida la reproducción de este libro por cualquier medio, total o parcialmente,  
sin permiso expreso de los editores.

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2012-15834

ISBN: 978-612-4146-24-4

Registro del Proyecto Editorial: 31501361200977

Impreso en Tarea Asociación Gráfica Educativa

Pasaje María Auxiliadora 156, Lima 5, Perú

## A PROPÓSITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

*Sberaldine Pinto Oliveros*  
Universidad Metropolitana

### INTRODUCCIÓN

Ciertamente, la armonización del derecho privado en América Latina constituye la sede más adecuada para realizar algunas reflexiones acerca de la responsabilidad contractual que, indudablemente, representa uno de los aspectos de mayor interés y relevancia con miras a la futura predisposición de un Código Tipo de las Obligaciones y del Contrato para Latinoamérica.

Sin lugar a dudas, el análisis de este tema y en general de las distintas temáticas objeto del proceso de armonización debe preliminarmente enfrentar la problemática relativa a dos interrogantes: ¿Se anhela un Código de principios o de reglas? ¿Se aspira a una aproximación normativa o se desea reflejar el *common core* del derecho de las obligaciones en América Latina? Asimismo, es imprescindible afrontar la dialéctica general/especial tanto interna —o, lo que es igual, teoría general del contrato y derecho (especial) de contratos— como externa; especialmente, con relación a la incuestionable incidencia de la normativa de protección del consumidor en el derecho privado y, en consecuencia, su indiscutible interacción con los distintos Códigos Civiles latinoamericanos.

Sin embargo, las anteriores reflexiones no excluyen que, avanzando en dicho proceso de armonización, puedan efectuarse algunas consideraciones que contribuyan a enmarcar, valorar y desarrollar la propuesta normativa en materia de responsabilidad.

A tal efecto, se enfrentarán dos aspectos de primaria importancia en este tema. De un lado, la controversia relativa a la unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual; y, del otro lado, las condiciones de procedencia de la responsabilidad contractual.

## 1. ¿DECLIVE DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL?

La oposición entre los partidarios de un único régimen de responsabilidad y los adeptos de dos regímenes distintos, es decir, responsabilidad contractual y extracontractual, se remonta al final del siglo XIX pero aún se encuentra vigente en nuestros días (Viney, 2008, pp. 396 y ss.).

En efecto, la controversia entre quienes ponen en tela de juicio la existencia y/o la autonomía de la responsabilidad contractual, respecto a la responsabilidad aquiliana, y quienes las reivindican ha sido renovada<sup>1</sup> y, además, se ha enriquecido de contenidos sea por los puntos comunes<sup>2</sup> o de contacto que existen o que, progresivamente, se han ido delineando entre ambos regímenes (2008, p. 400), sea por la inconsistencia de algunas posiciones (doctrinarias y jurisprudenciales) orientadas a desconocer la utilidad y autonomía de la responsabilidad contractual<sup>3</sup>, especialmente, aquella que pretende asimilar los daños y perjuicios contractuales a la ejecución por equivalente<sup>4</sup>.

<sup>1</sup> Inicialmente, se trataba de dos posiciones doctrinales encontradas que condujeron, además, a la proposición de una tesis intermedia y a la prevalencia de la teoría de la dualidad sobre las restantes. Sin embargo, la oposición entre dichas posturas se transforma en controversia cuando el interés de la doctrina respecto a la existencia o a la autonomía de la responsabilidad contractual fue renovado, de un lado, por las reflexiones de Le Tourneau sobre la asimilación de los daños y perjuicios contractuales a una forma de ejecución del contrato y, más específicamente, a la ejecución por equivalente; y, del otro lado, por la crítica de Tallon —que fue, ulteriormente, respaldada por las reservas de Rémy a la función indemnitaria de la responsabilidad contractual— a la vinculación de los daños y perjuicios contractuales a la responsabilidad (o, en otros términos, la presunta falsedad de la responsabilidad contractual).

<sup>2</sup> En alusión a los distintos intentos de unificar los regímenes de responsabilidad, Palacios Herrera sostiene que «las normas que rigen la responsabilidad contractual, si bien guardan una conexión natural y lógica con la responsabilidad civil extracontractual, tiene principios y efectos que le son propios» (2000, p. 271). Por su parte Di Majo afirma que «*la tendenza a considerare unitariamente entrambe le forme di illecito, sia quella da inadempimento come quello aquiliano, sia sotto il profilo de requisiti soggettivi (colpa) che dell'effetto (risarcimento del danno) ha contribuito a ridimensionare la specificità (della fattispecie) dell'inadempimento*» (2006, p. 78).

<sup>3</sup> Incluso en ordenamientos que acogen la unidad de los regímenes de responsabilidad, la diversa función del resarcimiento del daño en la responsabilidad contractual y en la aquiliana ha conducido a interrogarse sobre la validez y el fundamento de la unificación de ambos regímenes. A mayor abundamiento, respecto al derecho italiano, véase Castronovo (2006).

<sup>4</sup> Baraona González sostiene que «el Código Civil chileno prescribe como uno de los efectos que derivan de las obligaciones de fuente contractual, y antes de tratar las diferentes causas de extinguir la obligación, el derecho del acreedor a ser indemnizado de los daños y perjuicios que el incumplimiento le puede originar. Estos perjuicios no constituyen necesariamente la vía del cumplimiento por equivalente de la obligación, como tradicionalmente se le ha querido presentar —el *id quod interest*—, sino un derecho complementario del acreedor a ser resarcido cada vez que la infracción de la obligación le suponga un daño, conforme a las normas de imputación y extensión que el mismo cuerpo establece. Insisto que se trata de daños que son complementarios a la prestación misma,

A primera vista, dicha equiparación pareciera imponerse en las obligaciones pecuniarias. Sin embargo, la misma no es admisible respecto a las obligaciones de hacer o no hacer que únicamente admiten la ejecución *in natura* cuando el cumplimiento de la obligación es posible.

De hecho, aunque la máxima *nemo potest praecise cogi ad factum* imponga una restricción al cumplimiento en especie de las obligaciones de hacer, esta no desmiente la prioridad de la ejecución *in natura*, en cuanto dicho axioma no implica que el acreedor sea privado de su derecho a obtener el cumplimiento en especie sino, más bien, que esta realización no puede ser lograda por medios atentatorios de la libertad individual<sup>5</sup>, en particular, en el caso de las obligaciones *intuitu personae*.

En cambio, aceptar la asimilación entre daños y perjuicios contractuales y ejecución por equivalente supone no solo desconocer la prioridad del cumplimiento en especie<sup>6</sup> sobre la indemnización<sup>7</sup>, sino también las diversas condiciones de procedencia de dichos remedios al incumplimiento, especialmente, con relación a la prueba del daño, que es necesaria para la indemnización y dispensada para la ejecución por equivalente<sup>8</sup>.

---

ya sea que provengan del incumplimiento definitivo de la obligación, de una mala ejecución, o solo del hecho de haberse retardado, por ello susceptibles de ser agregados a la pretensión de cumplimiento. No es correcto hablar en este terreno de cumplimiento por equivalente, pues da la idea que la indemnización reemplaza a la prestación, lo que solo podría admitirse cuando se está frente a la imposibilidad sobrevenida de la prestación» (1997, pp. 156 y ss.).

<sup>5</sup> En este sentido, debe recordarse que el acreedor puede obtener el cumplimiento forzoso en especie, a través de un medio indirecto de ejecución, es decir, haciéndose de autorizar él mismo —o mediante un tercero— a ejecutar la obligación a costa del deudor; o, en el caso del incumplimiento de la obligación de no hacer, a destruir lo que el deudor haya hecho en contravención de dicha obligación. Sobre el tema en el derecho venezolano y, especialmente, en el ámbito jurisprudencial, véase Calvo Baca (2008, pp. 102 y ss.).

<sup>6</sup> La prioridad del cumplimiento en especie es confirmada por el *right to performance* que se desprende de los principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (artículo 7.2.1-5), de los principios de derecho contractual europeo (artículos 9.101 y 9.102) y del *Common Frame of Reference* del derecho privado europeo (III-3: 301-3:303).

<sup>7</sup> En el derecho italiano la prevalencia del resarcimiento del daño como remedio al incumplimiento ha indudablemente contribuido a la unidad del régimen de responsabilidad. Símbles consideraciones podrían realizarse respecto al derecho alemán, pre *Schuldrechtsmodernisierung*. Sin embargo, el actual modelo alemán se encuentra inspirado al principio de la satisfacción *in natura* del interés del acreedor (§ 241 y § 249 BGB); mientras que el resarcimiento únicamente posee un carácter sustitutivo (§ 251 BGB) (Di Majo, 2006, p. 71).

<sup>8</sup> De ahí que Viney considere que, «*en ce qui concerne les obligations autres que de sommes d'argent, c'est-à-dire en pratique, les obligations de comportement imposant de faire o de ne faire pas quelque chose, l'assimilation des dommages et intérêts compensant l'inexécution elle-même à une forme d'exécution paraît à la fois inexacte et dangereuse*» (2008, p. 409). En este orden de ideas, algunos autores sugieren «distinguir en sede de responsabilidad civil contractual la reparación *in natura* de lo que son las auténticas pretensiones de cumplimiento *in natura*» (Luna, Piñeiro, Ramos & Rubí, 2002, p. 2).

Por otra parte, la inexactitud de equiparar los daños y perjuicios contractuales y la ejecución por equivalente se pone de manifiesto cuando las consecuencias del incumplimiento superan el valor de la prestación que no ha sido ejecutada (Viney, 2008, p. 411). Esta situación se presenta, en la práctica, frecuentemente en el ámbito de las obligaciones contractuales de hacer o no hacer y, especialmente, cuando las consecuencias del incumplimiento afectan la integridad psico-física del acreedor.

En este sentido, es suficiente considerar el caso del incumplimiento de las obligaciones —y, en particular, de la obligación de seguridad— que derivan del contrato entre médico y paciente o, en general, del contrato (de prestación) de asistencia sanitaria y/o del contrato de transporte de personas. En estos supuestos, las consecuencias en la integridad psico-física de la víctima (acreedor de la prestación, objeto del contrato) pueden superar el valor de la prestación incumplida —o, de forma más precisa, que fuera ejecutada defectuosamente— y, además, el incumplimiento puede constituir incluso la fuente del daño por rebote a terceros, extraños de la relación contractual.

Sin embargo, la afectación de la integridad psico-física de la persona no constituye el único supuesto en el que las consecuencias del incumplimiento pueden superar el valor de la prestación que no ha sido ejecutada.

De hecho, es posible evocar numerosos ejemplos como el incumplimiento de las obligaciones adquiridas por un famoso deportista o futbolista, en virtud de un contrato entre este y una determinada sociedad deportiva (Rubio Sánchez, 2005), la cual, a su vez, ha estipulado cuantiosos contratos de patrocinio publicitario (o de *esponsorización*) con distintas empresas, precisamente, por el fichaje del célebre deportista. En este supuesto, el incumplimiento de las obligaciones de la estrella del deporte podría repercutirse en la relación entre las empresas patrocinadoras y la sociedad deportiva, incluso en términos de responsabilidad de esta última.

Símiles consideraciones podrían realizarse con relación al contrato estipulado entre un artista del espectáculo y un empresario<sup>9</sup> con el fin de llevar a cabo algunas presentaciones del primero en una determinada localidad. En esta hipótesis el eventual incumplimiento de las obligaciones del virtuoso se reverbera en los contratos que el empresario haya celebrado para consentir la presentación del artista (por ejemplo, alquiler del local, equipos, personal de seguridad y asistencia médica, seguros, etcétera), así como, en los contratos que haya celebrado con los espectadores.

Igualmente, las consecuencias del incumplimiento podrían superar el valor de la prestación inejecutada en la hipótesis de falta de uno de los contratos que un sujeto haya estipulado para disfrutar de unas merecidas vacaciones. En este orden

---

<sup>9</sup> Sobre estos contratos y también acerca de los contratos con deportistas profesionales, véase Barajas Montes De Oca (1992, pp. 99 y ss., pp. 93 y ss., respectivamente).

de ideas, el supuesto más evidente es el retardo o la cancelación de un vuelo que, indudablemente, repercutirá en los contratos (de hotelaría, alquiler de vehículo, guía turística, etcétera) que el acreedor haya estipulado con el objetivo de disfrutar de sus vacaciones. Sin embargo, la solución podría variar si el acreedor ha estipulado un paquete turístico que implica una serie de «contratos conexos»<sup>10</sup>. En esta situación, la responsabilidad por incumplimiento de las obligaciones que derivan de dichos contratos conexos podría haber sido regulada convencional o legalmente.

Por otra parte, las consecuencias del incumplimiento podrían superar el valor de la prestación que no ha sido ejecutada en casos de inobservancia de un pacto u obligación de no competencia, así como en la hipótesis de inejecución de la obligación de no divulgar determinadas informaciones o de secreto profesional y/o comercial, incluso cuando el incumplimiento de dichas obligaciones es referible al personal que opera con el profesional, institución bancaria<sup>11</sup>, empresa de seguros, estructura sanitaria o empresa con quien se relaciona el cliente.

En símiles hipótesis, es decir, cuando el deudor se vale o encomienda la ejecución de las obligaciones que resultan del contrato a terceros (León Hilario, 1998) —esto es, extraños a la relación contractual—, se ha tratado de forzar la aplicabilidad de nociones que son propias de la responsabilidad extracontractual<sup>12</sup>. Sin embargo, esta solución no pareciera ser convincente. En realidad, pareciera más correcto examinar dicha situación a la luz de la culpa contractual y, más específicamente, de las denominadas *lex artis*<sup>13</sup> o de la culpa profesional.

---

<sup>10</sup> A pesar de que parte de la doctrina emplee el vocablo *coligados*, con el fin de designar aquella pluralidad de contratos que responde a un objetivo único, consideramos que dicho neologismo es innecesario y, además, responde a una infeliz traducción literal de la expresión *contratto collegato*. Sobre dichos contratos, véase Sacco (2011) y Morales Hervias (2002).

<sup>11</sup> *Grosso modo*, el denominado *secreto bancario* alude a la obligación que tienen los operadores del sector bancario (entendido en sentido amplio) de no revelar a terceros informaciones o datos relativos a las operaciones financieras o de intermediación y a los clientes.

<sup>12</sup> En el ámbito de la responsabilidad contractual, algunos autores se han, incluso, inclinado por el uso de conceptos como «responsabilidad por hecho ajeno» (especialmente en atención a la proximidad fáctica de la hipótesis de incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte del personal que opera con el deudor —o a quien este último encomendó la ejecución—, con la responsabilidad del principal por el hecho de sus dependientes) o, en algunos casos, por el de «responsabilidad por hecho de las cosas», que son propios de las denominadas *responsabilidades especiales o complejas*, reconducibles al ámbito de la responsabilidad extracontractual. Esta solución ha sido ampliamente criticada por Rémy (1997, p. 346).

<sup>13</sup> Las *lex artis* constituyen reglas de valoración de la conducta sobre la base de criterios objetivos de naturaleza técnica. Por tanto, el contenido de las *lex artis* se determina en función del acto o, de forma específica, de la actividad profesional, así como, en relación con otras circunstancias de lugar y tiempo en las que se desarrollan dichos actos o actividades.

Asimismo, el hecho de que el incumplimiento de una de las partes cause un daño a un tercero de la relación contractual ha llevado a interrogarse sobre la practicabilidad de la acción de responsabilidad extracontractual.

En este orden de ideas, es posible distinguir dos hipótesis. De un lado, la existencia de un contrato entre el tercero y una de las partes del contrato (generalmente, el acreedor de la prestación incumplida)<sup>14</sup>, cuya inejecución originó el daño. Del otro, la inexistencia de algún tipo de relación contractual entre el tercero y las partes del contrato incumplido.

En el primer supuesto, la improcedencia de la acumulación de las responsabilidades contractual y extracontractual en aquellos sistemas que la rechazan<sup>15</sup> descarta la acción de responsabilidad extracontractual del tercero (respecto al contrato incumplido) frente a su cocontratante. Además, la reparación de los daños y perjuicios contractuales debe respetar el principio de la previsibilidad del daño al momento de la celebración del contrato, con su relativa excepción en la hipótesis de dolo del deudor, así como las eventuales regulaciones convencionales y/o legales de la responsabilidad<sup>16</sup>. En cambio, un análisis costo/beneficio por parte de la víctima posiblemente descarte la acción de responsabilidad extracontractual

<sup>14</sup> En este sentido, basta recordar los ejemplos anteriormente ilustrados del futbolista, del artista, o del turista que estipula diversos contratos para disfrutar de unas merecidas vacaciones.

<sup>15</sup> En Venezuela la doctrina mayoritariamente sostiene la improcedencia del cúmulo de responsabilidades contractual y extracontractual cuando el agente y la víctima están vinculadas por un contrato y el daño ha sido causado con motivo del incumplimiento de una obligación contractual. Sin embargo, la jurisprudencia ha admitido la acumulación de responsabilidades cuando el daño se ha experimentado con ocasión o en relación con un contrato, pero excluyendo la hipótesis en que el daño se origine por una actuación del agente contemplada o regulada por el contrato. En otras palabras, se ha aceptado que la existencia de una relación contractual no impide la coexistencia de un hecho ilícito, que puede presentarse en forma paralela e independiente a la relación contractual, o que puede originarse con motivo de un abuso o defecto en la ejecución de índole contractual. Para Adrián Hernández «la inusual solución jurisprudencial venezolana que permite la acumulación de acciones contractuales y extracontractuales [...] es totalmente inadmisibles en la mayoría de los ordenamientos jurídicos que afirman las especificidades del sistema contractual frente al extracontractual, particularmente en Francia, donde existe una jurisprudencia inveterada negando la posibilidad de acumulación. En cambio en Venezuela la negativa de la antes Corte Suprema de Justicia de reconocer —con argumentos básicamente formales— la reparabilidad del daño moral en materia contractual llevó a permitir la acumulación de acciones contractuales y extracontractuales como única forma de permitir a la víctima la reparación del daño moral cuando mediaba un contrato entre las partes. Las peripecias que deben hacer los demandantes para tratar de hacer ver al juez la existencia de un hecho ilícito distinto del simple incumplimiento contractual —sea anterior, concomitante o posterior a dicho incumplimiento— tienen muchas veces más de ejercicios de malabarismo jurídico que de examen riguroso de las situaciones involucradas» (en prensa, p. 2).

<sup>16</sup> Que, en algunos supuestos, pueden conducir a que se analice la validez y, eventualmente, el carácter abusivo de la regulación convencional de la responsabilidad mediante cláusulas limitantes o eximentes de responsabilidad.



contra el agente directo del daño, especialmente, en consideración al valor del daño —que, probablemente, supere al de la prestación incumplida por el agente directo— respecto a la capacidad económica de este último.

En cambio, el segundo supuesto, es decir, la inexistencia de algún tipo de relación contractual entre el tercero y las partes del contrato incumplido, permite que se ponga en evidencia la posible aplicabilidad de dos diversos regímenes de responsabilidad con el fin de reparar a las víctimas de daños causados por un único hecho generador, según estas se encuentren o no vinculadas por un contrato con el agente del daño.

En este sentido, es suficiente recordar el caso del incumplimiento de la obligación de «secreto bancario». De hecho, y más allá de la eventual relevancia penal del caso concreto, la divulgación de informaciones relativas a operaciones bancarias, financieras o de valores puede afectar no solo al cliente de la institución bancaria —víctima del incumplimiento de la obligación contractual de no divulgar ciertas informaciones— sino también a terceros de dicha relación.

Esta situación es más evidente en el caso de los daños sufridos por terceros extraños a la relación de consumo, es decir, el denominado *bystander*, respecto a los daños sufridos por el consumidor.

Si bien es cierto que la amplia noción de consumidor (Pinto Oliveros, en prensa), prevaleciente en América Latina, permite atraer, al ámbito de la relación de consumo, no solo a quien adquiere sino también a quien use o disfrute del bien y/o servicio como destinatario final (y, por tanto, el consumidor-adquirente y el consumidor-usuario del producto se encuentran sometidos a las mismas reglas —especiales— de responsabilidad en el caso de daños ocasionados en sus bienes y en su integridad psico-física por un producto y/o servicio defectuoso); no es menos cierto que un producto puede ocasionar daños a un tercero que, aunque no use o disfrute del bien y/o servicio, se encuentre expuesto a este<sup>17</sup>.

Por tanto, el consumidor y el *bystander* podrían estar sometidos a dos distintos regímenes de responsabilidad. El primero estaría sujeto a una especial que, en buena medida, encuentra su fundamento en la obligación de seguridad, reconocida por diversas legislaciones sudamericanas en materia de protección del consumidor. Luego, el segundo, estaría sometido a una responsabilidad aquiliana, conforme a las reglas generales del derecho civil.

La responsabilidad fundamentada en el incumplimiento de la obligación de seguridad, reconocida por diversas legislaciones especiales de protección

---

<sup>17</sup> En Argentina, de conformidad con el apartado único del artículo 1, la ley 24.240, Ley de defensa del consumidor, las normas de protección del consumidor son aplicables inclusive a quien se encuentre expuesto a la relación de consumo (Alterini, 2008).

del consumidor, es una manifestación del fenómeno de extensión de la responsabilidad contractual<sup>18</sup>, en virtud del incumplimiento de obligaciones accesorias que, en realidad, son deberes de carácter general incorporados al contrato por mandato de la ley<sup>19</sup>—especialmente, por normas imperativas contenidas en las leyes especiales dirigidas a proteger al sujeto considerado jurídicamente débil—<sup>20</sup> o que resultan de la buena fe<sup>21</sup>.

Si, de un lado, este proceso de integración de obligaciones accesorias al contrato ha atraído al ámbito contractual<sup>22</sup> numerosos daños que, en su ausencia, habrían sido sometidos a las reglas de la responsabilidad extracontractual (Viney, 2008, p. 415); del otro lado, ha determinado la aplicabilidad (concurrente) de dos regímenes

<sup>18</sup> En Francia este fenómeno se desarrolló a partir del reconocimiento de la obligación de seguridad en el contrato de transporte de personas (Viney, 2008, pp. 414 y ss.).

<sup>19</sup> En otras palabras, no se trata de obligaciones contractuales en sentido estricto. En este orden de ideas, Di Majo recuerda que «è oggetto di critica e revisione la concezione secondo cui le obbligazioni contrattuali sono quelle e solo quelle «volute» dalle parti. È noto ad es. che al contenuto del contratto partecipano fonti diverse (dalla norma di legge al principio di buona fede e così via), onde da esso scaturiranno obblighi che non possono definirsi stricto sensu volontari. Basta avere riguardo all'intera classe di doveri (ad es. di informazione), che hanno la propria fonte nel principio di buona fede o correttezza» (1998, p. 26).

<sup>20</sup> Según Castronovo es innegable que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual «sia stata offuscata dagli obblighi di protezione, i quali hanno reso risarcibile come contrattuale un danno che ha la medesima configurazione del danno da fatto illecito» (2006, p. 85).

<sup>21</sup> En este sentido, Gallo sostiene que «grazie a questo principio è possibile introdurre nel sistema pluralità di doveri accessori che fanno corona all'adempimento della prestazione principale. Molto spesso l'esatto adempimento implica infatti l'adempimento di una pluralità di doveri accessori finalizzati a consentire che abbia luogo l'adempimento della prestazione principale. Alcuni di questi doveri accessori, che fanno corona all'obbligazione principale, sono menzionati dallo stesso legislatore [...]. La maggior parte di questi doveri accessori non sono però specificamente menzionati dal legislatore, e trovano quindi fondamento nel principio di buona fede [...]. Nell'ambito dei doveri accessori che trovano il loro fondamento nel principio di buona fede notevole rilevanza assumono i doveri di protezione» (2002, p. 259). En opinión de Neme Villarreal «la buena fe no solo obliga a lo fijado en la convención y a los cuidados generales usuales entre personas honorables, sino a todas aquellas prestaciones accesorias que las circunstancias que rodean al negocio en cada momento vaya poniendo de manifiesto, con independencia de que hayan o no sido pactadas expresamente. Por tal razón se agregan al contrato, por ejemplo, obligaciones de información, de vinculación al pacto celebrado, no a la letra sino al verdadero interés de las partes, de lealtad, de diligencia, de cooperación, de transparencia, de solidaridad, de no contrariar los actos propios, etc., todas las cuales por virtud de la fuerza integradora de la buena fe y de su carácter normativo se entienden incorporadas al contrato, atendiendo a la naturaleza del mismo y de las particulares circunstancias del caso, sin necesidad de que hayan sido expresamente pactadas por las partes» (2006, pp. 90 y ss.). Por su parte, Facco afirma que «la buena fe es causa o fuente de creación de especiales deberes de conducta que sirven al mejor cumplimiento de las obligaciones principales derivadas del contrato» (2009, p. 153).

<sup>22</sup> Para Gallo «nei casi di questo genere sorge il problema di qualificare la responsabilità come da inadempimento (articolo 1218 CC), o aquiliana (articolo 2043 CC). La distinzione non è ovviamente priva di rilevanza pratica, vista l'inversione dell'onere della prova che opera tipicamente in materia di responsabilità da inadempimento (articolo 1218 CC)» (2002, p. 260).

distintos —contractual y aquiliano— a las víctimas de daños, originados en un mismo hecho generador, según se encuentren o no vinculadas por un contrato con el agente del daño<sup>23</sup>.

Sin embargo, no puede descuidarse el hecho de que, en el primer caso, el fundamento de la responsabilidad es la fuerza obligatoria del contrato; mientras que, en el segundo, es la violación del deber genérico de no causar un daño (injusto) a otra persona.

Todo lo anterior, ciertamente, impone una mayor atención respecto a los confines entre la responsabilidad contractual y extracontractual con el fin de superar las dificultades creadas por la aplicación de dos regímenes distintos a daños originados por un mismo hecho generador. No obstante, estas dificultades no constituyen un argumento suficientemente válido para desconocer las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad<sup>24</sup>, ni tampoco para «descartar la utilidad y la pertinencia de la responsabilidad contractual al fin de sancionar el incumplimiento de obligaciones contractuales, que escapan de las reglas generales de comportamiento» (Viney, 2008, p. 415)<sup>25</sup>, ni mucho menos para renunciar a algunas reglas específicas que solo tiene cabida en materia contractual o extracontractual respectivamente.

De hecho, un atento análisis de estas problemáticas conduce a precisar los actuales confines de la responsabilidad contractual, así como a determinar sus peculiaridades frente al régimen de responsabilidad extracontractual<sup>26</sup>, especialmente, en relación con sus diversos fundamentos, condiciones de procedencia y extensión.

<sup>23</sup> Si, de un lado, la víctima sometida al régimen de responsabilidad contractual podría valerse de la presunción de culpa en el incumplimiento de las obligaciones de resultado; del otro lado, podría sufrir la restricción de la reparación, en virtud de la regulación convencional de la responsabilidad (especialmente, mediante cláusulas penales, limitativas o exonerativas de responsabilidad). Viceversa, la víctima sometida al régimen de responsabilidad extracontractual, en principio, se encuentra vinculada a la prueba de la culpa, pero la extensión de la reparación no estaría restringida por eventuales regulaciones convencionales.

<sup>24</sup> Para un análisis crítico de las diferencias que se mantienen en la actualidad entre los regímenes de responsabilidad contractual y aquiliana, véase Viney (2008, pp. 422 y ss.) y Di Majo (1998, pp. 25 y ss.). En relación con las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual, véase De los Mozos, J. L. (2006, pp. 47 y ss.), Morales Hervias (2006) y Palacios Herrera (2000, pp. 271 y ss.).

<sup>25</sup> Para la autora la inexecución de las obligaciones contractuales que derivan de reglas generales de comportamiento es sancionada por la responsabilidad aquiliana (2008, pp. 429 y ss.).

<sup>26</sup> Magistralmente, Viney sintetiza las diversas críticas a la unificación de los regímenes de responsabilidad y, más específicamente, a la identificación de la responsabilidad contractual con la ejecución por equivalente, en las siguientes consideraciones: «*Il nous paraît, en définitive, injustifié de prôner la disparition de la responsabilité contractuelle au profit d'un concept d'«exécution par équivalent» qui est d'une cohérence douteuse. Ce qui caractérise en effet l'exécution, c'est qu'elle porte, par définition, sur ce qui est promis et non sur une prestation de remplacement. Confondre les dommages et intérêts avec l'exécution est donc une manière insidieuse de revenir sur la priorité de l'exécution en nature que commande la force obligatoire du contrat, telle que la conçoivent les droits européens continentaux. En outre, la disparition*

## 2. REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Aunque escape del alcance del presente estudio determinar los actuales confines de la responsabilidad contractual y extracontractual —en particular, en relación con los deberes incorporados al contrato por la ley— y/o evidenciar la especificidad de las reglas que rigen cada uno de estos regímenes, especialmente, en atención a sus diversos fundamentos y efectos, no es posible prescindir de algunas consideraciones, de carácter general, relativas al fundamento y a las condiciones de procedencia de la responsabilidad contractual, con el fin de desarrollar la propuesta normativa en materia de responsabilidad contractual, con miras a la predisposición de un Código Tipo de las Obligaciones y del Contrato para América Latina.

Ciertamente, la primera diferencia que se manifiesta entre la responsabilidad contractual y la aquiliana es la existencia de una relación contractual<sup>27</sup> en la primera y su inexistencia en la segunda.

---

*du concept de responsabilité contractuelle risquerait soit de réduire considérablement la protection des victimes en les privant de toute réparation pour les dommages consécutifs à l'inexécution, soit de soumettre cette réparation au régime délictuel, ce qui ne serait guère logique, au moins pour les dommages résultant de l'inexécution des obligations principales ou caractéristiques du contrat, et obligerait souvent la victime à exercer deux actions, soumises à deux régimes différents, pour obtenir la réparation des dommages substantiels et celle des dommages consécutifs à l'inexécution. Il s'agit donc, à notre avis, d'une fausse piste. D'ailleurs, elle ne semble avoir eu sur la jurisprudence qu'une influence éphémère»* (2008, pp. 416 y ss.).

<sup>27</sup> Para algunos autores no se requiere necesariamente de una relación contractual, sino que es suficiente la existencia de un vínculo previo entre el agente del daño y la víctima. De allí, la crítica a la expresión «responsabilidad contractual» y el empleo de la más amplia «responsabilidad por incumplimiento de la obligación». En este orden de ideas, se observa que el elemento *responsabilidad* está implícito en el vínculo obligatorio que, en el caso de la responsabilidad por inexecución, se reafirma en caso de incumplimiento de la obligación. De esta forma, se trae a colación la corriente doctrinal que, subrayando la máxima importancia del elemento patrimonial en la estructura de la obligación, afirmó la absoluta distinción entre los factores que concurren a integrarla, es decir, el *debitum* y la *obligatio*. En otras palabras, la teoría del débito y la responsabilidad (*schuld* y *haftung*) o, lo que es lo mismo, el deber de observar el comportamiento debido y el sometimiento del deudor —como en el primitivo derecho romano— o de un bien, o conjunto de bienes que forman el patrimonio del deudor, como en el derecho moderno. Como es notorio, esta doctrina atribuye preeminencia al elemento patrimonial de la estructura de la obligación, aunque no desconozca el elemento personal e incluso lo considere primordial. De ahí que destaque el derecho del acreedor y relegue a segundo plano el deber del deudor. De hecho, la concepción de la obligación a imagen de la responsabilidad adapta la estructura de la obligación a los efectos jurídicos susceptibles de ser impuestos coactivamente al deudor. Por tanto, pareciera estar diseñada teniendo en cuenta, primordialmente, la posición del acreedor y los eventuales poderes de actuación que le corresponden sobre el patrimonio del deudor; mientras que, aparentemente, descuida la ponderación del cumplimiento a la luz de la conducta del deudor. Por ello, los partidarios de la (más amplia) «responsabilidad por incumplimiento de obligaciones» subrayan el hecho de que la responsabilidad contractual se oriente a tutelar el interés (del acreedor) a la prestación; mientras que, la responsabilidad extracontractual se dirija a tutelar a la víctima. Sin embargo, esta concepción permite atraer al ámbito de la responsabilidad contractual numerosas hipótesis de daños por «contacto social», respecto a las cuales

De hecho, la existencia de un contrato entre la víctima y el agente del daño es el presupuesto de la responsabilidad contractual. Sin contrato no hay obligaciones contractuales cuyo incumplimiento, en caso de ocasionar un daño y siempre que exista una relación de causalidad entre el primero y el segundo, genere la responsabilidad contractual<sup>28</sup>. De ahí que, unánimemente, se afirme que las condiciones de procedencia de la responsabilidad contractual son el incumplimiento, el daño y la relación de causalidad entre estos.

Sin embargo, no puede menospreciarse la necesidad del presupuesto, es decir, del contrato, pues son precisamente las obligaciones que establecieron las partes en ejercicio de la libertad contractual y, más específicamente, el principio de la fuerza obligatoria del contrato el fundamento de la responsabilidad contractual. Asimismo, la norma de autonomía contractual y, su corolario, la de la relatividad de los contratos, justifican algunas de las características propias de dicha responsabilidad, especialmente en relación con los efectos y la extensión de ella.

En efecto, las partes pueden definir la prestación de forma objetiva, es decir, sin dejar espacio a la apreciación subjetiva de la conducta del deudor. En este caso, establecen una obligación de resultado o, si desean eliminar cualquier posibilidad de exoneración, prevén una obligación de garantía o de resultado absoluta. Igualmente, las partes pueden determinar anticipadamente el monto de los eventuales daños y perjuicios en caso de incumplimiento o pueden restringir e incluso exonerar la responsabilidad<sup>29</sup> en caso de inexecución del contrato.

Por las anteriores razones, la irreflexiva unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual conduce a desconocer los principios rectores del derecho contractual. De ahí que sea necesario proceder a un examen riguroso de la responsabilidad contractual (y también de la extracontractual) con un enfoque sistemático y, además, tomando conciencia de la complejidad actual, incluso en ámbito jurídico.

---

las reglas de la responsabilidad contractual no parecieran responder de la forma más adecuada y, además, contribuya a desdibujar los confines entre responsabilidad contractual y aquiliana. Por otra parte, se descuida que el fundamento de la responsabilidad contractual es la fuerza obligatoria del contrato.

<sup>28</sup> El fundamento de la reparación del daño en la responsabilidad aquiliana es la violación del deber genérico de no causar un daño (injusto) a otra persona o, de forma específica, la violación de una regla de conducta o comportamiento que emana de la ley. En cambio, el contrato no se dirige a establecer normas de conducta de carácter general sino, más bien, a determinar primordialmente la prestación, objeto del contrato.

<sup>29</sup> Las cláusulas limitativas y/o exonerativas de responsabilidad deberán respetar los límites establecidos en los diversos ordenamientos latinoamericanos, especialmente, aquellos que derivan de la disciplina de las cláusulas abusivas en los contratos con el consumidor.

De hecho, la hodierna complejidad ha producido numerosas situaciones que no parecieran enmarcarse en la noción jurídica de contrato —sea suficiente considerar la relación entre un paciente que ingresa en estado de inconciencia a una estructura sanitaria y el médico tratante o la estructura sanitaria, así como los actos benéficos y los servicios gratuitos— (Viney, 2008, pp. 495 y ss.) y, por ende, ha creado no pocas dificultades interpretativas tanto en el ámbito doctrinario como en el jurisprudencial respecto a la aplicabilidad de la responsabilidad contractual o la aquiliana.

De la misma forma, la complejidad actual ha dado lugar a la proliferación de normas imperativas que incorporan numerosas obligaciones al contrato; las cuales, conjuntamente con las obligaciones definidas por las partes —en ejercicio de la libertad contractual— inciden en la valoración del incumplimiento y de la culpa del deudor.

A estos dos elementos se limitarán nuestras reflexiones, por cuanto los demás requisitos de procedencia de la responsabilidad contractual son objeto de estudio de Leysser León y de Gustavo Ordoqui Castilla, en el ámbito de este proceso de armonización del derecho privado en América Latina.

En la predisposición de un Código Tipo de las Obligaciones y del Contrato para Latinoamérica la regulación de la responsabilidad contractual y, más específicamente, del incumplimiento (que conduce a la consideración de la culpa del deudor, especialmente, en las obligaciones de medios), cual condición de procedencia de dicha responsabilidad, no solo debe tener en cuenta las diversas problemáticas enfrentadas en este trabajo sino que, además, debe equilibrar la vocación normativa con el hecho de que la predisposición de normas extremadamente detalladas conllevan el riesgo de la (futura) incapacidad del Código para responder a la modificación del contexto, incluso jurídico, o a nuevas problemáticas que no son reconducibles a dichas normas en virtud de su extrema precisión.

Ciertamente, la rigidez o la flexibilidad de la normativa del Código Tipo con el fin de responder a nuevas situaciones, o a la modificación del entorno, incidirá en el éxito del presente proceso.

Asimismo, no puede olvidarse que un proceso de armonización debe estar dirigido a la aproximación de los distintos ordenamientos jurídicos involucrados. De este modo, en América Latina, este proceso presenta menos complejidades respecto del proceso de armonización del derecho contractual europeo, en cuanto los ordenamientos latinoamericanos comparten comunes raíces romanistas, presentan importantes afinidades conceptuales y normativas y, además, existe entre ellos una casi identidad lingüística. Por tanto, es posible identificar una cultura jurídica bastante uniforme en el campo del derecho privado (Pinto Oliveros, 2008, p. 665).

Sin embargo, no deben descuidarse las diferencias que, en buena medida, son aportadas por la interpretación —especialmente, jurisprudencial— y por la legislación especial, que interactúa con las disposiciones de los diversos Códigos Civiles latinoamericanos; en cuanto, los ordenamientos jurídicos son *path dependency*. Por ende, el éxito del Código Tipo también dependerá de su capacidad para demostrarse como una mejora respecto del sustrato existente y, además, será directamente proporcional a la distancia que lo separe de dicha base.

De ahí que no pareciera convincente inclinarse por la exclusiva y detallada regulación de las *fattispecie* de incumplimiento (y, en particular, del incumplimiento total, parcial y, dentro de este último, defectuoso), renunciando a una norma general que permita identificar esta falta por oposición al cumplimiento<sup>30</sup>, con la ausencia de correspondencia entre la prestación a la que se ha comprometido el deudor y la que ha sido procurada al acreedor.

Las consecuencias de la adopción de un modelo que se limite a regular algunas *fattispecie* o de otro que contenga una norma general son de gran relevancia, en cuanto este último principio (Megoni, 1986, pp. 6 y ss.) es una regla completa, susceptible de concretización por parte del juez, que le permite reconducir a su ámbito de aplicación otras *fattispecie* que este considere necesario comprender en el sistema. De esta forma, se garantiza la flexibilidad y la capacidad de adaptación de las disposiciones del Código Tipo respecto a nuevas problemáticas, o a las modificaciones del contexto, que surjan en atención a la hodierna complejidad, y, además, se respeta la tradición jurídica latinoamericana.

De hecho, aunque los distintos Códigos Civiles latinoamericanos se orienten a prescindir de una definición de incumplimiento, sus disposiciones, sean en el ámbito (de la teoría general) del contrato o de las obligaciones, permiten construir una noción amplia de tal concepto que se identifica con la falta de correspondencia entre la prestación prometida —a la que se ha obligado el deudor— y la procurada (Mélích Orsini, 2007, p. 175).

De esta manera, el incumplimiento puede ser definitivo o temporal, voluntario o involuntario, y total o parcial<sup>31</sup>, siendo, además, reconducible a este último

<sup>30</sup> *Grosso modo*, el cumplimiento corresponde a la ejecución exacta de la prestación debida. En este sentido, ya Bello (1981, p. 165) afirmaba que el cumplimiento es la prestación de aquello a que somos obligados.

<sup>31</sup> Para Mélích Orsini «el incumplimiento puede ser parcial, en efecto, con referencia a una obligación singularmente considerada, en cuanto que el acreedor no ha recibido la misma e íntegra satisfacción que le había sido prometida (incumplimiento en sentido objetivo), bien sea porque hay una inexactitud cuantitativa [...], bien sea porque hay una inexactitud cualitativa —p. ej. [...] (cumplimiento defectuoso) [...], o cumplimiento vicioso [...], o cumplimiento de inferior calidad [...], o (diversidad). Pero el incumplimiento puede también calificarse de parcial con referencia al

la relevante hipótesis del «incumplimiento defectuoso»; así como, la inobservancia del «complejo obligacional que el contrato, implícita o explícitamente, impone a cargo del deudor (Mélích Orsini, 2007, p. 211).

Ciertamente, el término *incumplimiento* es equívoco<sup>32</sup> e impone un mayor análisis, en particular, con relación a la determinación de cuáles desviaciones del programa inicial e ideal de prestación convenida por las partes e integrada por la ley producen la insatisfacción del interés contractual del acreedor.

La necesidad de este examen pareciera encontrar respaldo en una valoración del incumplimiento que, a la luz de la buena fe, excluye la procedencia de la responsabilidad en dos casos: a) inobservancia de obligaciones (especialmente, no esenciales) que, sin embargo, no producen la insatisfacción del interés del acreedor, o b) cuando el incumplimiento es de escasa importancia. No obstante, esta interpretación se enfrenta con los principios de identidad e integridad del pago y, además, no debe descuidar sus repercusiones sistemáticas, en particular, con relación a las condiciones de procedencia de los demás remedios a disposición del acreedor en caso de incumplimiento<sup>33</sup>.

---

complejo obligacional surgido del contrato, en cuanto que el acreedor ha sido satisfecho plenamente en relación con alguna o algunas de las obligaciones a cargo de su contraparte (cumplimiento en sentido objetivo), pero sin haberlo sido en relación con otras de las obligaciones que también estaban implícita o explícitamente a cargo de tal contraparte (incumplimiento en sentido objetivo). Este último es el problema que nos concierne cuando tratamos de distinguir entre *obligaciones esenciales* y *obligaciones accesorias*, o cuando intentamos definir los efectos que tendrá el incumplimiento de una o varias *obligaciones periódicas* sobre la suerte de las obligaciones ya cumplidas y de aquellas que, por no estar vencidas, no pueden aún considerarse incumplidas. La complejidad de la relación obligatoria surgida de un único contrato (y más aún, de la emanada de un conjunto de contratos conexos entre sí) es tal, que no parece posible abarcar en una sistemática uniforme la cuestión de las repercusiones del incumplimiento de una obligación determinada» (2007, p. 211).

<sup>32</sup> En opinión de Mélích Orsini (2007, p. 164), se pueden distinguir, por lo menos, tres acepciones de la palabra incumplimiento: a) incumplimiento en sentido estricto: cuando el deudor no pone la conducta debida tal como ella estaba pactada, aun si el interés del acreedor que debe satisfacer esa conducta, resulta efectivamente satisfecho por un medio distinto al comportamiento del deudor en sí mismo considerado; b) incumplimiento en sentido objetivo: cuando la obligación del deudor no solo resulta incumplida en sentido estricto, sino que el interés que tenía el acreedor en obtener esa conducta que no puso el deudor de modo espontáneo tampoco resulta satisfecho ni por el «cumplimiento de un tercero» ni por la «ejecución forzosa en especie», y c) incumplimiento en sentido subjetivo: cuando la situación en la cual se hallaría el acreedor en el supuesto descrito en el punto b resulta imputable al deudor, en el sentido de que puede jurídicamente atribuirse a una deficiencia de su voluntad (culpa) el hecho de no haber puesto él la conducta pactada, o, en el sentido de no aparecer comprobado un hecho extraño a la voluntad del deudor, impositivo de la conducta que él había prometido en el contrato y que haya hecho para este objetivamente imposible la realización de tal conducta.

<sup>33</sup> En particular, en relación con las condiciones de procedencia de la acción de resolución del contrato.



A pesar de ello, el análisis del incumplimiento en atención a la lesión del interés contractual del acreedor encuentra sustento en la concepción objetiva del incumplimiento, prevaleciente en el *acquis international et communautaire* europeo, que aparentemente disminuye el papel de la culpa y, aunque propenda por un concepto amplio de incumplimiento<sup>34</sup>, lo identifica con la falta de conformidad en los contratos de venta de mercaderías<sup>35</sup> o en la de bienes de consumo<sup>36</sup>.

En realidad, la noción de conformidad no era completamente desconocida por la tradición jurídica latinoamericana. Sin embargo, su importancia ha sido renovada a la luz del régimen de garantías de los bienes de consumo contemplado en las diversas leyes especiales de protección del consumidor, la cual se inspira tanto en categorías propias de los sistemas de derivación romanista como en la noción de conformidad, propia de los países nórdicos y de la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías (Pinto Oliveros, 2012).

*Grosso modo*, las leyes latinoamericanas de protección al consumidor establecen una serie de remedios como la reparación del bien y/o servicio, la reposición del producto y la devolución del precio. En algunos casos, dichos remedios obedecen a una precisa jerarquía establecida por el legislador y, en general, dejan a salvo la indemnización de daños y perjuicios, conforme a las disposiciones de la disciplina general prevista en los diversos Códigos Civiles<sup>37</sup>.

De ahí que se manifieste la evocada necesidad de enfrentar la dialéctica general/especial, tanto interna como externa, en sede de predisposición del Código Tipo para América Latina, en cuanto la noción de conformidad y, en particular,

---

<sup>34</sup> Vidal Olivares afirma que, la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías «recoge un concepto amplio de incumplimiento contractual, entendido como sinónimo de cualquiera desviación del programa inicial e ideal de prestación convenida por las partes e integrado por la ley uniforme, que produzca la insatisfacción del interés contractual del acreedor. Entonces, el incumplimiento abraza cualquiera discordancia entre lo prometido y debido por el deudor —sea el vendedor o el comprador— y lo verdaderamente ejecutado; quiere decir que el incumplimiento va desde la más absoluta pasividad del deudor (falta de cumplimiento) hasta su actividad defectuosa (cumplimiento imperfecto)» (2006, p. 451).

<sup>35</sup> En la Convención de Viena sobre compraventa internacional de mercaderías, el incumplimiento es concebido en forma objetiva, sin alusión a la culpa. De hecho, las respectivas obligaciones del comprador y del vendedor resultan de la falta de conformidad de la cosa vendida (artículos 35 y 36) y, con relación al incumplimiento de las obligaciones de las partes, se emplea el término «contravención» (artículos 45 y 61) e incluso se define lo que entiende por «contravención esencial» (artículo 25). Para mayor abundamiento, véase VV.AA. (2008, p. 276).

<sup>36</sup> Cfr. artículo 2 de la directiva 1999/44/CE sobre determinados aspectos de la venta y las garantías de los bienes de consumo.

<sup>37</sup> Para una introducción al régimen de las garantías de los bienes de consumo véase Jacob de Fradera (2010); Domínguez Águila (2010); Montoya Mateus y Navia Arroyo (2010, pp. 94 y ss.), y Pinto Oliveros (2010).

la identificación del incumplimiento con la falta de conformidad tienen lugar en el específico ámbito de la venta de mercaderías y/o de bienes de consumo. Por ello, su generalización en la esfera de la disciplina general del contrato genera dudas y problemáticas interpretativas, especialmente debido a que el concepto de conformidad no pareciera ser suficiente para responder a la complejidad del actual fenómeno contractual, aunque sí lo haga respecto a las exigencias subyacentes a la venta de mercaderías y/o de bienes de consumo.

Si bien (la disciplina d)el contrato de compraventa puede ser el paradigma de la parte general del derecho contractual latinoamericano, en el que se incluyan aquellos aspectos generales relevantes para cualquier tipología de contrato, dicho enfoque general no puede prescindir de una parte especial o sectorial que, estableciendo reglas específicas para algunas categorías contractuales y para determinadas situaciones, complemente la parte general. Precisamente, en el ámbito especial, es que pareciera que la noción de conformidad debe operar.

Por otra parte, la exclusiva consideración objetiva del incumplimiento pareciera contrastar con la relevancia concedida a la culpa en la determinación de la responsabilidad contractual en los sistemas jurídicos latinoamericanos, así como con los deberes de comportamiento que derivan de la buena fe, los cuales son especialmente relevantes para determinar la culpa en el caso de los profesionales liberales y en aquellas hipótesis en las que la inejecución del contrato pueda incidir en la integridad psico-física de la persona.

La noción de culpa, al igual que la del incumplimiento, es equívoca. Tradicionalmente, se le reconoce tres funciones distintas: fundamentar la responsabilidad, establecer su medida o extensión y, eventualmente, descartar la responsabilidad del deudor (VV.AA., 2008, p. 288). Sin embargo, es difícil especificar una definición de culpa compartida por los distintos ordenamientos jurídicos continentales<sup>38</sup> y, además, pareciera reconocerse un declive de su relevancia como condición de procedencia de la responsabilidad contractual en el *acquis international et communautaire* europeo (p. 289)<sup>39</sup>.

De hecho, en los principios Unidroit sobre contratos comerciales internacionales (versión 2004), el término *culpa* no es empleado; mientras que, siguiendo el modelo de la Convención de Viena con ciertas modificaciones, en los principios

<sup>38</sup> En relación con los sistemas continentales, el *Vocabulaire juridique* de la *Association Henri Capitant* señala que «faute contractuelle: inobservation, par le débiteur, d'une obligation née du contrat [...] qui engage sa responsabilité contractuelle» (2003).

<sup>39</sup> Viney señala que aunque los artículos 1382 y 1383 del Código francés no mencionen expresamente la culpa y, por tanto, podría erradamente considerarse extraña a la responsabilidad contractual, la doctrina y la jurisprudencia sí la emplean frecuentemente en el ámbito de la responsabilidad contractual y, además, esta posee un lugar relevante en el derecho positivo (2008, pp. 423 y ss.).

de derecho contractual de Europa, en el Código europeo de Contratos —redactado por la *Académie des privatiste européen de Pavie*— y en el *Common Frame of Reference* prevalece el vocablo *inejecución* (VV.AA., 2008, p. 277 y ss.; Riesenhuber, 2008, pp. 139 y ss.; Leczykiewicz, 2012, pp. 61 y ss.).

No obstante, y aunque se prescinda del término *culpa*, la apreciación del comportamiento del deudor, es decir, la culpa continúa jugando un papel relevante en la determinación del incumplimiento, especialmente, en relación con la distinción entre obligaciones de medio y de resultado, la validez de las cláusulas exonerativas y limitativas de responsabilidad, y la extensión de la reparación, tanto en los textos (de armonización) del derecho privado europeo<sup>40</sup> (VV.AA., 2008, pp. 281 y ss.) como en los principios Unidroit y en algunas convenciones en materia de transporte internacional<sup>41</sup>.

En realidad, tanto en los documentos de armonización del derecho privado europeo como en los sistemas jurídicos latinoamericanos es posible recabar dos significados a la *culpa contractual*, cuyos empleos coinciden, en buena medida, en los diversos ordenamientos de tradición continental.

De un lado, la culpa es entendida como o subyace en el incumplimiento o en la inejecución de la obligación contractual. En este sentido, se privilegia una terminología neutra que prescinde de la apreciación (moral) del comportamiento del deudor<sup>42</sup>. Del otro lado, la culpa se identifica con un proceder moralmente reprochable de una de las partes, especialmente, del deudor<sup>43</sup>.

Esta última acepción se fundamenta en la apreciación moral del comportamiento de uno de los contratantes, es decir, su voluntariedad y/o intencionalidad en la inejecución del contrato y, por tanto, requiere la prueba de la culpa del deudor para establecer su responsabilidad; mientras que, en el primer sentido, la culpa

<sup>40</sup> En el mismo sentido y, en particular, con relación a la distinción entre obligaciones de medios y resultado, véase Riesenhuber (2008, pp. 140 y ss.).

<sup>41</sup> Nótese cómo estas diferencias entre dichos instrumentos europeos e internacionales y la Convención de Viena responden a sus más amplios (o diversos) ámbitos de aplicación, respecto a la venta de mercaderías.

<sup>42</sup> Según algunos autores en el *acquis communautaire* e internacional «*la défaillance contractuelle* [es decir, el incumplimiento de una de las partes, prescindiendo de cualquier apreciación moral de su comportamiento] *paraît être l'approche dominante*» (VV.AA., 2008, p. 275).

<sup>43</sup> El comportamiento del acreedor puede ser apreciado con el fin de determinar su eventual contrariedad a la buena fe y, especialmente, al deber de cooperación y lealtad entre las partes en el momento de la ejecución del contrato, o para establecer la procedencia del hecho del acreedor como causa de exoneración de la responsabilidad, o para determinar cuáles daños son consecuencia del incumplimiento y/o de la actuación del acreedor.

se presume del incumplimiento del deudor, a menos que se pruebe la subsistencia de una causa extraña no imputable<sup>44</sup>.

Luego, la aparente contradicción entre estos dos sentidos ha sido superada mediante la distinción entre *obligaciones de medios* (en las cuales el acreedor debe probar que el deudor no empleó la diligencia debida o, en general, la del buen padre de familia) y *obligaciones de resultado*<sup>45</sup> (en las cuales el acreedor debe probar la inejecución; mientras que, el deudor puede eventualmente exonerarse demostrando la subsistencia de una causa extraña no imputable) (Fabre-Magnan, 2004, pp. 572 y ss.).

Sin embargo, esta distinción se ha demostrado insuficiente para abarcar las situaciones que resultan de la actual complejidad del fenómeno contractual. De ahí que, en algunos ordenamientos, hayan surgido (o se discuta sobre la pertinencia de) categorías adicionales como las obligaciones de resultado atenuadas y las de medios reforzadas (Alterini, 1988)<sup>46</sup>.

Más allá de las dificultades de la apreciación de la culpa (en abstracto, en concreto, profesional, etcétera), la eventual exoneración de responsabilidad del deudor, mediante la prueba de una causa extraña no imputable, debe tener en cuenta las estipulaciones de las partes, quienes pueden eliminar cualquier posibilidad de exoneración del deudor, estableciendo una obligación de garantía o de resultado absoluta.

Conjuntamente, las previsiones de las partes adquieren relevancia en relación con la valoración de la fuerza mayor que, en materia contractual, presenta peculiaridades respecto al ámbito delictual, pues si el evento hubiese sido previsto en el momento de la formación del contrato, las partes deberían haberlo considerado. De lo contrario, faltaría la imprevisibilidad que caracteriza a la fuerza mayor.

<sup>44</sup> Para Flour, Aubert y Savaux: «*du seul fait que le résultat n'a pas été obtenu, la responsabilité du débiteur se trouve engagée et c'est à lui qu'il incombe, pour y échapper, de démontrer que l'échec est la conséquence d'un évènement de force majeure et ne peut pas, de ce fait, lui être imputé*» (2006, p. 148).

<sup>45</sup> Tallon critica la distinción por su carácter engañoso, explicando que «*le bon père de famille exécute toutes ses obligations, qu'elles soient de résultat ou de moyens*» (citado en VV.AA., 2008, p. 291).

<sup>46</sup> Para un análisis comparativo del tema en el derecho europeo, véase VV.AA (2008, p. 292). Estos autores afirman que «*en droit français, la responsabilité de l'entrepreneur se décline selon qu'il s'agit d'une prestation matérielle ou intellectuelle, en fonction de l'aléa. Le plus souvent, il s'agit d'une obligation de résultat dite "atténuée" aux termes de laquelle le débiteur peut notamment, s'exonérer en prouvant son absence de faute: si l'entrepreneur ne prouve pas son absence de faute ou la cause étrangère, il sera déclaré responsable. En droit allemand, on trouve un mécanisme similaire pour le contrat d'entreprise ainsi que pour la vente de marchandises: si la responsabilité de l'entrepreneur ou du vendeur dépend d'une faute, celle-ci est présumée en cas d'inexécution ou d'exécution défectueuse au sens d'un manquement objectif à l'obligation de déliivrance conforme au contrat (§§280, al. 1; 437, 3; 634, 4, BGB). Il appartient, néanmoins, au débiteur de prouver qu'il avait observé la diligence requise [...] De fait, ce régime correspond aux obligations de résultat «atténuée» du droit français*» (p. 294).

En todo caso, el incumplimiento no es por sí solo suficiente para comprometer la responsabilidad del deudor, es además necesaria la prueba del daño<sup>47</sup> y de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño.

Por ende, es necesario distinguir entre el *incumplimiento* y el *daño generado por dicho incumplimiento*. De hecho, con excepción de las acreencias monetarias<sup>48</sup>, el daño debe ser probado y debe ser consecuencia directa e inmediata del incumplimiento. Esto último conduce al requisito de la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño; y, además, impone una reflexión respecto a los confines entre el daño futuro indemnizable y la pérdida de oportunidad. La complejidad de estos aspectos se pone en evidencia en el ámbito de la responsabilidad sanitaria.

En este orden de ideas, sea suficiente considerar la pérdida de oportunidad del paciente de elegir un tratamiento alternativo como consecuencia del defecto de información por parte del médico, así como las dificultades de la prueba de la relación de causalidad en virtud de la multiplicidad de causas que pudieran originar o concurrir en la producción del daño, incluso cuando el médico actúa conforme a las *lex arti*.

Por último, la reparación del daño debe respetar el principio de la previsibilidad<sup>49</sup> de este, a menos que la falta de ejecución provenga del dolo del deudor. Esta disposición presente en los Códigos Civiles latinoamericanos no solo confirma la relevancia de la apreciación subjetiva del comportamiento del deudor en la tradición jurídica latinoamericana sino que, además, conduce a interrogarnos respecto a la función de la reparación: ¿sancionatoria/punitiva y disuasiva o indemnizatoria?

### 3. CONCLUSIÓN: UNA PRIMERA PROPUESTA NORMATIVA

Aunque en el curso del presente proceso de armonización deban enfrentarse las distintas problemáticas indicadas en este trabajo, dicho análisis puede facilitarse mediante la predisposición de algunas propuestas normativas de carácter preliminar.

En este orden de ideas, proponemos el siguiente articulado para los aspectos generales de la responsabilidad contractual:

---

<sup>47</sup> El tema del *daño* en el ámbito de la responsabilidad contractual es objeto de estudio en este libro por parte de Ordoqui Castilla. Por tanto, se realizarán únicamente consideraciones de carácter general para completar las argumentaciones contenidas en dicho trabajo.

<sup>48</sup> En el caso de las obligaciones pecuniarias se presume que el retardo en el cumplimiento priva al acreedor de la posibilidad de obtener rédito. De ahí que surja la noción de interés legal de mora.

<sup>49</sup> Además, la previsibilidad del daño se relaciona con la ponderación del álea en la oportunidad de la formación del contrato.

Artículo 1.- En caso de incumplimiento de la obligación, imputable al deudor, el acreedor tiene derecho al cumplimiento en especie, cuando este sea posible, y a los remedios previstos en el presente capítulo<sup>50</sup>.

Artículo 2.- El deudor queda obligado a la indemnización de daños y perjuicios en caso de incumplimiento de la obligación si no prueba que estos provienen de una causa extraña que no le sea imputable<sup>51</sup>.

Cuando el acreedor ha contribuido a causar el daño, la obligación del deudor de repararlo disminuirá.

Artículo 3.- En el cumplimiento de la obligación, sea que esta tenga por objeto la utilidad de una de las partes o la de ambas, el deudor debe observar la diligencia del buen padre de familia, salvo en el caso del depósito. Esta regla debe aplicarse con mayor o menor rigor, según las disposiciones contenidas en el presente Código y las circunstancias del caso, especialmente, en atención al estándar de diligencia requerido en las prestaciones de carácter profesional.

Artículo 4.- La indemnización de daños y perjuicios se extiende a aquellos que hayan sido previstos o hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando el incumplimiento o el retardo en el cumplimiento de la obligación no provengan del dolo del deudor:

«Aunque la falta de cumplimiento resulte del dolo del deudor, los daños y perjuicios relativos a la pérdida sufrida por el acreedor y a la utilidad de la que se le haya privado no deben extenderse sino a los que son consecuencia inmediata y directa del incumplimiento de la obligación»<sup>52</sup>.

## REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Adrián Hernández, Tamara (en prensa). *Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema* [manuscrito original cedido a la autora]. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Alterini, Atilio (1988). Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual. *La Ley*, 947-B.
- Alterini, Atilio (2008). Las reformas a la ley de defensa del consumidor. Primera lectura, 20 años después. *La Ley*, 1239-B.

---

<sup>50</sup> Véanse los artículos 4 y 5 de la propuesta normativa de León.

<sup>51</sup> Fungiendo como regla general, esta disposición se integra con las distintas *fattispecie* de incumplimiento previstas en el artículo 1 de la propuesta de León.

<sup>52</sup> Esta disposición debe armonizarse con la propuesta normativa de Ordoqui Castilla.

- Association Henri Capitant (2003). Faute. En Cornu, G. (dir.), *Vocabulaire juridique*. Vol. V. París: PUF.
- Barajas Montes De Oca, Santiago (1992). *Los contratos especiales de trabajo*. México DF: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=953>
- Baraona González, Jorge (1997). Responsabilidad contractual y factores de imputación de daños: apuntes para una relectura en clave objetiva. *Revista chilena de derecho*, 24(1), 151-177.
- Bello, Andrés (1981). *Instituciones de derecho romano*. En Lira Urquieta, Pedro (ed.), *Obras completas*. Caracas: Fundación La Casa de Bello.
- Calvo Baca, Emilio (2008). *Derecho de obligaciones*. Caracas: Libra.
- Castronovo, Carlo (2006). Il risarcimento del danno. *Rivista di diritto civile*, 52(6), 81-98.
- De los Mozos, José (2006). Responsabilidad contractual. En VV.AA., *Responsabilidad civil. Derecho de daños. Teoría general de la responsabilidad civil*. Lima: Grijley.
- Di Majo, Alfonso (1998). Responsabilità contrattuale. En *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Turín: UTET Giuridica.
- Di Majo, Alfonso (2006). Adempimento e risarcimento nella prospettiva dei rimedi. *Rivista di diritto civile*, 52(6), 67-79.
- Domínguez Águila, Ramón Horacio (2010). Les contrats du consommateur au Chili. En VV.AA., *Le consommateur: journées colombiennes* (pp. 79 y ss.). París: Bruylant.
- Fabre-Magnan, Muriel (2004). *Les obligations*. París: PUF.
- Facco, Javier Humberto (2009). El principio de buena fe objetiva en el derecho contractual argentino. *Revista de derecho privado*, 16.
- Flour, Jacques; Aubert, Jean-Luc & Savaux, Éric (eds.) (2006). *Droit civil, les obligations*. Tomo III. París: Sirey.
- Gallo, Paolo (2002). Buona fede oggettiva e trasformazione del contratto. *Rivista di diritto civile*, 48(2), 239-256.
- Jacob de Fradera, Vera Maria (2010). Les contrats du consommateur au Brésil. En VV.AA., *Le consommateur: journées colombiennes* (pp. 60 y ss.). París: Bruylant.
- Leczykiewicz, Dorota (2012). «Where Angels Fear to Tread»: The EU Law of Remedies and Codification of european private law. *European Review of Contract Law*, 8(1), 47-81.

- León Hilario, Leysser (1998). Responsabilidad indirecta por el incumplimiento de las obligaciones. Régimen actual en el Código Civil peruano y pautas para su modificación. *Thémis*, 38, 89-102. Recuperado de [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art42.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art42.PDF)
- Luna, Álvaro; Piñeiro, José; Ramos, Sonia & Rubí, Antoni (2002). Reparación *in natura* y por equivalente: opciones de la víctima en el derecho español. *InDret*, 2. Recuperado de [http://www.indret.com/pdf/083\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/083_es.pdf)
- Mélich Orsini, José (2007). *La resolución del contrato por incumplimiento*. Caracas: Academia de Ciencias Políticas y Sociales.
- Mengoni, Luis (1986). Spunti per una teoria delle clausole generali. *Rivista critica di diritto privato*, IV, 5 y ss.
- Montoya Mateus, Fernando & Navia Arroyo, Felipe (2010). Les contrats du consommateur au Colombie. En VV.AA., *Le consommateur: journées colombiennes* (pp. 89 y ss.). París: Bruylant.
- Morales Hervias, Rómulo (2002). Contribución a la teoría de los contratos conexos. *Derecho y Sociedad*, XIII(19), 119-138. Recuperado de [http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ\\_art50.PDF](http://dike.pucp.edu.pe/doctrina/civ_art50.PDF)
- Morales Hervias, Rómulo (2006). *Estudios sobre teoría general del contrato*. Lima: Grijley.
- Neme Villarreal, Martha Lucía (2006). El principio de buena fe en materia contractual en el sistema jurídico colombiano. *Revista de derecho privado*, 11, 79 y ss.
- Palacios Herrera, Óscar (2000). *Apuntes de obligaciones* [versión taquigráfica de clases dictadas en la Universidad Central de Venezuela]. Caracas: Nuevo Mundo.
- Pinto Oliveros, Sheraldine (2008). Il danno alla persona in America Latina tra circolazione delle idee e assetti locali. En VV.AA., *Liber Amicorum per Francesco D. Busnelli. Il diritto civile tra diritto e regole*. Vol. I (pp. 665-679) Milán: Giuffrè.
- Pinto Oliveros, Sheraldine (2010) Les contrats du consommateur au Venezuela. En VV.AA., *Le consommateur: journées colombiennes* (pp. 269 y ss.). París: Bruylant.
- Pinto Oliveros, Sheraldine (2012). La protección del consumidor en el derecho venezolano. *Revista de Direito do Consumidor*, 21(81), 179 y ss.
- Pinto Oliveros, Sheraldine (en prensa). La tutela del consumatore in Sudamerica. En VV.AA., *Le nuove frontiere del diritto latinoamericano*. Caracas: Facultad de Estudios Jurídicos y Políticos.
- Riesenhuber, Karl (2008). Damages for non-performance and the fault principle. *European Review of Contract Law*, 4(2), 119-153.



- Rémy, Philippe (1997). La «responsabilité contractuelle»: histoire d'un faux concept. *RTD civ*, 323-355.
- Rubio Sánchez, Francisco (2005). *El contrato de trabajo de los deportistas profesionales*. Madrid: Dykinson.
- Sacco, Rodolfo (2011). Contratti collegato. En *Digesto delle discipline privatistiche. Sezione civile*. Vol. VI (pp. 238 y ss). Turín: UTET Giuridica.
- VV.AA. (2008). *Terminologie contractuelle commune*. París: Société de Législation Comparée.
- Vidal Olivares, Álvaro (2006). El incumplimiento contractual y los remedios de los que dispone el acreedor en la compraventa internacional. *Revista chilena de derecho*, 33(3), 439-477.
- Viney, Geneviève (2008). *Introduction à la responsabilité* (3ª ed.) París: LGDJ.