

# La relación como categoría esencial de la obligación y de la responsabilidad contractual

CARLO CASTRONOVO\*

Sumario: I. Adolfo di Majo y el derecho de las obligaciones. II. La aceptación de la obligación como relación compleja y el rechazo de la obligación sin prestación. III. La réplica a tal rechazo. IV. La posible identidad de contenido entre deber de prestación y deber de protección no legitima la superposición de los dos aspectos. V. El carácter relacional como esencia de la obligación. VI. La responsabilidad contractual como reacción al incumplimiento y a la violación de los deberes funcionales. La conclusión de la Corte de Casación italiana.

Resumen: La obligación es una estructura compleja que puede subsistir sin el deber de prestación, tal como lo ha puesto de manifiesto la *culpa in contrabando*. Esto ha sido aceptado por la Corte de Casación italiana, siendo criticada por algún autor. El argumento que niega la idea de la obligación sin deber primario de prestación está referido específicamente a la responsabilidad de los médicos que trabajan en un hospital. Ellos se encuentran obligados frente al hospital, por lo que no tienen ningún deber de prestación frente a los pacientes. Sin embargo, en relación con los pacientes, difícilmente se les colocaría en el nivel general del principio del *alterum non laedere*, el cual preside a la responsabilidad extracontractual. Su estatus profesional crea una confianza que se refleja en la responsabilidad. Como resultado, esta responsabilidad tiene naturaleza contractual, demostrando precisamente que puede existir una obligación sin prestación. La consecuencia es que es la relación y no la prestación la que constituye la esencia de la obligación.

\* Profesor ordinario de Derecho Civil en la *Università del Sacro Cuore* de Milán. Contacto: carlo.castronovo@unicatt.it Fecha de recepción: 1º de julio de 2012. Fecha de aceptación: 27 de agosto de 2012. Traducción del italiano de César E. Moreno More, Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima; con revisión de Javier Rodríguez Olmos.

Palabras clave: obligación, obligación sin prestación, deberes de protección, responsabilidad contractual.

*The violation of relationship as fundament of contractual liability*

Abstract: Obligation is a complex structure which, as *culpa in contrabendo* makes clear, can stay without the duty of performance. This has been accepted by the Italian *Corte di Cassazione*, being criticized by some author. The argument against the idea of obligation without a primary duty of performance specially regards liability of medical doctors working in a hospital. They do not have any duty of performance as to the patients, since they are obliged to the hospital. It is hard, though, to place them with regard to patients at the general level of the *alterum non laedere* principle presiding extracontractual liability. Their professional position creates a reliance which reflects on liability. Consequently this one has contractual nature, precisely demonstrating that there can be obligation without a duty of performance. The implication is that relationship not performance constitutes the essence of obligation.

Keywords: obligation, obligation without a duty of performance, duties of care, contractual liability.

I. ADOLFO DI MAJO Y EL DERECHO DE LAS OBLIGACIONES

Recientemente he tratado de nuevo el tema de la obligación sin prestación, y no pensé tener que volver a hacerlo en tan poco tiempo<sup>1(NT)</sup>. Sin embargo *repetita iuvant*, por lo menos eso espero, además porque en este caso se trata de considerar más de cerca al autor más ilustre que se ha ocupado del tema, quien ha llegado a conclusiones diferentes a las mías; ideas que, por su autoridad, justifican retomar el tema.

En efecto, Adolfo di Majo ha recorrido el derecho de las obligaciones en su integridad, ha estudiado la obligación en su estructura esencial y en su desarrollo histórico a partir de Savigny, el cumplimiento y la responsabilidad contractual, las obligaciones pecuniarias y la tutela civil, esta última no solo en su totalidad, sino especialmente en la parte fundamental que se refiere, precisamente, a la relación obligatoria. La lectura de la obligación en clave cuasi propietaria ofrecida por Savigny<sup>2</sup>, la ilustración de la denominada abstracción de la obligación<sup>3</sup>, lo que el autor denomina "desvinculación de la obligación del derecho de propiedad como hecho,

<sup>1</sup> (NT) El autor se refiere a su artículo titulado "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", trabajo publicado en la revista *Europa e diritto privato*, n.º 3, 2009, destinado a su vez a los *Studi in onore di Enrico de Mita*.

<sup>2</sup> A. DI MAJO. *Delle obbligazioni in generale*, Comm. Scialoja-Branca, Bologna, 1988, pp. 4 y ss.

<sup>3</sup> *Ibid.*, pp. 18 y ss.

que no debe confundirse ni debe llevar a pensar en una recíproca desvinculación de la propiedad de la obligación<sup>4</sup>, nos regalan páginas de infrecuente plasticidad.

Para entrar al tema de la obligación sin prestación, se puede tomar como punto de partida el extenso párrafo que ha dedicado nuestro autor dentro del comentario al artículo 1173 C.C. italiano<sup>5(NT)</sup> a la responsabilidad contractual y extracontractual como cualificaciones concurrentes que permiten encuadrar ciertas hipótesis tanto en una como en otra. En este caso la doctrina alemana de la segunda mitad del siglo pasado habla de concurso de pretensiones, es decir de derechos de crédito que tienen por objeto el resarcimiento del daño, y, alternativamente, hace referencia a concurso de normas de pretensión. Es claro que en el concurso de normas la pretensión es una porque solamente se aplicará una de las normas concurrentes, según el principio que regula el concurso. No obstante, en el caso del concurso de responsabilidades no se puede afirmar que se trate de un concurso de normas, porque esto significaría la negación del concurso de pretensiones, dado que el concurso de normas, siendo este aparente por el principio de especialidad, da lugar a la aplicación de una sola de las pretensiones: por ende, una responsabilidad excluiría a la otra. Sin embargo este resultado, propio del derecho alemán, resulta contradictorio, ya que el concurso es concebido como una posible elección entre una y otra. En cambio, la solución del derecho francés, que niega el concurso, impropriamente llamado cúmulo, es la que responde al modelo del concurso aparente de normas, ya que en esta experiencia jurídica se considera que, cuando se reúnan los requisitos, la responsabilidad contractual suprime la aquiliana porque la primera se presenta como especial respecto a la segunda, aplicándose el principio de especialidad<sup>6</sup>. Sin embargo, Di Majo, después de haber señalado la doble postura emergente en la doctrina alemana entre *Anspruchskonkurrenz* y *Anspruchsnormenkonkurrenz*, concurso de pretensiones y concurso de normas de pretensión, respectivamente, toma una postura distinta: "El problema del concurso de fuentes [de la obligación] [...] no debe ser [...] considerado desde la perspectiva abstracta de la doctrina de las fuentes sino desde la perspectiva concreta de la aplicación de diversas reglas de responsabilidad", para luego afirmar que "es una exigencia objetiva, presente en casi todos los sistemas, graduar diversamente la

<sup>4</sup> *Ibíd.*, pp. 36 y ss., especialmente nota 1.

<sup>5</sup> (NT) Art. 1173 C.C. ital.: "Fuentes de las obligaciones. Las obligaciones surgen del contrato, de hecho ilícito, o de todo otro acto hecho idóneo a producirlas en conformidad del ordenamiento jurídico".

<sup>6</sup> De esto parecería poder deducirse, con L. MENGONI. "La parte generale delle obbligazioni", en *Rivista critica di diritto privato*, 1984, par. 2, que, acogido el presupuesto según el cual la violación de deberes de protección es fuente de responsabilidad, no debería ser admitido el concurso de la acción contractual con la aquiliana. Bajo el anterior Código, en el mismo sentido, ya A. DALMARTELLO. "Danni morali contrattuali", en *Rivista di diritto civile*, 1933, p. 65; y ahora C. CASTRONOVO. "Il giovane Arturo Dalmartello e il danno non patrimoniale contrattuale", en *Jus*, 2009, p. 211. Sobre las diversas posturas teóricas relativas al concurso, cfr. C. CASTRONOVO. *La nuova responsabilità civile*, 3.<sup>a</sup> ed., Milán, 2006, pp. 562 y ss.

responsabilidad del sujeto según se encuentre en una particular relación con otros o tenga al frente a un *quisque de populo*". Adicionalmente, añade Di Majo, "por regla general [...] la responsabilidad contractual no se preocupa por proteger la integridad de los bienes o derechos nominados [...]. Por el contrario, la responsabilidad extracontractual se encarga de proteger bienes de la vida nominados y no meros intereses patrimoniales que no se encuentren vinculados a la integridad de dichos bienes. En cambio, los intereses morales o en cualquier caso no patrimoniales también pueden ser protegidos por la vía extracontractual". Sin embargo, "existen zonas de confín que están [...] representadas por hipótesis en las que, a pesar de que el contrato no esté predispuesto causalmente para proteger la integridad de los bienes o de la persona del contratante, en todo caso el contrato, o mejor, su ejecución, involucra a la persona misma y sus bienes"<sup>7</sup>.

## II. LA ACEPTACIÓN DE LA OBLIGACIÓN COMO RELACIÓN COMPLEJA Y EL RECHAZO DE LA OBLIGACIÓN SIN PRESTACIÓN

El discurso es desarrollado recientemente en la obra titulada *Le tutele contrattuali*, en la cual confluyen las dos líneas principales de la investigación de Di Majo, la relación obligatoria y la tutela civil. El autor textualmente afirma que "el interés del contratante, cuando entra en una relación contractual, no se dirige únicamente a la prestación que es el objeto del contrato, sino también a no sufrir perjuicios en su persona y/o en sus cosas, cuando una u otras se encuentran también en algún modo involucradas en la ejecución del contrato"<sup>8</sup>. A dicho interés corresponden los deberes de protección, los cuales, según la precisión de Heinrich Stoll oportunamente resaltada por Di Majo, no son una simple conversión contractual del *alterum non laedere* que preside como principio de la responsabilidad aquiliana, sino que representan el complemento de la finalidad positiva de la obligación<sup>9</sup>. Di Majo acepta dicha categoría, destacando que ella "parece finalmente acogida por la doctrina"<sup>10</sup>, pero ello en especial porque considera más convincentes las razones de quien la ha defendido, también en Italia. Él se opone a los autores que consideran que en el interés en la prestación también está implícita la protección de los demás intereses que sean puestos en peligro por la ejecución de la relación obligatoria, en particular argumentando que "esta última protección no podría operar en las hipótesis en las que, no habiendo surgido aún los deberes de

<sup>7</sup> *Ibíd.*, pp. 231 y ss.

<sup>8</sup> A. DI MAJO. *Le tutele contrattuali*, Turín, 2009, p. 59.

<sup>9</sup> *Ibíd.*, nota 20. Previamente MENGONI. *Ob. cit.*, había destacado que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, en Italia "la teoría de los deberes de protección no tiene la función política de corregir o compensar las deficiencias del régimen jurídico del ilícito civil, y por ello no liga su suerte a los desarrollos de dicha regulación [...]. Según el criterio del art. 1175 [...] los deberes de protección reciben su determinación de sentido no ya del deber genérico de *neminem laedere*, sino de la relación específica en la cual se encuentran integrados".

<sup>10</sup> DI MAJO. *Ob. cit.*, p. 59.

prestación o habiendo desaparecido sucesivamente pero con efecto retroactivo, dichos deberes no tendrían una 'prestación' a la cual vincularse. Este es el caso del contrato no celebrado o inválido, o resuelto con posterioridad"<sup>11</sup>.

Con esto parecen abiertas las puertas para la obligación sin prestación. Si embargo, Di Majo no pretende ir más allá del umbral constituido por una relación que ciertamente en su visión –así como en la nuestra– nace en la etapa precontractual con la iniciación de las negociaciones y se extingue con el cumplimiento de los deberes y cargas que gravan a las partes hasta cuando sea necesario para terminar lo que se ha comenzado<sup>12</sup>. Permanece en él firme la idea de que la relación obligatoria es tal en tanto exista una prestación. Como él mismo afirma, la doctrina de los deberes de protección "todavía rige y es compatible con el concepto de obligación [...] porque la protección sigue siendo funcional a la prestación y de cualquier modo está vinculada a esta última y es, en todo caso, (también) debida en previsión de ella (cuando se trate de daños ocasionados por un contrato posteriormente no celebrado y/o inválido)". Lo que cuenta para él es la "conexión con la prestación", en cuya ausencia no es posible considerar "debido o exigible un comportamiento de un obligado 'que no existe'"<sup>13</sup>.

De esta forma, cuando la Corte de Casación italiana con la sentencia n.º 589/1999 adopta la obligación sin prestación, Di Majo la advierte de inmediato y le dedica una de los comentarios más citados de los años venideros: *L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione*<sup>14</sup>. Sin embargo, el comentario es en sentido contrario a la decisión, o mejor, aprovecha sus aspectos problemáticos que a los ojos de nuestro autor atenúan su adhesión a la nueva figura. Se transcribe aquí la clara posición del comentarista: "Si la *culpa in faciendo*, que es típica de la responsabilidad aquiliana, parece un instrumento que contrasta demasiado abiertamente con lo que se exige al médico, la *culpa in non faciendo* podría ser una respuesta adecuada, pero con la condición de que se modifique la posición acerca de la exigibilidad de una prestación 'que no existe'"<sup>15</sup>. En resumidas cuentas, si entendemos correctamente su

<sup>11</sup> *Ibíd.*, p. 62. Esta posición, que tampoco Di MAJO comparte, ha sido recientemente acogida por M. PARADISO. "La responsabilità medica: dal contratto al torto", en *Rivista di diritto civile*, 2001, 1, pp. 330 y ss., según el cual el deber de no dañar intereses ajenos sería parte de la prestación debida. Este autor se remite a su vez a MASSIMO BIANCA. Sin embargo, si verdaderamente todo se resolviese en la prestación, cuando el deber relativo no surja, el deber de prestación existiría igualmente, sea que se lo encuadre en el pretendido *alterum non laedere*, sea que, como en el caso de la obligación sin prestación, se diga que ya desde allí inicia la obligación. En todo caso se afirmarían implícitamente su autonomía respecto al deber de prestación. Autonomía que no nos explicamos cómo pueda ser "reabsorbida" en la obligación de prestación cuando este venga a existir.

<sup>12</sup> Para una puntual identificación de los deberes accesorios que sobreviven a la extinción del deber de prestación, cfr. L. MENGONI. "Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'. Studio critico", en *Rivista del diritto commerciale*, 1954, 1, pp. 393 y ss.

<sup>13</sup> Di MAJO. *Le tutele*, cit., p. 65.

<sup>14</sup> Cas. 22-01-1999 n. 589, en *Il corriere giuridico*, con comentario de A. Di MAJO, "L'obbligazione senza prestazione approda in Cassazione", 1999, pp. 446 y ss.

<sup>15</sup> *Ibíd.*, p. 448.

pensamiento, para Di Majo el esquema de la obligación sin prestación es plausible únicamente cuando una prestación efectivamente no exista, como en el caso de la responsabilidad precontractual; sin embargo, cuando una prestación de alguna forma existe, como en el caso del médico que ejecuta una obligación, hablar de obligación sin prestación termina siendo contradictorio. Como él mismo afirma para concluir, "en principio [...] existe por lo tanto la prestación a la cual sigue como efecto necesario la obligación"<sup>16</sup>.

El autor considera que dicho resultado se encuentra legitimado por la Casación cuando, concordando en uno de los aspectos de calificación de la obligación sin prestación, esta última afirma que, en ausencia de un vínculo previo, "el paciente no podrá pretender la prestación sanitaria del médico", pero concluyendo que "si el médico en todo caso interviene [...] el ejercicio de su actividad sanitaria (y por lo tanto la relación paciente-médico) no podrá ser diferente en su contenido de la situación que tenga como fuente un común contrato entre paciente y médico"<sup>17</sup>. Esto le permite a Di Majo concluir que, "como por lo demás testimonia la sentencia (comentada), el elemento novedoso que presenta la responsabilidad del médico dependiente (en la nueva perspectiva ofrecida por la Casación) es más sobre la vertiente de las fuentes de la *obligatio* que sobre la de una diversa tipología de obligación"<sup>18</sup> (es decir, de la obligación sin prestación). Por lo tanto, Di Majo acoge la idea de que la obligación se origina *ex lege*, como lo considera la teoría de la obligación sin prestación, pero la obligación es plena, provista de un deber de prestación. Es más, como señalamos anteriormente, él afirma: "'En principio', se puede decir que por lo tanto existe la prestación, a la cual sigue como efecto necesario la obligación". Aquí se capta la extrema teorización de Di Majo, para quien la obligación sin prestación se configura de modo contrario: es decir, como prestación sin obligación, como él mismo afirma, una prestación que se da sin que preexista el vínculo correspondiente. En efecto, este último sería el que surgiría *ex lege* por virtud de la prestación.

### III. LA RÉPLICA A TAL RECHAZO

En un escrito precedente ya objetamos una semejante obligación de hecho, que constituiría una inversión entre hecho y derecho, de la prestación a la obligación,

<sup>16</sup> *Ibid.*, p. 451.

<sup>17</sup> Cas. 22-01-1999 n. 589, cit., n. 6.3. Análoga es la posición de PARADISO. *Ob. cit.*, pp. 332 y ss., a quien le parece muy poco un simple deber de protección a cargo del médico cuando el paciente espera un resultado concreto del cuidado o de la intervención. Sin embargo, se trata de establecer frente a quién es válida esta pretensión, distinguiendo con precisión las perspectivas formales de las sustanciales. Ahora, también la Casación afirma que el médico del hospital no es deudor de la prestación frente al paciente, dado que, agregamos nosotros, no se observa su fuente. Si esto es verdad, sigue siendo un misterio con base en qué perspectiva formal resultaría posible conjeturar una obligación de resultado del primero frente al segundo.

<sup>18</sup> DI MAJO. *L'obbligazione senza prestazione*, cit., p. 450.

que no encuentra una explicación. La única fuente de esta última sería el mero hecho, la conducta, cuya calificación de cumplimiento derivaría de una obligación que no existe y a la cual más bien la conducta daría vida. Pero el hecho en sí no puede ir más allá de sí mismo, si no se le dota de una dimensión normativa que lo proyecte hacia el efecto<sup>19</sup>.

En realidad, el derecho ya conoce una prestación sin obligación, y la denomina *negotiorum gestio*. Así, textualmente el código italiano establece: "Quien sin estar obligado, asume conscientemente la gestión de un negocio ajeno" (art. 2028 C.C.) "está sujeto a las mismas obligaciones..." (art. 2030 C.C.). En esta situación también puede encontrarse el médico, cuando por iniciativa propia opere a un enfermo que no se encuentra en las condiciones de solicitar su intervención, por ejemplo, si el primero se encontraba casualmente en las inmediaciones de un accidente.

Sin embargo, no es esto lo que ocurre con normalidad en la realidad hospitalaria a la que se refiere la obligación sin prestación, una prestación que es tal y como tal permanece, como conducta debida del médico frente a la estructura sanitaria en el ámbito de la cual él se ha obligado a desarrollar su propia labor; nadie está dispuesto a afirmar que el trabajador subordinado que ejecuta la prestación a la cual está obligado su *dominus*, quien es el deudor frente al mandante, responda por el incumplimiento frente a este último; o que, al ejecutar la prestación a favor del mandante, se convierta a su vez en deudor frente a este último. Y esa es precisamente la posición del médico que trabaja en una estructura sanitaria, quien no es deudor respecto del enfermo al que no obstante brinda sus cuidados.

La otra figura que la reconstrucción de Di Majo evoca es la de las relaciones contractuales de hecho. Pero estas también se configuran de manera distinta del hecho que, a mi parecer, da vida a la obligación sin prestación. En ellas la prestación se encuadra en un contexto que es contractual en tanto un contrato, si bien inválido, ha sido celebrado. Tampoco se deben confundir con las relaciones originadas en una estipulación no verbal, pero en la que, de todos modos, son bien visibles la oferta y la aceptación, como ocurre en el contrato de estacionamiento o la compra de bienes en un supermercado, una confusión en la que, sin embargo, ha incurrido nuestra doctrina.

Por lo tanto, no se trata de dicha figura en el caso decidido por las Salas Reunidas de la Corte de Casación Italiana n.º 14712/2007<sup>20</sup> que, al declarar la responsabilidad de la entidad financiera emisora por la cobranza de un cheque no transferible negociado a favor de una persona no legitimada, afirmó su naturaleza contractual, fundamentándola en la violación de deberes de protección derivados del estatus profesional de la entidad, en el cual pudo haber confiado el tercero

<sup>19</sup> C. CASTRONOVO. "Ritorno all'obbligazione senza prestazione", en *Europa e diritto privato*, 2009, pp. 679 y ss.

<sup>20</sup> Cas. Sez. Unite 26-06-2007 n. 14712, en *Il corriere giuridico*, 2007, p. 1706 y ss., con comentario de A. DI MAJO, "Contratto e torto: la responsabilità per il pagamento di assegni non trasferibili", pp. 1710 y ss.

damnificado. También en este caso, sin embargo, la posición asumida por Di Majo al comentar la sentencia es en el sentido de que entre protección y prestación el dilema, como él lo denomina, debe ser resuelto "a favor de la prestación, dado que esta siempre es un comportamiento [...] orientado hacia la obtención de un resultado favorable a sujetos [...] determinados, esto es, (ejecución) de un deber funcional a la satisfacción de un derecho"<sup>21</sup>, lo que, por lo demás, confirma el interés que siempre ha manifestado el autor por las áreas de confín, en las cuales, según mi parecer, debería integrarse la obligación sin prestación.

#### IV. LA POSIBLE IDENTIDAD DE CONTENIDO ENTRE DEBER DE PRESTACIÓN Y DEBER DE PROTECCIÓN NO LEGÍTIMA LA SUPERPOSICIÓN DE LOS DOS ASPECTOS

Sin embargo, aunque se quisiera invocar como argumento, en ese sentido tampoco ayuda la consideración de que la conducta del deudor tiene el mismo contenido también cuando no existe contrato alguno con el sujeto en cuyo beneficio ella se dirige, a saber, el cliente de la entidad financiera o el paciente. La identidad del contenido había sido afirmada, como hemos visto, en la sentencia de la Casación n.º 589/1999, pero otra era su intención, en todo caso encuadrada en un contexto de plena aceptación de la obligación sin prestación por parte de la Corte Suprema de Casación. La intención era afirmar la naturaleza contractual de la responsabilidad del médico, así como confirmar la superación por medio de esta decisión de la jurisprudencia precedente, la cual había continuado calificándola como responsabilidad extracontractual. En efecto, inmediatamente después, la misma decisión formulaba textualmente la que habíamos denominado plena adhesión al modelo de la obligación sin prestación. La Corte, en efecto, afirmaba: "La ausencia demostrada de un contrato, y por lo tanto de un deber de prestación a cargo del médico dependiente frente al paciente, no se encuentra en condiciones de neutralizar la profesionalidad [...] que cualifica *ab origine* la labor de este último, y que se traduce en deberes de comportamiento frente a quien ha depositado su confianza en dicha profesionalidad, entrando en 'contacto' con él"<sup>22</sup>.

En mi opinión, Di Majo obvia este segundo aspecto, constituido por la aceptación que hace la Casación de la obligación sin prestación, cuando pone de relieve el pasaje en el cual la Corte Suprema de Casación afirma que "si el médico en todo caso interviene [...] el ejercicio de su actividad médica (y por lo tanto la relación paciente-médico) no podrá ser diferente, en lo relativo al contenido, de la situación que tenga como fuente un común contrato entre paciente y médico"<sup>23</sup>. Como hemos visto, el resultado es la idea de la prestación sin obligación y, en definitiva, de una obligación que no puede ser tal sin la prestación.

<sup>21</sup> *Ibíd.*, p. 1712.

<sup>22</sup> Cas. 22-01-1999, n. 589, cit., n. 6.3.

<sup>23</sup> *Ibíd.*



Esta perspectiva ha sido adoptada por la Corte de Casación en una sentencia de la Sala III, también de 2007<sup>24</sup>, la cual afirma que el contacto social es fuente de una relación cuyo objeto, para el médico, no está constituido por la protección del paciente sino por "una prestación que se configura siguiendo como modelo la prestación del contrato de obra profesional" en el cual "la responsabilidad, sea del médico o de la entidad sanitaria, encuentra su fundamento en el incumplimiento de las obligaciones en el sentido de los artículos 1218 y siguientes". En realidad, como decíamos anteriormente, la identidad de contenido de la conducta del médico, haya o no un contrato con el paciente, resulta engañosa, dado que esta conducta sí es de prestación, pero a favor de un acreedor que no es el paciente sino la estructura sanitaria. Por otra parte, si se comparte la idea de que frente al paciente la obligación nace del contacto social cualificado por el estatus profesional del médico, y que de estos dos elementos surge una confianza, que adquiere relevancia por la buena fe en cuanto fuente de obligaciones, entonces estamos plenamente en el modelo que ya era conocido como propio de la relación precontractual, la cual sin duda carece de deber de prestación. Si con dicho modelo se puede fundamentar la *culpa in contrabando* como fuente de responsabilidad frente al contratante damnificado por la conducta contraria a la buena fe de la otra parte, y si, por otro lado, como acabamos de ver, el hecho de que el interés de protección del paciente –que reposa en la situación característica de la prestación debida por el médico a favor de su empleador– no está en condiciones de transformar al paciente, a su vez, en acreedor del médico, la obligación sin prestación sigue siendo la única solución plausible del problema de la responsabilidad del médico frente al paciente que, con una calificación lingüísticamente pésima, podemos llamar estructurado. La coincidencia entre la conducta del médico que ejecuta su prestación y aquella mediante la cual la esfera de protección del paciente debe ser respetada por aquél no permite que se la transponga sobre el plano formal, identificando arbitrariamente como acreedor de la prestación a quien Mengoni<sup>25</sup> habría llamado sustrato material de la prestación. Se trata de aspectos jurídicos diferentes que no permiten calificar como acreedor a un sujeto, el paciente, que no es tal *ab origine* y que en tal no puede convertirse. En efecto, es cierto que él no puede pretender cumplimiento alguno del médico, no solo hasta que este último no haya iniciado su prestación, sino tampoco posteriormente, permaneciendo la estructura sanitaria como único deudor frente al paciente. Y no me parece que se deba agregar otro deudor para excluir que la confianza del paciente se encuentre en condiciones de generar más que una obligación sin prestación.

Esto también debe ser confirmado respecto a la materia de las relaciones entre el ciudadano y la administración pública, particularmente en la perspectiva del daño, de la cual ha surgido el derecho al resarcimiento por la violación de intereses

<sup>24</sup> Cas. 13-04-2007, n. 8826.

<sup>25</sup> MENGONI. "Obbligazioni 'di risultato' e obbligazioni 'di mezzi'", cit., p. 371.

legítimos, con la sentencia n.º 500/1999 de la Corte de Casación. Ofreciendo una lectura alternativa que hace énfasis en los aspectos de la relación que enmarcan el supuesto de hecho que así es denominado, yo había reconocido en ella los rasgos de una obligación sin prestación, en la cual el indudable carácter relacional que de ella emerge confirma la cualificación en términos de deber de protección, a cargo de la administración pública, del interés del particular en obtener un procedimiento legítimo en vista de un pronunciamiento legítimo. La existencia de una relación obligatoria ha sido reconocida primero por el Consejo de Estado italiano y luego por la Corte Suprema de Casación, cuando ha afirmado que “el contacto del ciudadano con la administración hoy en día se caracteriza por un deber específico de comportamiento en el ámbito de una relación que, en virtud de las garantías que favorecen al interlocutor de la actividad procedimental, se vuelve específica o diferenciada”, agregando que “el modelo de la responsabilidad aquiliana [...] resulta insatisfactorio e inadecuado para resolver los problemas aplicativos después de la sentencia de las Salas Reunidas de la Corte de Casación italiana n.º 500/1999”<sup>26</sup>. Sin embargo, también en este caso la aceptación del modelo *ex contractu* queda a mitad de camino, porque el contacto social, cualificado por el estatus de la administración pública que genera la confianza del ciudadano, es transformado en fuente de “verdaderas prestaciones que se tienen que cumplir según el principio de corrección y de buena fe”.

Por el contrario, precisamente de esta perspectiva surge aún con mayor claridad que la obligación sin prestación no puede convertirse en obligación *tout court*, dado que, a diferencia de los cuidados médicos en estructuras organizadas, en esa hipótesis ni siquiera existe un tercero acreedor frente a quien se cumpla una obligación, en el momento en que se efectúa el cuidado del paciente. Tampoco me parece plausible que sea considerado acreedor, sin más, el ciudadano, a menos que se le quiera considerar un cliente de la administración pública. Si esto fuese así, debería ser válido también en este ámbito el dicho común según el cual el cliente siempre tiene la razón, lo que sin duda parece inadmisibles en las relaciones entre ciudadano y administración pública, en las cuales la caracterización autoritaria de esta última excluye de raíz que se pueda hablar de obligación en el sentido tradicional del término, salvo que se trate de relaciones de derecho privado con la administración pública, en cuyo caso, sin embargo, no se presenta ni siquiera la situación de interés legítimo, que en cambio caracteriza las relaciones de derecho público.

## V. EL CARÁCTER RELACIONAL COMO ESENCIA DE LA OBLIGACIÓN

En conclusión, considero que la obligación sin prestación debe ser entendida como lo que es, vale decir como una relación que comparte la naturaleza obligatoria de la obligación en sentido tradicional, sin serlo. Esta afirmación, tomada en el plano

<sup>26</sup> Cas. 10-01-2003, n. 157.

meramente textual, puede parecer contradictoria, como puede parecer un oxímoron la expresión misma obligación sin prestación. Sin embargo, esto precisamente se debe a la idea, que ciertamente tiene a favor una tradición más que bimilenaria, que identifica la obligación con el deber de prestación. Una vez que nos convenzamos de la posibilidad de que la cualificación obligatoria sea extendida a otras relaciones en las que lo fundamental no es la plenitud del contenido sino la dimensión formal en la cual las partes se encuentran la una frente a la otra, entonces también la idea de una obligación sin prestación no solo deja de parecer contradictoria, sino que incluso por mérito de ella se pone en evidencia la verdadera esencia de la obligación, la cual no consiste en su contenido u objeto, como se prefiera, más o menos amplio y variado según el tipo contractual que lo genera, sino en el carácter relacional como matriz de cualificación de la posición recíproca de los sujetos, uno frente al otro y en contemplación del otro. Es este carácter relacional el que, en el momento en que caracteriza la obligación, con o sin prestación, resulta ser el aspecto constante, el marco dentro del cual la prestación se inscribe solo como una posible variable. Así, la relación obligatoria deja de ser en su esencia deber de prestación y pasa a ser esa relación constante (*konstante Rahmenbeziehung*), teorizada por Herholz y acogida por Mengoni<sup>27</sup>, la cual en esta perspectiva adquiere un significado nuevo y más vigoroso. En efecto, en la idea original, la constancia significaba la subsistencia de la obligación luego del incumplimiento, si bien con la transformación de su objeto, no pudiendo ser más este último la prestación original sino la de resarcimiento del daño<sup>28</sup>. En cambio, en la transposición de significado aquí propuesta la relación obligatoria se constituye *ex lege*, como resultado del contacto social cualificado, como conjunto de deberes funcionales a la finalidad, que es la realización de la relación misma como cumplimiento del deber de prestación. Este último nace cuando exista un acto de autonomía que lo genera; pero no necesariamente, dado que tal acto puede no llegar a existir jamás, como en el caso de las negociaciones precontractuales que no llegaron a buen término, o cuando desaparezca por la invalidez o caducidad del acto de autonomía o por la extinción del deber de prestación por una de las causas previstas en la ley. Hago referencia a deberes funcionales y ya no accesorios, precisamente porque dicha

<sup>27</sup> MENGONI. Ob. cit., p. 283, nota n. 13, p. 369, nota n. 17; y cfr. F. HERHOLZ. "Das Schuldverhältnis als konstante Rahmenbeziehung", en *Archive für die civilistische Praxis*, vol. 130, 1929, pp. 260 y ss., quien teoriza la relación obligatoria como relación-marco que se origina *ex lege* desde el momento de la iniciación de las negociaciones, y autónoma aunque luego del nacimiento del deber de prestación, y por ello permanente (*konstante*), porque es independiente de la existencia de este último y por lo tanto en condiciones también de sobrevivir al mismo.

<sup>28</sup> Precisamente, aprovechando la idea de relación obligatoria como relación fundamental, L. MENGONI. Voz "Responsabilità contrattuale (dir. vigente)", en *Enciclopedia del diritto*, vol. XXXIX, Milán, 1988, p. 1073, aclara que en relación al incumplimiento imputable, "el originario deber de prestación se extingue [...]. Lo que continúa siendo idéntico a sí mismo es la relación obligatoria entendida como relación fundamental, como estructura compleja, formada de derechos, deberes, poderes y sujeciones, cuyo contenido puede modificarse sin que la relación pierda su identidad jurídica".

función accesoria solo puede ser predicada cuando exista un deber de prestación que, por el contrario, como estamos diciendo, no surge necesariamente o, cuando habiendo existido y habiéndose luego extinguido, no implica a su vez la extinción automática de los deberes denominados accesorios. Desde esta perspectiva, el elemento que hace permanente (*konstante*) la relación no está constituido por el deber de prestación, el cual precisamente por definición tiene una duración inferior a la de la relación en su conjunto, sino por esta última, que viene a denominarse relación jurídica fundamental<sup>29</sup>. De esto se deriva que la esencia de la relación obligatoria –esencia entendida como lo que debe estar presente y no puede faltar– no está constituida por el deber de prestación, que precisamente puede faltar, sino por los hasta ahora denominados deberes accesorios que, sin embargo, por lo que hasta el momento hemos afirmado, es mejor denominar funcionales al correcto desarrollo de lo que –habiéndose originado en un contacto social cualificado– se convierte en una relación jurídica gracias a aquellos, relación que incrementa su contenido si a esto se suma el deber de prestación.

La consecuencia de esto no es la inversión de la relevancia entre prestación y los deberes denominados accesorios al interior de la relación obligatoria, sino lo que podríamos denominar la recuperación de la identidad de lo obligatorio, en la cual la obligación en sentido tradicional, es decir el deber de prestación, es reubicado en su naturaleza de deber y la obligación es presentada en su esencia, constituida no por la categoría del deber sino por la categoría de la relación. Si la relación obligatoria como totalidad se construye como una estructura binaria, constituida por la relación que se encuentra en torno a la prestación cualificada a su vez como relación, se pone en evidencia el carácter biunívoco entre deber y relación, y cómo es esta última la calificación primaria de lo obligatorio, no la prestación como correspondencia entre crédito y débito. En efecto, mientras el deber de prestación nace como consecuencia eventual de una fuente específica, en particular el contrato, los deberes y situaciones pertenecientes a la relación

<sup>29</sup> D. RUBINO. *La fattispecie e gli effetti giuridici preliminari*, Milán, 1939, pp. 10 y ss., al cual hace referencia MENGONI. *Obbligazioni*, cit., p. 284, nota 13. Ciertamente RUBINO denomina relación fundamental lo que, bajo su perspectiva, se denominaría mejor relación compleja. Su explicación de la denominada relación fundamental, en efecto, no refiere a la categoría de los deberes accesorios de los cuales nace en Alemania la teorización de la obligación como *Organismus* (SIBER, HEINRICH STOLL) o como relación obligatoria en sentido amplio (OERTMANN) o como relación marco (HERHOLZ). Él intuye que toda relación obligatoria tiende a ser compleja, pero termina por reducir el sentido de la categoría a la cuestión de si la relación fundamental está dotada de autonomía o es la simple sumatoria de efectos singulares que la componen. En resumen, RUBINO se limita a constatar la existencia de efectos jurídicos complejos como consecuencia de supuestos de hecho jurídicos complejos, como, de manera particular, los que se van componiendo en el tiempo; sin embargo, al citar a HERHOLZ no llega a comprender el sentido de la teoría de este último, sentido que está constituido por la idea de la distinción entre *Leistungsbeziehung*, o relación de prestación, la cual se origina con el contrato y está dirigida al interés positivo, y *Rahmenbeziehung*, o relación marco, constituida por los deberes cuya violación da lugar a la *culpa in contrahendo* y está dirigida al interés negativo, la cual se origina prescindiendo del contrato y de la relación de prestación que puede derivar de ella.

marco encuentran su fundamento en la ley, bajo el presupuesto de una relación que se ha instaurado entre las partes. La diferencia entre estos dos aspectos de la relación se encuentra no solo en el contenido sino en el orden de prioridad, el cual se refleja en las fuentes respectivas. Mientras que la relación marco nace directamente de la ley, como reflejo de la cualificación del contacto social según el criterio de la buena fe, la prestación nace necesariamente en el marco instaurado de esta manera, pero no automáticamente, sino por la elección específica que se traduce en un contenido siempre diferente, porque es función de una precisa voluntad de las partes o de un fin determinado. Y mientras que la relación marco es la relevancia jurídica de la relación instaurada en el plano fáctico, el deber de prestación es el efecto específico querido (por las partes o por la ley), que se inserta en dicha relación.

Sin embargo, a diferencia de la reconstrucción realizada por Herholz<sup>30</sup>, no se trata de dos relaciones, la relación marco y la de prestación. Esto despedazaría sin razón la unidad de la relación obligatoria, mientras que solo se trata de establecer cuál es su contenido o en qué se ha convertido esta última. Por otra parte, si bien es cierto que en esta relación puede no llegar a insertarse el deber de prestación, o desaparecer sin influenciar lo que queda de la relación, también es cierto que la relación social se instaure a causa de aquella, y que aquella constituye su espíritu significativo. Dado que la división en dos relaciones, de marco y de prestación respectivamente, deja sin explicación la vocación funcional de los deberes accesorios a la realización de la relación, termina por lo tanto por contrastar con el deber ser de la relación obligatoria como estructura unitaria funcionalmente orientada. Ella se origina en la ley por los intereses genéricos que esta ya protege y que enfatiza el contacto social, que se cualifica en vista de la prestación por instaurar, requiriendo la protección más intensa que se expresa en la categoría del deber, pero se precisa en su contenido en vista del interés específico que la fuente de la prestación (la voluntad de las partes o la ley) pretende perseguir<sup>31</sup>. Sin embargo, no se trata de dos relaciones, cuya dualidad presentaría el problema ulterior de qué es lo que crea el vínculo entre ellas y en qué términos, sino que se trata de fuentes distintas, que son concurrentes al producir cada una de ellas una parte del contenido de lo que desde siempre es, y como tal debe permanecer, una relación jurídica unitaria y, precisamente por ello, compleja. En este sentido, parece más apropiada la idea de que la relación es una estructura orgánica, *Organismus* según la locución de la doctrina alemana<sup>32</sup> que la teoriza –incluso parece mejor *Gefüge*<sup>33</sup>,

<sup>30</sup> HERHOLZ. Ob. cit., pp. 268 y ss., 295 y ss.

<sup>31</sup> Cfr. F. BENATTI. "Osservazioni in tema di 'doveri di protezione'", en *Rivista trimestrale di diritto e procedura civile*, 1960, p. 1346.

<sup>32</sup> H. SIBER. *Recht der Schuldverhältnisse*, 4ª. ed., Plank Kommentar zum BGB, I, p. 3; H. STOLL. "Haftung für das Verhalten während der Vertragsverhandlungen", en *Leipziger Zeitschrift für Deutsches Recht*, 1923, p. 544, MENGONI "Responsabilità contrattuale", cit., nota 5.

<sup>33</sup> Así MENGONI. Ob. cit., p. 1073, nota 5, de conformidad con la doctrina alemana más actual, con la aclaración de que el cambio de terminología significa que "no se trata de

estructura—, si bien, a la inversa, la idea de relación marco que nace *ex lege* como consecuencia de la instauración de la confianza inicial entre las partes, y en la que, sin embargo, es la voluntad de estas la que inserta el deber de prestación, expresa mejor el doble aspecto de la estructura que en estos términos se origina<sup>34</sup>.

En lo que atañe al contenido variable de esta relación—dado que también para el aspecto-marco los deberes denominados accesorios se configuran con respecto al tipo de relación determinada por el deber de prestación— el elemento permanente o constante está constituido por la característica relacional que se manifiesta en el momento de su nacimiento en los deberes accesorios y con posterioridad en el deber de prestación. Es esta característica la que se presenta como el factor de distinción entre las dos especies de la responsabilidad civil. En el momento en que la relación obligatoria se distingue esencialmente por el carácter relacional como única característica indefectible de la misma—característica que en la tradición que se remonta al derecho romano ha sido referida al deber de prestación, identificando la responsabilidad denominada contractual con la responsabilidad por incumplimiento— se reestructura en el plano más general en que se reconocen tanto los deberes funcionales como el deber de prestación; y la responsabilidad, en correspondencia con el nuevo plano de referencia, se convierte en tal como efecto de la violación del carácter relacional, bien sea que esta se refiera a la prestación o a otro interés puesto en peligro por la relación misma.

#### VI. LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL COMO REACCIÓN AL INCUMPLIMIENTO Y A LA VIOLACIÓN DE LOS DEBERES FUNCIONALES. LA CONCLUSIÓN DE LA CORTE DE CASACIÓN ITALIANA

A esta responsabilidad la denominaremos relacional, no solo porque resulta cualificada por la relación que, hemos dicho, expresa de la manera más clara el elemento del cual nace, sino también porque finalmente resuelve la antigua cuestión terminológica vinculada con la calificación "contractual", la cual desde un punto de

una unidad ontológica, sino funcional, es decir de una estructura unitaria de asignación de sentido". Es K. LARENZ. *Lehrbuch des Schuldrechts*, 14ª ed., I, Munich, 1987, p. 27, quien adopta la categoría *Gefüge*, sugerida por N. HARTMANN para los conjuntos que dan a los elementos singulares que los componen un sentido distinto del que estos tienen en sí. Según el autor, la categoría expresa mejor que "*konstante Rahmenbeziehung*" y que "*Organismus*" la esencia de la relación obligatoria. En términos de *Gefüge*, sin embargo, tal esencia es comprendida en el plano estructural; el carácter relacional, que es propuesto por nosotros a su vez como esencia de la relación obligatoria, la connota en cambio en el plano funcional como entidad intersubjetiva de realización (del interés crediticio) y de protección (de los intereses accesorios de las partes). Mientras la *Gefüge* nos dice cómo es la relación obligatoria (una estructura compleja), el carácter relacional nos dice, precisamente, lo que ella es en su esencia.

<sup>34</sup> Por coherencia, esta debería ser también la idea de H. STOLL. *Vertrag und Unrecht*, II, Tübinga, 1936, p. 126, cuando teoriza que, mientras en el caso de resolución o invalidez del contrato el deber de prestación desaparece, los deberes de protección permanecen indemnes porque son independientes de aquel.

vista lingüístico está en capacidad de expresar menos de lo que convencionalmente se le atribuye<sup>35</sup>, mediante la asimilación al interior de ella de las relaciones *ex lege* a las relaciones *ex contractu*. Esta bifurcación lleva a que el significado jurídico de la calificación sea considerado obvio, pero al mismo tiempo crea la necesidad de una aclaración.

Por el contrario, la responsabilidad relacional es una expresión que es capaz de indicar la violación de la relación obligatoria, bien sea que esta tenga su origen en el contrato o en la ley, o que la violación esté referida al deber de prestación o a uno de los deberes accesorios. Ella denota que puede derivar de uno u otro elemento que configura la relación, por la violación de deberes accesorios o por el incumplimiento; adicionalmente, indica el hecho de que puede nacer cuando el deber de prestación no haya llegado a existir pero igualmente la relación haya surgido, luego de que se instaure la relación a la que la ley ha dado relevancia jurídica. Como consecuencia, la responsabilidad contractual deja de ser responsabilidad por incumplimiento, y pasa a ser responsabilidad por violación de la relación. En este sentido, el derecho privado en su totalidad se reconstruye según una *summa divisio* entre situaciones relacionales, que se caracterizan por deberes entre las partes cuya violación da origen a la responsabilidad, precisamente, relacional de la misma manera que la responsabilidad por incumplimiento, y situaciones no relacionales, que asumen las características de la responsabilidad aquiliana en el terreno de la responsabilidad.

Desde esta perspectiva, resulta más claro cómo la superación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual no sea una cuestión de simplificación conceptual y normativa. Sin duda, esto último es posible, pero la articulación de la responsabilidad civil en dos especies no puede ser considerada puramente casual, si se remonta hasta el derecho romano. Esta simple constatación debe por lo menos inducir a preguntarse por su razón de ser. Ahora bien, esta última puede parecer poco importante e incluso tautológica si uno se limita a apreciarla en la pura distinción formal entre contrato y daño injusto: en efecto, el hecho de que la diversidad del régimen jurídico de las respectivas responsabilidades sea un corolario de su diversa estructura podría no ser considerado un obstáculo en una época en que la preocupación acerca de la correspondencia de las consecuencias a las premisas –que, sin embargo, es una de las claves de prestigio del derecho y de su credibilidad social– resulta en retroceso respecto a una tendencia banalmente simplificadora que no se compadece de la diversidad y equipara todo sin distinción. En dicho contexto, en el que las razones de la asimilación que caracterizan las épocas de decadencia del derecho prevalecen sobre las de las sutiles diferencias, una explicación a partir de los contornos, o que se mantenga en el plano de la

<sup>35</sup> En efecto, dice MENGONI. "Responsabilità", cit., p. 1072, que "responsabilidad contractual", "confrontada con la acepción moderna más restringida de contrato [...], es una sinécdoque".



*ratio*, que representa una justificación específica de las soluciones normativas, tiene un valor significativo.

Una relación jurídica que se presenta como momento relevante para el derecho de una relación que ya lo es en el plano social logra dar una explicación autosuficiente y de inmediata fuerza persuasiva. Estar en relación significa deberse recíprocamente algo, mientras ocurre exactamente lo contrario para quien no se encuentra en relación. Así mismo, consecuencia de ello es que la violación de una relación da lugar a una responsabilidad, como momento evolutivo de la relación misma, referida precisamente a esta última, y de esta última toma su contenido y su función, mientras todo esto no ocurre cuando no existe una relación previa y la responsabilidad es consecuencia de una conducta *ex abrupto* irrelevante entre las partes hasta el momento en que no se verifique un daño. En dicho caso, el daño crea una relación que no existía, mientras que en el contexto de una relación preexistente el daño se presenta como antagonista respecto a la relación; esto justifica ampliamente la diferencia en el plano de la carga de la prueba, siendo la persona que se opone a una relación la que actúa *contra vinculum proprium*, mientras que es la persona que por medio del daño afirma haberse instaurado *ex novo* una relación en la cual pide que la otra parte funja de deudor, quien debe suministrar las pruebas y las explicaciones.

Esta situación agravada del deudor que viola la relación, en comparación con la situación del deudor que se convierte en tal *post factum*, se confirma en el diverso régimen jurídico de la prescripción, que en su conjunto es más riguroso frente al deudor *ex ante*. También, la confusión, aparentemente indebida, entre el ámbito tradicional de la responsabilidad contractual, que se dirige de manera exclusiva al daño meramente patrimonial, y el de la responsabilidad aquiliana, con la consecuente relevancia de intereses diferentes al de crédito, se explica en la reconfiguración de la línea de demarcación, propuesta no con base en la naturaleza del interés que se protege, sino en el plano de la existencia o no de una relación previa. En estos términos, no se puede atribuir a la doctrina de la obligación como relación compleja una confusión indebida de los planos que tradicionalmente ven la responsabilidad aquiliana referida a la protección de la esfera jurídica de los sujetos y la responsabilidad contractual referida a los intereses puramente patrimoniales, puesto que lo que resulta decisivo en el plano de la relevancia jurídica ya no es la naturaleza del interés, sino el estar o no integrado en una relación.

En este sentido se presenta ahora de forma clara la apertura de la responsabilidad contractual al daño no patrimonial. Si se explica como simple expansión mimética del daño no patrimonial en ámbitos tradicionalmente aquilianos, esta explicación no convence, aún más si se tiene en cuenta que la solitaria disposición del artículo 2059 C.C.<sup>36(NT)</sup> sugeriría que dicha norma pertenece de forma exclusiva

<sup>36</sup> (NT) Art. 2059 C.C. ital.: "Daños no patrimoniales. El daño no patrimonial deber ser resarcido únicamente en los casos determinados por la ley".



a la responsabilidad aquiliana. En el marco de la distinción entre la responsabilidad relacional y la responsabilidad aquiliana como responsabilidad no relacional, la llegada del daño no patrimonial a la fortaleza de la responsabilidad se explica, por el contrario, según una trayectoria que en un comienzo lo ha incorporado a la responsabilidad aquiliana al lado del daño patrimonial, originalmente el único que era relevante en la responsabilidad civil contractual y extracontractual, y hoy continúa el recorrido al interior de la responsabilidad relacional, superando la antigua propensión exclusiva de esta última por el daño meramente patrimonial.

Desde la perspectiva del daño no patrimonial, que efectuado este recorrido desde un punto de partida completamente ajeno al de la obligación como relación compleja, toda la teoría referida a esta última se confirma de una manera que hasta el momento los intérpretes parecen haber pasado por alto. Admitir la relevancia del daño no patrimonial en la responsabilidad contractual, en abstracto puede significar dos cosas distintas: simple y llanamente dar una nueva relevancia al daño moral en el sentido tradicional en el cual este fue contemplado y regulado por el artículo 2059 C.C. italiano, o dar relevancia al daño no patrimonial en el sentido nuevo del término como resultado de la violación de derechos de la persona garantizados constitucionalmente, según la idea adoptada por la Corte de Casación (n.º 26972-3-4-5/2008). Precisamente el segundo significado es el que la Corte ha adoptado en el resarcimiento del daño no patrimonial en sede contractual. El nuevo daño no patrimonial, a diferencia de la especie más antigua, ahora nace de la relevancia reconocida a los derechos protegidos constitucionalmente, y resultaría arbitrario e insostenible limitar su violación a la cualificación aquiliana, una vez aquella adquiere relevancia en función de la responsabilidad<sup>37</sup>. Aunque estos derechos de la persona estén integrados a la estructura de la relación obligatoria, ellos no conciernen a la prestación sino al marco que, como habíamos señalado, es expresión del carácter relacional referido a los intereses aledaños. Estos últimos no son solo intereses no patrimoniales; además, habiéndose admitido que ellos hacen parte de la relevancia relacional de la relación obligatoria, los intereses aledaños de otra naturaleza que la relación ponga en peligro, por conexión lógica ya no son susceptibles de exclusión.

Pero el significado sistemático que se encuentra en las sentencias de la Corte es aún más relevante. Por la lógica misma de la afirmación del resarcimiento del daño no patrimonial en el ámbito contractual, resulta evidente que la Corte es guiada de la mano hacia la adopción de la idea de que junto al deber de prestación otros deberes, funcionales o accesorios, se conjugan con el deber de prestación

<sup>37</sup> Cfr. CASTRONOVO. "Il giovane Arturo Dalmartello", cit., p. 210, en donde he puesto en evidencia cómo, en el plano dogmático, el carácter resarcible del daño no patrimonial en sede contractual es coherente y plausible solo al interior de una obligación como relación compleja, en la cual al lado del deber de prestación se encuentran deberes accesorios pre-dispuestos para la tutela de bienes distintos al interés crediticio; mientras que, de manera contraria, la responsabilidad por incumplimiento como violación de este último autoriza solamente el resarcimiento del daño patrimonial.

en una relación obligatoria compleja, cuando afirma que “si el incumplimiento de la obligación, además de la violación de los deberes de relevancia económica asumidos con el contrato, implica también la lesión de un derecho inviolable de la persona del acreedor, la protección resarcitoria del daño no patrimonial podrá ser tratada en la acción de responsabilidad contractual, sin recurrir al instrumento del cúmulo de acciones”<sup>38</sup>. Este aspecto de la sentencia, que hasta ahora no ha sido destacado, junto con el rechazo a la distinción entre obligaciones de medios y de resultado, se muestra como el desarrollo más importante realizado por la jurisprudencia de la Suprema Corte de Casación en materia del derecho de las obligaciones.

De esta forma, el itinerario de aproximación de los intereses diferentes al de crédito puro y simple al área de la responsabilidad contractual parece completo. Como consecuencia, esta resulta ahora un área de protección, no solo del derecho del acreedor a la prestación, sino también de los derechos de la otra parte puestos en peligro por la función de crédito de la relación. La distinción entre las dos áreas de la responsabilidad ya no se logra por medio de la separación entre situaciones absolutas, protegidas aquilianamente, y situaciones relativas, protegidas *ex contractu*, sino por medio de la distinción entre lo que está integrado y lo que no está integrado en la dimensión relacional que se erige como la esencia de la relación obligatoria. Así, por una parte, el derecho de crédito recibe protección de manera similar a los derechos absolutos cuando es violado, no por el deudor, sino por un tercero que torna imposible su cumplimiento: estamos frente a la protección aquiliana, en la cual el acreedor recurre al remedio resarcitorio al igual que un propietario que ha sufrido la destrucción de un bien propio; de manera recíproca, las situaciones absolutas referidas a la persona y al patrimonio son provistas de remedios de naturaleza obligatoria cuando se encuentren dentro de una relación. Una relación que desde el interior, constituida por las utilidades que el ejercicio del derecho otorga a su titular (poniéndose como eventual la protección frente a las agresiones ajenas), se vuelca al exterior, donde se ubica en primer plano la protección como exigencia de atención por parte de quien, deudor o acreedor, llega a encontrarse frente a la otra parte en una posición que la realización de la relación torna, en potencia, específicamente agresiva.

<sup>38</sup> Cas. Sez. Unite 11-11-2008, n. 26972, n. 4.1.