



ORIGINAL

Artículo de Investigación

Derogaciones a la relatividad contractual en favor de terceros: Artículo 1234-2 del Proyecto francés de Reforma a la Responsabilidad Civil de 2020 y artículo 311-3 del BGB alemán de 2002 *

Derogations in the Doctrine of Privity of Contract in favor of third parties: section 1234-2 of the French Civil Liability Law Reform project 2020, and section 311-3 of the German BGB 2002

Recibido: Septiembre 09 de 2022 – Evaluado: Octubre 22 del 2022 - Aceptado: Noviembre 24 de 2022

Luis Alexander González-Martin **

Para citar este artículo/ To cite this article

González-Martin, L. A. (2023). Derogaciones a la relatividad contractual en favor de terceros: Artículo 1234-2 del Proyecto francés de Reforma a la Responsabilidad Civil de 2020 y artículo 311-3 del BGB alemán de 2002. *Revista Academia & Derecho*, 14 (26), 1-33.

Resumen

El autor expone, en una primera parte, las tendencias en Francia a propósito de la intervención problemática de terceros frente a un incumplimiento contractual culposo. Se explora la relación entre responsabilidad civil contractual y delictual y sus desarrollos plasmados en reciente

* Artículo de investigación inédito resultado del proyecto titulado: *Interpretación judicial en el manejo del riesgo tecnológico a través de la regulación de la experticia. Contractualización de los asuntos públicos y responsabilidad civil profesional*. Auspiciado por la Vicerrectoría de investigaciones Universidad de Cartagena Colombia, acta de compromiso 028-2017. Auxiliares de investigación: Zalúa García, Valentina Manotas y Remis Turizo.

** Luis Alexander González-Martin, abogado egresado de la Universidad Nacional de Colombia sede Bogotá, Doctor en Derecho de la Université Panthéon-Sorbonne París 1; Miembro del Comité Europeo de Derecho Rural; Profesor tiempo completo categoría Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad de Cartagena Colombia; Correo: lgonzalezm7@unicartagena.edu.co



jurisprudencia y proyecto de reforma legal de 2020. Luego, se describe la historia en derecho continental de tal evolución como supuesto para el análisis del caso alemán. El autor analiza en este punto la pseudomorfosis efectuada en Alemania, gracias a la actividad del juez, al interior del principio de la relatividad contractual, desarrollo consagrado en la reforma al Código civil (BGB) de 2002. Corolario de estas mutaciones, se opera la intervención del tercero en el contrato como solución a la tensión entre: de un lado, el interés privado de las partes y, del otro, la exigencia positiva a una conducta responsable frente a terceros. De esta manera, el autor quiere analizar las tendencias que caracterizan las transformaciones del campo jurídico comparado en relación con la responsabilidad contractual de las partes frente a terceros por incumplimiento culposos.

Palabras clave: Responsabilidad, Responsabilidad civil, Responsabilidad civil extracontractual, incumpliment, Derogaciones relatividad contractual - Proyecto francés Reforma Responsabilidad Civil - § 311-3 BGB

Abstract

The author expounds, in the first part, the trends in French law regarding the problematic intervention of third parties dealing with a contractual breach. In this tradition the relationship between contractual and delictual liability is explored as a framework of the recent case law and legal reform project of 2020. The continental law history of such evolution is presented as a preamble to the description of the German case. The author analyzes the pseudomorphosis, done thanks to the activity of the judge, of the Doctrine of Privity of Contract in Germany, this transformation is established by the Reform of the German Civil Code (BGB) 2002. The corollary of these mutations is the intervention of the third party in the contract as a solution to the tension between, on the one hand, the private interest of the parties and, on the other, the contractual liability to third parties. Thus, the author wants to analyze the trends that characterize the transformations of the comparative legal field in relation to the liability of the parties to third parties by contractual breach.

Keywords: Liability, Responsabilidad civil, Civil liability, Tort liability, Breach, Derogations contractual relativity - Reform Project French Civil Liability Law - § 311-3 BGB

Resumo

O autor expõe, numa primeira parte, as tendências em França quanto à problemática intervenção de terceiros em caso de incumprimento culposos do contrato. Explora-se a relação entre responsabilidade civil contratual e delictual e seus desdobramentos consubstanciados na jurisprudência recente e no projeto de reforma legal de 2020. Em seguida, descreve-se o histórico no direito continental dessa evolução como pressuposto para a análise do caso alemão. O autor analisa neste momento a pseudomorfose realizada na Alemanha, graças à atividade do juiz, dentro do princípio da relatividade contratual, desdobramento consagrado na reforma do Código Civil (BGB) de 2002. Como corolário dessas mutações, a intervenção do terceiro no contrato como solução para a tensão entre: por um lado, o interesse privado das partes e, por outro, a exigência positiva de conduta responsável perante terceiros. Dessa forma, o autor quer analisar as tendências



que caracterizam as transformações do campo jurídico comparado em relação à responsabilidade contratual das partes contra terceiros por violação culposa.

Palavras-chave: Responsabilidade, Responsabilidade civil, Responsabilidade civil extracontratual, Inadimplemento, Derrogações relatividade contratual - Projeto Francês de Reforma da Responsabilidade Civil - § 311-3 BGB

Résumé

L'auteur expose, dans une première partie, les tendances en France concernant l'intervention problématique des tiers en cas de rupture fautive du contrat. La relation entre +la responsabilité civile contractuelle et délictuelle et ses développements insérés dans la jurisprudence récente et projet de réforme de 2020 y sont objet d'étude. Ensuite, une histoire de cette évolution en droit continental est tracée comme l'avant-propos de l'analyse du cas allemand. L'auteur analyse la pseudomorphose opérée en Allemagne, grâce à l'activité du juge, au sein du principe de relativité contractuelle, une évolution consacrée par la réforme du Code civil (BGB) de 2002. Le corollaire de ces mutations est l'intervention du tiers dans le contrat comme solution à la tension entre : d'une part, l'intérêt privé des parties et, d'autre part, l'exigence positive d'un comportement responsable envers les tiers. Ainsi, l'auteur veut analyser les tendances qui caractérisent les transformations du champ du droit comparé en matière de responsabilité contractuelle des parties à l'égard des tiers pour manquement fautif.

Mots-clés: Responsabilité, Responsabilité civile, Responsabilité civile délictuelle, , manquement, Dérogations relativité contractuelle - Projet français de réforme de la responsabilité civile - § 311-3 BGB

SUMARIO: Introducción. - Problema de investigación. - Metodología. - Esquema de resolución del problema jurídico - Plan de redacción. 1. Derogación francesa al principio de relatividad en la Proposición de Reforma a la Responsabilidad Civil de 2020. 1.1. El caso *Boot Shop* 2006. 1.2. Propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel de Paris* 2019 y la influencia alemana. 2. Responsabilidad civil delictual o contractual. Génesis discutida. 2.1. El Digesto: inédita lógica ampliada de indemnización al daño causado por incumplimiento contractual culposo. 2.2. La responsabilidad civil en la codificación moderna. 3. Derogación alemana al principio de relatividad: Jurisprudencia y codificación de tercer milenio. 3.1. Derogación al principio de relatividad por el juez alemán: caso *Dachbodenfall* 1995. 3.2. Derogaciones al principio de la relatividad contractual y *Kodifizierung* en el BGB alemán de 2002. - Resultados de investigación. - Conclusión. -Referencias.

Introducción

Hace ya más de una década que fue requerida a nivel mundial la explantación en urgencia de miles de prótesis mamarias defectuosas; ocho años después ante la jurisdicción francesa se probó la violación por defectuosa fabricación, de la Directiva Europea del Consejo de Ministros 93/42/CEE del 14 de junio de 1993, relativa a los dispositivos médicos y a su control de calidad.



En los supuestos del caso, la sociedad productora de las prótesis *Poly Implant Prothèse* (PIP), de nacionalidad francesa, contrató a la sociedad alemana *TÜV Rheinland LGA Products GmbH* (TRLP) para la evaluación de su sistema de control de calidad. La sociedad alemana, acreditada a nivel europeo para tal labor, certificó el sistema de control de calidad en 1997, 2002, 2004 y en 2007. A su vez, las prótesis, denominadas en francés "*implants mammaires pré-remplis de gel de silicone à haute cohésivité (IMGHC)*" (Caso 15-26.093, 2018) recibieron una primera certificación en 2004, válida hasta 2009 y renovada este mismo año por la misma sociedad alemana. En 2010, la Agencia Francesa de Seguridad Sanitaria de Productos para la Salud, luego de inspección técnica del 16 y 17 de marzo, estableció sin ambigüedades los riesgos que generaban los implantes por su "ruptura precoz" debido al "carácter inflamatorio" del gel utilizado en su fabricación. El Ministerio de salud en Francia procedió a sugerir su inmediata explantación.

Una vez atacada la sociedad PIP ante la jurisdicción francesa, *Alianz*, su aseguradora, demandó ante la misma jurisdicción la anulación de los contratos suscritos. En dicho proceso, víctimas y distribuidores reclamaron la validez del contrato suscrito entre PIP y la aseguradora con el propósito del cumplimiento de la garantía. En el mismo proceso, víctimas y distribuidores, terceras partes con relación al contrato de evaluación de calidad suscrito entre PIP y TRLP, demandaron en el proceso la intervención forzada *-intervention forcée-* de la sociedad evaluadora alemana TRLP, con el objetivo de establecer su responsabilidad delictual o extracontractual a la luz de la legislación francesa y en particular de aquella europea -Reglamento CE 864/2007 del Parlamento Europeo y Consejo, Roma II (Reglamento CE 864, 2007). La Corte de Apelación de *Aix-en-Provence -Cour d'Appel-* concedió dicha intervención en 2015, pero exoneró de toda responsabilidad a TRLP.

Sobre este punto, en recurso extraordinario de casación *-pourvoi en cassation-* interpuesto por víctimas y distribuidores, la *Cour de cassation, Première chambre civile* decidió en octubre de 2018 (Caso 15-26.093, 2018); inspirada por demás en una decisión del 2017 del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Caso C-219/15, 2017). La alta *Cour* casó y anuló la decisión de la *Cour d'Appel*. La *Cour de cassation* reprochó a la *Cour d'Appel -sur le premier moyen du pourvoi principal, pris en sa septième branche-* el haber privado su decisión de base legal, pues ésta habría validado el hecho de que TRLP no hubiese asumido su obligación legal de vigilancia, al omitir controles en la contabilidad de compras de insumos de PIP, controles que si bien no son obligatorios a la luz del reglamento europeo, hubieran permitido establecer una relación contable particular, relación entre la cantidad de gel idóneo usado para la fabricación y la cantidad de implantes vendidos.

En su decisión, la *Cour de Cassation* acudió al robusto régimen francés de indemnización especial por daños producidos a la integridad personal en razón del uso de un producto defectuoso, régimen de naturaleza y acción esencialmente directa (Le Tourneau, 2014c, págs. 1079 ss., 2116 ss.). Sin embargo, en el caso, las obligaciones contractuales entre las partes, entre la productora francesa y el experto en control de calidad alemán, aparecen como obligaciones escrutadas frente a terceros, víctimas y distribuidores, simplemente como hechos jurídicos que pueden dar sustento a la responsabilidad civil desde una perspectiva denominada de forma técnica como: general o extra-



contractual o mejor como delictual, pues la noción extra-contractual es de uso muy reciente, en Francia no anterior a 1985 (Moron-Puech, 2018).

Ahora bien, del otro lado del Rin, ya en 1994 el Juez alemán, la Alta Corte Federal - *Bundesgerichtshof* (Caso BGHZ 127, 378, 1994) se pronunciaba en favor del fortalecimiento de la confianza contractual frente a terceros como corolario del principio de buena fe -*Treu und Glauben*; la Alta Corte se permitió en el caso citado, y analizado más adelante, interpretar *contra legem* el art. § 334 Código civil alemán -*Bürgerliches Gesetzbuch* BGB, artículo que consagra el principio de la relatividad contractual. Como resultado de esta perspectiva interpretativa se daría la introducción del art. § 311-3 en la reforma al BGB del año 2001-2002, el cual consagró el mecanismo del *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* o contrato con efecto protector a terceros. Mecanismo que vela en su teleología por los intereses de terceros y que en derecho francés se ha manifestado en su jurisprudencia -Caso *Boot Shop (o Myr'ho)* 2006, se confirma recientemente, caso *Sucrierie de Bois rouge* 2020 y, en la polémica Proposición de reforma al régimen de la responsabilidad civil 2020, art. 1234-2 (Proposition de loi 678, 2020), la cual analizaremos en extenso.

A nivel mundial, las vías son múltiples, gracias a la actividad del juez, para llegar a la misma discusión con relación a la protección de terceras víctimas de incumplimiento contractual culposo. En efecto, los jueces hacen eco a la aparición de regímenes especiales de indemnización directa, regímenes que contemplan la regulación de aspectos diversos, tales como evitar que informaciones incompletas o instrucciones de utilización imprecisas afecten el adecuado uso de productos potencialmente nocivos para la salud humana. Se ponderan allí diversos intereses, el interés de los afectados por defectos en el producto, o incluso la responsabilidad de la experticia por eventual incumplimiento contractual, pues consultada *ex ante*, es requisito al momento de la validación sanitaria de dichos productos.

En Francia, en el caso contra Monsanto y su polémico producto insignia, el Roundup, cuyo principal agente activo es el glifosato, la *Cour de cassation* en 2017 contribuyó a la protección de los derechos del consumidor, en la decisión se llama la atención sobre la necesaria observancia que debe tener el juez nacional a propósito del cumplimiento de reglas de orden público consagradas por la Unión Europea para la protección de los consumidores; tal como se describe en la nota explicativa de la decisión, reglas para la protección a la salud y al derecho a ser informado de todos los riesgos en el uso de este tipo de herbicidas de amplio espectro; sub-reglas establecidas en el *Rapport* de la Profesora Ladant (Caso 15-25.651, 2017). Sin embargo, el punto sobre la responsabilidad de los expertos evaluadores frente a terceros afectados, desde una perspectiva general o delictual, o desde una contractual, no fue abordado.

En esta materia, en Estados Unidos, en el caso contra Monsanto, se probó el carácter cancerígeno de dicho producto, una suerte de "*non-Hodgkin lymphoma (NHL)*" (Levin & Greenfield, 2018) para el torrente sanguíneo, tal como lo afirmaron estudios de agencias internacionales (International Agency for Research on Cancer, 2015). La *Superior Court of California* en mayo de 2018, dentro del proceso, evocó la discusión sobre la responsabilidad de los expertos evaluadores del producto en el origen del daño generado, por haber validado su circulación en el



mercado (Caso CGC 16-550128, 2018, nt. 5). Se estableció en este punto, como argumento exonerador de responsabilidad, la exterioridad del derecho a la autonomía de la evaluación científica y, los límites en la regulación por el derecho de la práctica de la experticia, dada la particularidad epistémica actual del trabajo científico; de esta manera, el experto evaluador fue exonerado, aunque la multinacional fue condenada de forma ejemplar ¹.

En Estados Unidos, en otro caso difícil, al final de los ochentas, el grupo farmacéutico *Sandoz* comisionó a un grupo de investigación de la Universidad de Tennessee para evaluar un nuevo medicamento. Cuando los estudios se revelaron adversos, la multinacional obstaculizó legalmente la publicación del estudio, su argumento: el imperio de la noción de contrato como un acuerdo bilateral privado -*Doctrine of Privity of Contract*, acuerdo contractual en esencia hermético a los intereses de terceros. Frente a ello se planteó en la doctrina internacional el debate de si ¿Es el derecho fundamental a la salud de terceros oponible a los acuerdos privados en mención? (Teubner, 2014, págs. 185, 220).

La discusión sobre la responsabilidad de las partes en un contrato frente a terceros comporta tensiones incluso más allá del derecho contractual, o mejor, comportan tensiones que insinúan el carácter fundamental de las soluciones dadas en esta área del derecho.

Ahora bien, importantes mutaciones en jurisprudencia y legislación en Europa continental, particularmente en Francia y Alemania, permiten plantear la hipótesis de la paulatina intervención del tercero en el contrato como superación dialéctica a la tensión entre: el interés privado de las partes y la exigencia positiva a una conducta responsable de las partes frente a terceros. Superación dialéctica que caracteriza la nueva valoración teórica que se otorga desde el análisis jurídico comparado a la división dogmática tradicional entre lo público y lo privado "*To summarize my argument, the public/private divide needs to undergo a dialectical Aufhebung in the double sense of destruction and preservation*" (Teubner, 2008, pág. 842) ².

En efecto, líneas jurisprudenciales, reformas y procesos de reforma legislativa, tendencias en Francia y Alemania a propósito de la intervención problemática de terceros frente a un incumplimiento contractual culposo, muestran que una idea indemnizatoria común entre responsabilidad civil contractual y delictual es soporte para actualizar la pseudomorfosis efectuada, gracias a la actividad del juez, al interior del principio de la relatividad contractual, actividad judicial que se codifica de forma diversa a los dos lados del Rin.

Problema de investigación

Desde esta perspectiva fundamental, planteamos la pregunta de investigación X de nuestro análisis en el contexto del derecho europeo latino continental: ¿De qué manera, la inminente

¹ En Francia, a diferencia de EEUU, el debate sobre el carácter ejemplar de las sanciones civiles quedó suspendido en la Proposición de Ley del Senado de reforma a la responsabilidad 2020 (Proposition de loi 678, 2020), a pesar de que en la Proposición de reforma a las acciones de grupo de 2020 se consagra tal sanción en su art. 2279-4: "cuando el autor del daño ha deliberadamente cometido una falta con el propósito de obtener una ganancia económica, el juez puede condenarlo, por demanda de la víctima o del ministerio público y por decisión especialmente motivada, al pago de una sanción civil" (Dubois, 2021, pág. 140).

² Sobre el mismo punto ver (Teubner, 2003b)



reforma legal francesa a la responsabilidad civil en su art 1234-2, lo consagrado en la reforma alemana de 2002 BGB § 311-3, la jurisprudencia y la doctrina que las anteceden o se derivan de ellas, se constituyen como vías para permitir a un tercero invocar reparación por el incumplimiento de un contrato, con fundamento en la responsabilidad *contractual*, dado que tal incumplimiento le ha causado perjuicio?

Metodología

En la presente investigación, los objetivos general y específicos que se derivaron de la pregunta de investigación, determinaron un análisis según un itinerario metodológico que nos permitió revisar fuentes jurídicas sobre específicos y especializados temas de derecho francés y alemán; revisión que luego se consolidó en el diseño de un dispositivo teórico de análisis, que en perspectiva y metodología comparada, puso en marcha hermenéuticas a nivel pre y legislativo, jurisprudencial y doctrinal, con el propósito de analizar las tendencias que caracterizan las transformaciones del campo jurídico francés y alemán en relación con la responsabilidad de las partes frente a terceros. Dicha labor supuso siempre un seguimiento constante dada la inestabilidad y actualidad del tema; se impusieron de esta forma importantes esfuerzos para acceder a fuentes doctrinales lejanas no disponibles en internet.

Esquema de resolución del problema jurídico

Ahora bien, el tratamiento de la pregunta de investigación es complejo a la luz de lo impuesto por el principio de la relatividad de los contratos, dogma consignado en el adagio latino *Res inter alios acta, aliis neque nocere, neque prodesse potest* (Le Tourneau, 2014c, pág. 490 § 970; Le Tourneau, 2015, pág. 181 § 34.22) cuya traducción literal podría ser: lo acordado entre unos, a otro ni nocivo, ni serle útil puede. Dicho principio se expresa como idea fuerza de la filosofía liberal codificadora en materia contractual del siglo XIX, XX y XXI, según la cual, las partes en un contrato se obligan voluntariamente únicamente entre ellas, a la exclusión de terceros.

En efecto, el espíritu de la cláusula latina aparece en múltiples sistemas codificados: en el artículo 1257 del Código civil español de 1889; en el artículo 1165 del Código civil belga de 1804 remplazado por el artículo 5.103 del Código de 2019; en el artículo 1372 del Código civil italiano de 1942 el cual remplazó al del año 1865; en el artículo 1021 del Código civil y Comercial argentino del 2015, el cual remplazó el artículo 1195 del Código de 1869; e incluso de forma menos explícita en el artículo 1545 del Código civil chileno de 1855, tal como aparece en el artículo 1602 del Código civil colombiano de 1887. En Brasil, aparecía al interpretar a *contrario sensu* el antiguo artículo 928 del Código civil de 1916 (Mazzei, 2008, pág. 143), artículo sometido a un "*abrandamiento do princípio*" (Gonçalves, 2020, punto 6.4) a la luz de la función social del contrato, consagrada en el artículo 421 del nuevo ordenamiento civil de 2002.

En el *Code Civil* francés de 1804 el principio de la relatividad en los contratos aparece de forma expresa en el artículo 1199, cuya interpretación ha producido múltiples debates (Pellé, 2016, pág. 144); artículo número 1165 antes de la reforma al derecho de los contratos y de las obligaciones de 2016 (Ordonnance 2016-131, 2016). "Artículo. 1199. C. Civil. El contrato no crea obligaciones



sino entre las partes. Los terceros no pueden demandar la ejecución del contrato ni verse constreñidos de ejecutarlo [...] [Trad. propia]" (Code Civil, 2016, art. 1199). En Alemania, el dogma de la relatividad contractual aparece en el art. § 334 del Código civil alemán (BGB) de 2002, ubicado ya en aquel de 1900 en el mismo numeral "§ 334 BGB Objeciones del deudor contra terceros. Objeciones derivadas del contrato son un derecho del promitente también contra terceros [Trad. propia]" (Bürgerliches Gesetzbuch BGB, 2002).

En este contexto normativo, describiremos a continuación las transformaciones legales motivadas por la actividad del juez, que en el ámbito jurídico europeo explican las variaciones en la interpretación del principio de la relatividad contractual, en particular, analizaremos la formulación de la responsabilidad contractual frente a terceros consagrada en el art. 1234-2 del Proyecto francés de Reforma a la Responsabilidad Civil de 2020 (Parte 1)³ y, luego analizaremos el fenómeno de codificación de la jurisprudencia alemana del siglo XX, y su posterior consagración legal en el artículo 311-3 del BGB alemán de 2002 (Parte 3), el análisis de estos dos desarrollos normativos en favor de terceros y de su mutua relación supondrá revisar las mutaciones, que en la tradición jurídica latino-continental expresan un proceso de redefinición de la relación entre responsabilidad delictual y contractual, redefinición que supone la co-presencia de elementos indemnizatorios comunes (Parte 2).

Plan de redacción

1. Derogación francesa al principio de relatividad en la Proposición de Reforma a la Responsabilidad Civil de 2020. 1.1. El caso *Boot Shop* 2006. 1.2. Propuesta del Grupo de trabajo de *Cour d'Appel de Paris* 2019 y la influencia alemana. 2. Responsabilidad civil delictual o contractual. Génesis discutida. 2.1. El Digesto: inédita lógica ampliada de indemnización al daño causado por incumplimiento contractual culposo. 2.2. La responsabilidad civil en la codificación moderna. 3. Derogación alemana al principio de relatividad: Jurisprudencia y codificación de tercer milenio. 3.1. Derogación al principio de relatividad por el juez alemán: caso *Dachbodenfall* 1995. 3.2. Derogaciones al principio de la relatividad contractual y *Kodifizierung* en el BGB alemán de 2002.

1. Derogación francesa al principio de relatividad en la Proposición de Reforma a la Responsabilidad Civil de 2020

El principio de la relatividad de los contratos se expresa recientemente de forma diversa en el artículo 1234 de la nueva Proposición de ley del Senado Francés de 2020; propuesta que es el desarrollo inmediato de las 23 proposiciones de la Comisión de leyes de la Senado (23 Propositions, 2020).

Artículo 1234. Cuando la inejecución [*inexécution*] del contrato causa un perjuicio a un tercero, este no puede demandar reparación de sus consecuencias al deudor sino con fundamento en la responsabilidad extra-contractual, reposa sobre aquel [el tercero] la carga de la prueba de uno de los hechos generadores

³ Los autores de la Proposición senatorial (Proposition de loi 678, 2020) fijaron la entrada en vigor de la nueva ley para el primero de enero de 2022. Sin embargo, el calendario legislativo pospone esta ambición (Cerqueira & Monteillet, 2021, pág. 1)



enunciados en la sección II del capítulo II del presente subtítulo [Trad. propia] (Proposition de loi 678, 2020, pág. 17).

Este primer inciso no indica nada novedoso. En efecto, este enunciado es idéntico a aquel que figuraba ya en el *Projet de Réforme de la Responsabilité Civile* presentado por el Señor Ministro de Justicia el 13 de marzo de 2017 (*Projet de Réforme de la Responsabilité Civile*, 2017), proyecto que "consolidaba la tradición del *Code civil* de 1804 [...] conforme a la tradición jurídica francesa" y mantenía "la continuidad del modelo clásico" y su "espíritu tradicional", perspectiva histórica bien establecida en la literatura del Profesor O. Descamps (Choisel, 2021, pág. 22). Este proyecto de 2017 servirá de base a las discusiones interministeriales en vía de la Proposición de ley en 2020.

De este proyecto 2017 existió una versión preliminar hecha pública y conocida como ante proyecto del 29 de abril de 2016, el cual se inspiraba de dos borradores de anteproyecto: el anteproyecto Catala y el anteproyecto Terré. En el primero, la Profesora Geneviève Viney conservaba las tres cláusulas clásicas de la responsabilidad extracontractual, y confirmaba, subrayémoslo, la unidad de responsabilidades contractual y delictual, tal como quedará finalmente en la Proposición de 2020. En el segundo, el Profesor Philippe Rémy, distinguía dos responsabilidades, anclando el daño corporal en la responsabilidad extracontractual, y optaba por una lista de "principales delitos especiales" (Stoffel-Munk, 2021, pág. 14).

No podemos olvidar además que, en aquel anteproyecto de 2016, oportuna y simultáneamente se sustentaba la prevalencia del principio de la relatividad de los contratos, y se incluían las excepciones a este principio, en particular y de importancia mayor las acciones contractuales directas. En efecto, en el anteproyecto de 2016 se tomaba la precaución de consagrar la excepción tradicional a este principio, derogación constituida por las acciones directas en responsabilidad contractual. Sin embargo, la solución ha sido juzgada demasiado restrictiva (*Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris*, 2019, pág. 20) pues, el artículo 1341-3 del código civil francés enuncia: "*En los casos determinados por la ley*, el acreedor puede actuar directamente para el pago de su deuda contra un deudor de su deudor", con este enunciado el artículo apuntaría solamente a los casos determinados por Código civil, art. 1753 C.C. *-la sous-location* [sub arrendamiento]-, art. 1994 C.C. *-le sous-mandat* [sub mandato], "*C. civ., art. 1341-3, [...] 1798, [...]; C. assur.* [Código de seguros] *art. L. 124-3. L. n° 75-1334 du 31 déc. 1975 relative à la sous-traitance*, [Ley relativa a la sub-contratación] *art. 6, al. 1^{er} -C. com.*" (*Action directe & Dalloz.fr*, 2022).

Ahora bien, el artículo 1234 en la versión 2020 de la Proposición de Reforma a la responsabilidad civil, consagra en un segundo inciso, la posibilidad de la intervención condicionada de un tercero por la vía contractual, en caso en que el incumplimiento de un contrato, en el cual éste no participó, le hubiese generado perjuicio y que el tercero no dispusiese de otra acción para reparar el perjuicio, de no ser aplicables las acciones contractuales directas u otras de similar naturaleza para la protección de sus intereses.

Es de resaltar que el segundo inciso del art 1234 en su versión 2020 difiere de lo ya formulado en 2017, veamos:



Artículo 1234, inciso 2. [...] No obstante, el tercero con un interés legítimo en la debida ejecución del contrato y *no disponiendo de ninguna acción de reparación* por el perjuicio sufrido como consecuencia de su mala ejecución, puede igualmente invocar, con fundamento en la responsabilidad contractual, un incumplimiento contractual desde el momento en que éste le ha causado perjuicio. Las condiciones y los límites de la responsabilidad que se aplican en las relaciones entre los contratantes le son oponibles [Cursivas y trad. propias] (Proposition de loi 678, 2020, pág. 18).

En la versión de 2017 figuraba:

Artículo 1234. inciso 2. [...] No obstante, el tercero con un interés legítimo en la debida ejecución del contrato puede *igualmente* invocar, con fundamento en la responsabilidad contractual, un incumplimiento desde el momento en que éste le ha causado perjuicio. Las condiciones y los límites de la responsabilidad que se aplican en las relaciones entre los contratantes le son oponibles. Toda cláusula que limita la responsabilidad contractual de un contratante frente a terceros se reputa no escrita [Trad. propia] (Projet de Reforme de la Responsabilité Civile, 2017, pág. 2).

La evolución entre las dos redacciones, con relación al carácter subsidiario de la cláusula del inciso 2, versión Senado 2020 (Proposition de loi 678, 2020, pág. 6, 18): "*no disponiendo de ninguna acción de reparación*", fue establecida con el propósito de circunscribir la apertura generada por el proyecto en 2017⁴, restricción que coincide con la propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* en 2019, propuesta de inspiración alemana (Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris 2019, pág. 21), como lo analizaremos más adelante, y que "toma en cuenta las especificidades del perjuicio económico" (Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris 2019, pág. 67).

Anotemos igualmente desde esta perspectiva de derecho comparado que el principio de la relatividad de los contratos, según este inciso segundo, versión 2020, debe ser sometido al test de los *intereses* legítimos del tercero afectado, pues es mayor el rol que juegan dichos intereses según el sistema jurídico estudiado. En el contexto europeo son tres las formas típicas de estructurar la responsabilidad civil, y la perspectiva que privilegia la protección de los intereses es la alemana "La inglesa, hecha de delitos especiales, la alemana, especificando las reglas en función de los *intereses* protegidos por la ley; la francesa, hecha de cláusulas generales, de principios y de reglas económicas en precisión" (Stoffel-Munk, 2021, pág. 8).

Para el Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel de Paris* "la regla propuesta en el art. 1234, inciso 2, [versión 2017] atenta[ba] contra el principio de la relatividad de las convenciones" (Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris, 2019, pág. 21). Este polémico inciso 2 [versión 2017] era la recepción normativa del caso *Boot Shop*, decidido en sala plena por la *Cour de Cassation* en 2006, caso en el cual se estableció la posibilidad de la intervención de terceros afectados por un incumplimiento contractual culposo. Según el reporte del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París la polémica generada sobre "La cuestión de la responsabilidad de los contratantes frente a intereses de terceros "envenena" el derecho francés desde hace más de 10 años" (Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris, 2019, pág. 20).

⁴ "Esta regla excepcional no debe ser leída como ofreciendo una opción al tercero porque la acción de responsabilidad contractual no le será posible sino a título subsidiario [...] contrariamente a la solución propuesta en el proyecto de 2017" (Monteillet, 2021, pág. 53).



Abordemos en detalle el caso *Boot Shop* (Sub-parte 1.1), para luego comentar la nueva redacción plasmada en el artículo 1234 inciso 2 de la Proposición de ley 678 del *Sénat* de 2020⁵, contrastado con la redacción del *Projet de Réforme* de 2017, todo a la luz de elementos de derecho alemán introducidos a la discusión en la propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París de 2019 (Sub-parte 1.2).

1.1. El caso *Boot Shop* 2006

La sociedad *Myr'ho*, arrendataria desde octubre de 1974 de un establecimiento comercial para la fabricación de zapatos, otorga el establecimiento en 1987 a la sociedad *Boot Shop* en la modalidad de arriendo-gerencia *-location-gérance*. Los esposos XXX, arrendadores iniciales, no fueron notificados, figura que es autorizada por la ley comercial francesa según el artículo L. 144-I ss. del *Code de Commerce*, tal como lo confirmaba el reporte del Profesor Assié ante la *Cour de Cassation* (Caso 05-13.255, 2006).

Las sociedades *Boot Shop* y *Myr'ho* demandan en 2003 a los esposos XXX con el propósito de recibir una indemnización provisional *-indemnité provisionnelle-* por daños causados, pues los arrendadores serían responsables del mal estado de los locales, los esposos XXX habrían permitido indebidamente la estadía prolongada de jóvenes *squaters*, quienes habrían causado degradación a diversas instalaciones y, en consecuencia, la inadecuada posibilidad de explotación comercial. El Juez declaró inadmisibile la demanda de la sociedad *Boot Shop*, dado que ésta no estaba legitimada para actuar contra los propietarios a causa de la ausencia de relación contractual directa. De otro lado, el mismo Juez exoneró por fuerza mayor de toda responsabilidad a los arrendadores frente al hipotético actuar de los jóvenes *squaters*, en contra de las pretensiones de la sociedad *Myr'ho*.

En 2004 se presenta nueva demanda por las dos sociedades, en esta ocasión ante un Juez singular de decisión en urgencia *-Juge des référés*. El juez decide en favor de las pretensiones de las dos sociedades y ordena a los arrendadores realizar las mejoras solicitadas y pagar una indemnización de 10.000 euros por perjuicios causados. La decisión fue apelada, la *Cour d'Appel* de París confirmó lo establecido por el *Juge des référés* y aumentó la indemnización a 25.000 euros.

La decisión fue atacada en casación, pues el juez habría indebidamente admitido la demanda de la sociedad *Boot Shop*, terceros en la relación contractual. Según los cargos de los recurrentes, la *Cour d'Appel* habría decidido sin base jurídica al admitir por daño la demanda de la sociedad *Boot Shop*. En efecto, si bien el hecho probado de una inejecución contractual de los arrendadores vis-à-vis la sociedad *Myr'ho* existía, no se caracterizó el hecho generador de responsabilidad delictual

⁵ Sorprende que, a pesar de las tensiones y diferencias sobre este punto, tanto doctrinales como en jurisprudencia, la Proposición de ley 678 de 2020 (Proposition de loi 678, 2020) consagra el mecanismo del 1234-2. En el área del derecho de los negocios encontramos diversas opiniones "la fórmula permite proteger efectivamente las víctimas de daños corporales. Sin embargo, en los contenciosos de los negocios, para los daños puramente económicos, la fórmula no permite saber cómo circunscribir el círculo de terceros protegidos (Berg, 2021, pág. 191). El autor afirma la conveniencia de acudir a la "inspiración" (pág. 193) del derecho alemán para afinar la fórmula en el proyecto, se sugiere tomar en cuenta la propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París de 2019, el cual retoma esta perspectiva, en particular sobre el tema del trasplante jurídico de los términos para identificar cuándo conceder el estatuto jurídico a la expectativa legítima del tercero y cuándo no.



de los arrendadores frente a terceros, en este caso frente la sociedad *Boot Shop*, de acuerdo a la cláusula general de responsabilidad del artículo 1240 del Código civil francés (artículo 1382 antes de la reforma de 2016), condición hasta ese momento consolidada en doctrina tal como lo subrayó ante la Cour de Cassation el abogado general, el Profesor Gariazzo (Caso 05-13.255, 2006) ⁶.

Sin embargo, la *Cour de Cassation*, en sala plena del 6 de octubre de 2006, invalidando los cargos de los recurrentes, dispuso finalmente que: "El tercero en un contrato puede invocar, con fundamento en la responsabilidad delictual, un incumplimiento contractual desde el momento en que este incumplimiento le ha causado un perjuicio" [Trad. propia] (Caso 05-13.255, 2006).

El caso *Boot Shop* ha sido sujeto de intensa discusión y, a pesar de ello, en sucesivas decisiones la *Cour de Cassation* se ha orientado por lo decidido en él, en particular en el área del derecho societario (Seube, 2018, pág. 13); incluso la doctrina en derecho administrativo ha reconocido la importancia y carácter heurístico de la decisión (Bousquet, 2021, pág. 222, 223). Recientemente, en 2020, la *Cour de Cassation* en sala plena confirmó dicha posición en el caso *Sucrierie de Bois rouge* (Caso 17-19.963, 2020), sentencia que fue acompañada de un riguroso estudio que sintetiza doctrina y jurisprudencia, estudio que apuntala la decisión.

Posiciones de importantes juristas franceses son allí sintetizadas, las reflexiones de la Prof. Viney -invocando la necesidad de una redefinición que reduzca la generalidad de la sub-regla creada-, del Prof. Jourdain -en contra de tal apertura-, y del Prof. Billiau -escéptico por la complejidad generada, se suman a un recuento minucioso del histórico de las líneas jurisprudenciales derivadas de la discusión, incluso en el campo del derecho público o al nivel europeo (Monge, 2021, pág. 12 ss.); precioso documento que en su parte final analiza la génesis de los ante-proyectos de reforma, los llamados ante-proyectos Catala 2005, François Terré 2011 -antes citados, e incluso otros menos conocidos, como el ante-proyecto Bétaille 2010.

Las críticas a tal evolución son bien conocidas en la doctrina francesa, las cuales centran sus argumentos en la necesidad de la estabilidad del principio de relatividad contractual (Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris, 2019, pág. 20; Le Tourneau, 2014c, pág. 494 § 974; Le Tourneau, 2014a, 265; Le Tourneau, 2015, pág. 182, nt. n° 6.).

Ahora bien, la relación entre lo decidido en el caso *Boot Shop* y lo establecido en el art. 1234 inciso 2 de la Proposición senatorial 678 de 2020 es evidente, pues parten de la misma teleología, pero expresan dos dimensiones normativas diferentes. En efecto, la proposición del artículo, en el estado actual, restringe la fórmula de solución propuesta en la "pequeña vía abierta" (Zambrano, 2021, pág. 196) en el caso *Boot Shop*; restricción legislativa que se da a pesar de la confirmación reciente en sala plena de la línea jurisprudencial en el caso *Sucrierie de Bois rouge* 2020 -citado anteriormente. El legislador ahora exige "probar el interés legítimo" y "que no se disponga de ninguna otra acción para la reparación del perjuicio por la mala ejecución del contrato" (Zambrano, 2021, pág. 196), ideas plasmadas en la propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* 2019 como alternativa a la versión 2017 (Sub-parte 1.2).

⁶ Sobre este punto ver igualmente (Haftel, 2016, pág. 111)



1.2. Propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel de Paris* 2019 y la influencia alemana

En 2019 el Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel*⁷, enfrentaba dos perspectivas al momento de analizar la propuesta de art. 1234-2 versión 2017, perspectivas que en el contexto legal francés expresaban la idea de continencia de opuestos en la unidad, lo estático y lo dinámico; principio de relatividad contractual y oponibilidad de intereses de terceros afectados por inejecución culposa del contrato. De un lado, el retorno a la alternativa tradicional del ante-proyecto de 2016, y del otro, la oponibilidad establecida en el artículo 1234 inciso 2 del *Projet de réforme de la responsabilité civile* de 2017.

En este estado, el Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel de Paris* propone fórmulas alternativas al inciso 2 del artículo 1234 del *Projet de réforme* de 2017, pues la evolución del contexto legal mostraría que la opción del retorno a la redacción de 2016 no gozaba de actualidad. Una de las alternativas al inciso 2 llamó nuestra atención pues buscaba circunscribir, acudiendo al derecho alemán, lo establecido en el *Projet* de 2017.

En 2019 el Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París propone una modificación del artículo 1234 inciso 2 del *Projet* 2017, de la siguiente manera:

Artículo 1234 inciso 2. No obstante, un tercero también puede actuar contra el deudor con fundamento en las reglas de la responsabilidad contractual, sometiéndose dado el caso a las estipulaciones del contrato, con la condición de que haya habido un nexo particular con la prestación debida por el deudor, que el acreedor haya tenido interés en que el tercero sea protegido por el contrato, que el deudor haya tenido conocimiento de su existencia y que *el tercero no disponga* de ninguna otra acción de reparación por el perjuicio que ha sufrido por el hecho de la mala ejecución del contrato [cursivas propias] (Rapport du groupe de travail *Cour d'Appel de Paris*, 2019, pág. 21).

Esta redacción traduce en Francia el trasplante de un mecanismo de origen alemán, diálogo inveterado entre los dos sistemas (Witz, 2016, 19-45), que hoy sugiere la incorporación de desarrollos germanos en materia de responsabilidad frente a terceros afectados por incumplimiento contractual (Fauvarque-Cosson & Mazeaud, 2008, 489; Wijffels, 2017. min. 23:40 en particular min. 28:55 y 34:20). Se trata, en la propuesta del Grupo de trabajo la *Cour d'Appel* de París del artículo 1234 inciso 2, de un "mecanismo análogo al *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte* o "*Drittenschutzvertrag*", *contrat avec effet protecteur pour les tiers*" (Rapport du groupe de travail *Cour d'Appel de Paris*, 2019, pág. 21) o contrato con efecto protector para terceros. Este mecanismo permite a terceros la invocación condicionada de reglas de la responsabilidad contractual contra el deudor en ausencia de acción que permita reparar el daño. El dispositivo está presente en la historia jurisprudencial alemana y fue plasmado en la reforma del BGB alemán del 2002, consagrado en el artículo § 311-3.

⁷ Grupo de trabajo creado en el seno de la *Cour d'Appel* de París, presidido por Madame Muriel Chagny, instalado por Madame Chantal Arens, en la época Presidenta de la *Cour d'Appel* y luego, y hasta hace muy poco, hasta junio 2022, Presidenta de la *Cour de Cassation*, segunda presidenta mujer en la historia del máximo tribunal (Stoffel-Munk, 2021, pág. 16)



Es necesario en este punto la referencia al componente de *subsidiariedad* en la propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* del art. 1234-2, marcado en cursiva en nuestra citación, el cual quedará consignado en la versión final de Proposición de ley del *Sénat* 2020 (Proposition de loi 678, 2020, pág. 6, 18); dicho componente pretende otorgar a un tercero afectado por el incumplimiento de un contrato, una acción fundada en dicho incumplimiento contractual *en caso de ausencia* de una acción que permita reparar el perjuicio, modalidad de intervención otorgada que evoca la porosidad entre responsabilidad contractual y delictual. Acción que deberá, por su naturaleza, suplir la ausencia de otra, incluso la ausencia de las tradicionales acciones contractuales directas definidas por la ley francesa.

Describamos ahora las mutaciones, que, en la tradición latino-continental del derecho civil, expresan un proceso de redefinición de la relación entre responsabilidad delictual y contractual, redefinición que supone la co-presencia de elementos indemnizatorios comunes en ellas (Parte 2); y luego, al final, describir las características generales de la mutación legal alemana (Parte 3).

2. Responsabilidad civil delictual o contractual. Génesis discutida

El análisis de la fuerza con la que irrumpe la intervención del tercero afectado en caso de incumplimiento del contrato supone perspectivas derivadas de las diversas tradiciones jurídicas (Gadamer, 1999, pág. 281); dichas particularidades se consignan en dogmas que condensan aquello de lo cual fueron hechas y aquello a lo cual tienden, dogmas que en Occidente son testigos de crisis que evidencian variaciones globales (Frye, 1974, págs. 6, 7; Jouannet, 2007, pág. 29). La porosidad actual en la división entre delictual y contractual es fundamento de la responsabilidad civil, porosidad que supone transformaciones que determinan la interpretación y aplicación de nociones indemnizatorias comunes. El cómo se manifiesta la relación dialéctica delictual / contractual en *Common Law* y en derecho Latino continental nos permite introducir la historia y desarrollo modernos de tales conceptos.

En materia de responsabilidad delictual, *Common Law* inglesa y tradición latino continental presentan diversos, complejos y comparables procesos de mutación; en este diálogo, el término inglés *Tort* es traducido usualmente como responsabilidad delictual o extra-contractual, traducción que presenta algunos impasses, pues la clasificación romana de delitos y cuasidelitos, propia de la responsabilidad delictual, no se ajusta a la lógica de la *Common Law* inglesa, allí el término *Tort* denota una gran pluralidad de separadas tipologías establecidas a través de una evolución histórica, evolución que excluye las clasificaciones conceptuales latinas. No obstante, la proximidad entre *Common Law* y derecho latino-continental en materia delictual ocurre de forma fragmentada con el derecho escocés, dado que una particular e interesante evolución posibilitó que acciones romanas diseñadas como cláusula general de responsabilidad por culpa, herederas directas de la *actio legis Aquiliae* y de la *actio iniuriarum*, fuesen integradas en este sistema jurídico (Descamps, 2015, pág. 44; Orrego, 2017, pág. 253).

Desde la perspectiva contractual, la fórmula inglesa *breach of contract* se traduce en el contexto francés como *inexécution* contractual, de la cual se deriva en Francia la responsabilidad civil, pues la relación entre inexecución y responsabilidad es común en el continente. Sin embargo, esta perspectiva de traducción resultaría inadecuada, pues en *Common Law* la inexecución contractual



no se asocia de forma directa con la responsabilidad civil (Descheemaeker, 2013, 55). En efecto, aunque en *Common Law* inglesa el contrato esté formado por un acuerdo entre las partes motivado por una *Consideration*, noción que se asemeja al concepto de causa del derecho civil (Jussiaume, 2014), el incumplimiento del contrato está casi exclusivamente sancionado por la indemnización de daños y perjuicios y no por la *specific performance* del contrato, a diferencia de lo que sucede en derecho latino continental (Severin, 2016, pág. 8).

Lo dicho antes nos permite aproximarnos a la reflexión sobre la responsabilidad civil en casos de inexecución contractual en Francia, la idea de la independencia entre inexecución contractual y responsabilidad civil se expresa en la obra el Profesor Le Tourneau. Contrariando lo usualmente admitido en su país, el autor sostiene que el uso corriente de la expresión "responsabilidad contractual" es la errónea referencia a un mito doctrinal surgido en el siglo XIX; según el Profesor, de la noción de contrato no se derivaría naturalmente aquella de responsabilidad civil por su incumplimiento. "Responsabilidad contractual" sería una noción cuyas raíces se hallarían en los hábitos del lenguaje y no en el *Code civil* y, sólo un proceso muy reciente de mutación histórica explicaría el cómo la noción de responsabilidad civil se iría asociando al fenómeno del incumplimiento contractual culposo.

La introducción de la obligación de seguridad en los contratos ancló definitivamente la "responsabilidad contractual" en su función de reparación, desde donde empezó a competir con la responsabilidad extracontractual. Por otra parte, la distinción de obligaciones de medio y de resultado organizó la coexistencia de dos regímenes de "responsabilidad contractual", el uno basado en la culpa probada, el otro más "objetivo", lo que acentuó la tentación de efectuar una comparación con los dos regímenes típicos de la responsabilidad extracontractual (Le Tourneau, 2014c, págs. 422 § 805-2, 426, 427 § 809-810) ⁸.

Esta posición será abandonada en la Proposición de ley 678 del Senado en 2020 y, a pesar de que el Profesor Tourneau integró la comisión redactora del ante proyecto Catala, junto con la profesora Viney, una tendencia unificadora sustenta la Proposición de Ley 678 (Porchy-Simon, 2021, pág. 75), lo que no es óbice para que la discusión doctrinal sobre este punto haya continuado (Monteillet, 2021, pág. 45, nts. 8, 9).

Ahora bien, la discusión sobre la independencia entre responsabilidad civil e incumplimiento contractual culposo es abordada de manera diferente por los Profesores Bellis (2018) y Descamps (2015, pág. 39), perspectiva que contribuye a la tendencia unificadora entre delictual y contractual; para ellos el carácter de la función de reparación atribuida a la indemnización por incumplimiento contractual, análoga a la función delictual, se puede constatar en periodos anteriores al siglo XIX. Desde una perspectiva genealógica, los Profesores Bellis y Descamps proponen que el desarrollo del concepto de responsabilidad contractual remonta al Derecho romano (Sub-parte 2.1), antecedente que determina su desarrollo posterior en la época moderna (Sub-parte 2.2). Los autores develan una antigua función de reparación común entre responsabilidad delictual y contractual de la cual se deriva una lógica común indemnizatoria. Esta descripción en nuestro análisis sustenta la hipótesis flexibilización contemporánea del principio de la relatividad en los contratos,

⁸ Sobre el mismo punto ver (Le Tourneau, 2014b, pág. 687; Remy, 1997, Gardner & Moore, 2007, Jobin, 2009)



flexibilización que expresa en contextos específicos la salvaguarda de la confianza e intereses de terceros exteriores al contrato.

2.1. El Digesto: inédita lógica ampliada de indemnización al daño causado por incumplimiento contractual culposo

En la tradición francesa la expresión substantivada *responsabilité* -responsabilidad- no aparece sino hasta el siglo XVIII, *Dictionnaire de l'Académie Française* de 1798. Dicha expresión proviene del adjetivo *responsable*, presente ya en el siglo XIII, término derivado a su vez de la expresión latina *spondere* -comprometerse a-, cuya matriz es el verbo *respondere* -responder-. A su vez, el término *respondere* remite a la noción romana de *sponsio*, noción presente en el marco de la *stipulatio*, forma jurídica que se define como: "contrato verbal, que reposa sobre la congruencia de palabras, constituye una promesa solemne" (Descamps, 2015, pág. 40; Bellis, 2018, págs. 301 ss.), promesa que en su ritualidad operaba de la siguiente manera:

In the case of stipulation, the contract was formed by question and answer: "Do you promise?" "I do so promise." The parties had to be face to face, and formalities had to be followed precisely. Only one verb could be used, "Spondesne ...?", "Spondeo." No other verb produced a legal effect. It is not difficult to see at work here a belief in the magic of a word (Monateri, 1999, págs. 42, 44).

Spondeo es la expresión clave que revela en Derecho romano un juego de influencias sui géneris proveniente del área peri-mediterránea, entre otras, de Egipto o de la secular Grecia, influencia ésta última que contrasta con el carácter mágico predominante en Roma. La influencia helénica fue notable en particular en la definición de formas contractuales en favor de terceros "...can be observed in the development of principles of contracts in favor of third parties" (Monateri, 1999, pág. 48).

Esta perspectiva de análisis sobre el juego de influencias en Derecho romano y que rebasa el unidimensional paradigma de la *Pandektistik* alemana, es importante, pues confirma cómo el contenido mágico de la *spondeo* romana no supuso una abstracción general del contrato, ligada a la responsabilidad. En efecto, la consolidación de la *stipulatio* se logró a través de tipos individuales de contratos, los cuales, a pesar de sus defectos, dado que no proveían evidencia de los términos del contrato, se integraron en dos libros del Digesto y sólo a la postre fundamentarían una teoría general.

Ahora bien, la emergencia posterior en materia contractual de una relación general entre: inejecución, culpa y daño, ligada a la *stipulatio* y al uso del verbo *spondere*, relación general de la que se traduce desde entonces una tendencia genética indemnizatoria, es un hallazgo del Profesor Bellis. Para tal demostración, se hizo necesario que el Profesor del *Trinity College* de Dublín ilustrase una mutación en el lenguaje del Derecho romano plasmada en el Digesto. En este punto, se rastreó cómo los verbos de contenido procesal *praestare* -cumplir una prestación- y *teneri* -estar obligado-, sustituyeron los verbos *spondere* -comprometerse a- algo y *respondere* -responder- por algo (Bellis, 2018, pág. 302 ss.; Descamps, 2015, pág. 40). Dicha transición marca una relación evolutiva entre: la inejecución del contrato, la culpa del deudor -culpa omnipresente en el Derecho romano de contratos- y el daño generado al acreedor.



En este contexto, no podemos olvidar que con Constantino en el S. IV el imperio romano adopta al cristianismo como religión de estado. El principio de *neminem laedere* -no causar daño a otro- habita las sagradas escrituras, *id. est.* Tobias, 4.15; Mateo, 7.12; Lucas, 6.31; se desarrollaron en forma jurídica las nociones cristianas de la individualización de la responsabilidad y de la pena; se operó de la misma forma la inversión del determinismo griego al aparecer en primera línea la libertad interior, cuyo motor, la voluntad, emerge como elemento mayor de la noción de *libre albedrío*, sustento de juicio y de castigo (Daillant, & Moron-Puech, 2017, pág. 2; Descamps, 2015, pág. 43, 44; Nietzsche, 1889).

La mutación en la relación entre inejecución, culpa y daño, dio como resultado una diferente forma de calcular la suma que el deudor contractual debía pagar, esto es: de forma diacrónica se fue estableciendo la diferencia entre, de un lado, el valor de lo adeudado al momento de la acción en justicia o *litiscontestatio*, valor en tiempo presente que se expresa en la fórmula *quanti ea res est*; y del otro, una valoración que evolucionaría y comenzaría a ser considerada en un momento posterior con ocasión del juicio, valor denominado futuro o *quanti ea res erit*. Este nuevo método de tasación supondría la incorporación de una lógica indemnizatoria, lógica que aparecerá condensada en la fórmula *quanti actori interest*, fórmula que se centra en el daño sufrido por el acreedor y que implica a su vez la doble noción indemnizatoria por incumplimiento del contrato, a saber: *damnum emergens* y *lucrum cessans*, tal como aparece en la doctrina de Paulus en el siglo III: *quantum mihi abest* -cuanto me falta, *quantumque lucrari potui*, -potui de *possum* del verbo poder (Corpus Iuris Civilis, 1803, 46, 8, 13).

De esta manera, en materia contractual, la inejecución acarreó, tanto el mero reconocimiento del perjuicio intrínseco -*circa rem*, como el pago de intereses. Dicha transformación apuntala la tesis de la existencia ampliada de la responsabilidad derivada de la inejecución contractual culposa, evolución que además se acompaña de un desarrollo concomitante: la consolidación de un derecho de opción otorgado al acreedor, opción entre responsabilidad aquiliana o delictual y responsabilidad contractual, pues, inicialmente sometidos en Roma a la restricción del no cúmulo de responsabilidades, se operó en el Digesto una liberación de tal restricción, fenómeno que corroboraría el concurso y coexistencia de ambas (Bellis, 2018, págs. 302-305). Coexistencia que además se confirma de forma inversa en la fórmula latina *Contrahere obligationem*, expresión que no sólo se refiere a la responsabilidad contractual, sino que incluye la delictual (Wegmann, 2019). En efecto, "los juristas romanos buscaron encuadrar las relaciones escapando a un tipo, tanto contractual como delictual" (Choisel, 2021, pág. 26)⁹. Coexistencia que se expresa en la época moderna (Sub-parte 2.2)

2.2. La responsabilidad civil en la codificación moderna

En Francia, la obra moderna del Profesor Jean Domat (1625-1696) *Loix civiles dans leur ordre naturel* (1689) contribuyó a la estabilización de la noción común de responsabilidad derivada de los daños y perjuicios (Bellis, 2018, pág. 307) o principio general de reparación (Choisel 2021, pág. 30). De esta tendencia será artífice unificador el inspirador del *Code civil* francés (1804), el

⁹ Para una aproximación de esta relación contractual-delictual en el periodo histórico subsiguiente, antes de la época moderna, en la edad media, ver (Choisel, 2021, pág. 26 ss.)



Profesor Robert-Joseph Pothier (1699-1772) quien en la segunda edición de su *Traité des obligations* de 1764 estableció la noción de responsable por inexecución contractual desde una perspectiva ampliada o indemnizatoria, evolución apenas limitada en su obra como efecto de una cierta "moderación dialéctica" (De Cupis, 1975, pág. 253, nt. 22; Zweigert & Kötz, 1998, pág. 136). Esta lógica de indemnización contractual aparece consagrada en la noción de daños y perjuicios en la versión final del *Code* de 1804 (Bellis, 2018, págs. 309, 310) y, junto con aquella delictual, configurarán en el siglo XIX dos teorías de la responsabilidad, que la jurisprudencia incorporará desde comienzos del siglo XX (Choisel, 2021, págs. 32, 34, 35).

Ahora, si bien el término responsabilidad figura de forma expresa en el *Code* tratándose de aquella delictual y no de aquella contractual -corolario de dificultad de desligarse de estereotipos explicativos de la tradición romana-; en la esfera contractual, toda relación con la noción de responsabilidad no queda excluida. En efecto, la discusión sobre los alcances de la relación entre responsabilidad delictual y contractual desencadenó discusiones doctrinarias en el siglo XIX francés y, sólo a finales del mismo, el Profesor Saleilles "formula la tesis conciliadora, unidad de naturaleza, diferencia de regímenes" (Daillant, & Moron-Puech, 2017, pág. 1, 2, 5; Choisel, 2021, pág. 35), en efecto, en el *Code* se estructuran de forma separada las esferas contractual y delictual de la responsabilidad, artículos 1231 ss. y 1240 ss. (arts. 1146 y 1382 ss., antes de la reforma del 2016). Distinción que "en el futuro, está llamada a perder su importancia en favor de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más entre "el derecho general" o "derecho común" y los regímenes especiales de responsabilidad civil" (Viney, 1982, pág. 299, 300; citada en Monteillet, 2021, pág. 48).

La existencia separada del principio de la relatividad contractual, artículo 1199, de un lado, y de la distinción entre la dos esferas de la responsabilidad, artículos 1231 ss. y 1240 ss., del otro, supone: primero, la aplicación del principio de no opción, según el cual, el co-contratante cubierto por el régimen de la responsabilidad por incumplimiento contractual, no podrá acudir al régimen de la responsabilidad delictual, aunque eventualmente le sea más favorable ¹⁰, la influencia del derecho francés en este punto sobre el derecho civil comparado es notable, en particular sobre el quebeciano (Jobin, 2009, pág. 21). Segundo, la estricta vigilancia del principio de la relatividad de los contratos, según el cual, cuando la inexecución del contrato causa un perjuicio a un tercero, éste no puede demandar reparación sino con fundamento en la responsabilidad delictual del deudor sin derecho a acudir a la vía contractual (Le Tourneau, 2014c, págs. 422, § 805-1), la influencia en este punto sobre el derecho civil comparado es mayor, el caso colombiano es uno entre otros (Tamayo, 1999, págs. 28, 34, 45; Tamayo, 2014; Gaviria, 2014).

En el siglo XX, la estabilidad de este principio restrictivo de la relatividad fue la tendencia mayoritaria; sin embargo, legisladores y tribunales se han abstenido de afirmar categóricamente la inconveniencia de una flexibilización de tal principio, inconveniencia que además no está

¹⁰ Sobre este punto la Proposición de ley de 2020 en su artículo 1233 presenta importantes derogaciones "su segundo inciso presenta una derogación para autorizar el co-contratante víctima de un daño corporal a escoger entre responsabilidad contractual y responsabilidad extra-contractual, con el propósito de reforzar el ejercicio de su derecho a obtener reparación", sin embargo "la regla de *non-cumul* [no opción] parece imponerse. Aunque, puede parecer paradójico [...] convencer, al mismo tiempo, sobre la unidad de la responsabilidad civil y presentar la mayoría de reglas como comunes" (Monteillet, 2021, pág. 52).



consagrada legalmente de forma expresa (Fauvarque-Cosson, & Mazeaud, 2008, págs. 440-442). En efecto, la estabilidad de dicho principio no es el elemento común en todos los sistemas de la tradición latino continental. En Italia, el Profesor De Cupis señala desde los años setentas, la manera cómo se impone en el Código civil italiano un singular artículo, resultado de una visión unificadora y orgánica de la responsabilidad. En dicho artículo, el principio de la relatividad de los contratos se condiciona de forma diversa, por inspiración alemana, a través...

[de] la entrada de un tercero en el derecho del acreedor al resarcimiento y su legitimación [...] El art. 1259 C.C. italiano prevé específicamente que el tercero sea sujeto activo de una obligación que tenga por objeto una prestación que concierna a una cosa determinada y que haya llegado a ser imposible, [pues] por estar desprovisto de un propio y originario derecho al resarcimiento, *subentra* en el derecho de su deudor, sujeto activo de la obligación que culpablemente ha sido incumplida (De Cupis, 1975, pág. 605).

Para el autor italiano, de la interpretación del artículo 1259 emergen adaptaciones al principio de la relatividad contractual: si bien es el acreedor quien puede reclamar el daño producido por el incumplimiento; frente a intereses de un tercero, la relación obligatoria autónoma de los co-contratantes no sufre, por la *sub*-entrada del tercero, una derogación, sino simplemente un condicionamiento.

Esta particularidad del derecho italiano convive en armonía con las dos tradicionales y diferenciadas esferas de la responsabilidad civil. En efecto, en el ordenamiento civil de este país, el del año 1865 y en aquel de 1942 se distinguen de forma separada dos esferas, delictual y contractual, estructuradas a su vez en los respectivos artículos 1218 y 2043 del Código civil, formas jurídicas que se interpretan a la luz del mencionado artículo 1259.

Ahora bien, en Francia, el artículo 1234 inciso 2 de la Proposición de ley del *Sénat* de 2020, inspirado en el *Projet de Réforme* de 2017, retoma elementos de derecho alemán introducidos por la propuesta del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París en 2019. En efecto, el Grupo de trabajo evoca en su reporte, al reflexionar sobre la protección a favor de terceros en el contrato, una noción jurídica alemana, el *Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte*; y propone una acción subsidiaria, en favor de un tercero, acción sujeta a la inexistencia de otro medio para la reparación del daño por el incumplimiento culposo de un contrato. Con el propósito de ilustrar estos desarrollos recientes, nos ocuparemos de las transformaciones que en derecho alemán dan cuenta de este régimen protector, transformaciones jurisprudenciales y legales que en el ámbito jurídico alemán explican las variaciones en la formulación de la responsabilidad contractual frente a terceros (Parte 3).

3. Derogación alemana al principio de relatividad: Jurisprudencia y codificación de tercer milenio

El genio pandectista alemán de finales del siglo XIX fue fuente de modalidades jurídicas inéditas, pues se enuclearon allí un conjunto de referentes conceptuales relacionados con el resarcimiento del daño como fundamento de una teoría general de la responsabilidad (De Cupis, 1975, pág. 76). En efecto, la condena a intereses por incumplimiento *-id quod interest*, figura proveniente del Digesto, *D.*, 19, 2 *De l'action de location*, 19, 1, *Ulpian* (Bellis, 2018, pág. 304), apareció como



expresión de una moralización contractual, moralización que a la postre fue consignada como disposición general en el artículo §242 del BGB alemán, en vigor desde 1900, disposición que fue corolario de la importancia que cobra la naturaleza cooperativa del contrato.

This tendency to emphasize the mutuality of social responsibility has led to extremely significant legal developments even in the area of private contractual law. This “moralization” of contractual relations was made possible by the famous “general clause” of §242 BGB, which is still much relied on today (Zweigert & Kötz, 1998, pág. 150).

En este punto, es importante anotar que, en el BGB de 1900, a diferencia de lo ocurrido en la tradición francesa del siglo XIX, el fundamento de la responsabilidad del deudor no era la mera inejecución del contrato; en Alemania ella se fundamentaba igualmente en la violación de una relación obligacional o *Leistungsstörung des Schuldverhältnisses*, dicha violación se estructuró en dos categorías: 1. La imposibilidad de la ejecución de la prestación y 2. El retardo del deudor. El incumplimiento del contrato no constituía de esta manera el punto de partida de la responsabilidad.

Se concibió aquí una abstracción genial, pues el concepto de responsabilidad no se afincaba en la mera noción de contrato sino en una figura jurídica más general, de inspiración pandectista: la violación a una relación obligacional o *Schuldverhältnis*. Junto con la consagración de dicha violación se contemplaron otras específicas al incumplimiento del deudor, las cuales hacían alusión a que la responsabilidad del deudor por inejecución del contrato era aplicable a todas las relaciones de la obligación: "La responsabilidad del deudor, cuales quiera que se sea la fuente de la obligación -contractual o delictual- es pues siempre sometida a las mismas disposiciones" (Ranieri, 2002, págs. 943, 944). En efecto, se trata aquí de una superación dialéctica al régimen dualista alemán cimentado en sus paralelas diferenciadas funciones (Tarman, 2007, pág. 22), régimen dualista que progresivamente es rebasado por la realidad (Canaris, 1999, pág. 221).

Ahora bien, a pesar de la moralización y apertura efectuada, la intervención de terceros en el contrato no era concebible en la perspectiva del BGB de 1900; pues la escuela pandectista alemana se inclinaba por un metódico cálculo conceptual del sistema jurídico contractual, según el cual no era lógico concebir tal intervención. La sentencia *every man for himself and the devil take the hindmost* es fórmula de épocas tempranas del siglo XIX, heredera de la introducción del más puro sistema individualista como patrón de comportamiento social, salvaje jungla puritana burguesa (Hobsbawm, 1996, págs. 200, 245), orientación de importancia mayor en el BGB de 1900; según dicha orientación el dogma de la relatividad contractual era inamovible:

No matter how urgently commerce might demand that a claim should be assignable without the cooperation of the debtor, that a debt should be capable of being taken over by a third party, or that a contract should be enforceable by a third party, if such a legal construction could not be arrived at with the devices present in the legal system, then it was "logically impossible" and the devil might take the hindmost (Zweigert & Kötz, 1998, pág. 140).

Sin embargo, el siglo que sucedió al BGB 1900, sería testigo de una paulatina evolución jurisprudencial operada en favor de la intervención de terceros, se configurarían en este periodo líneas interpretativas que definirían evoluciones legislativas posteriores. Revisemos a continuación uno de esos hitos jurisprudenciales (Sub-parte 3.1), caso que es pilar de uno de los grupos de casos



que la doctrina ha definido en el tema (Canaris, 1999, pág. 206 ss.); y luego revisemos el tratamiento que se da a tal evolución en el BGB de 2002 (Sub-parte 3.2).

3.1. Derogación al principio de relatividad por el juez alemán: caso *Dachbodenfall* 1995

En marzo de 1988 la vendedora de un inmueble contrató los servicios de un experto, un arquitecto, con el propósito de otorgar valor a su bien, contrato denominado *Gutachtenvertrag*. El comprador final, tercero en la relación contractual entre vendedora y experto, a quien se le presenta el avalúo sin que en el mismo se señalase defecto mayor del inmueble, adquiere finalmente el bien el 9 de mayo de 1988. El adquirente tuvo que, en marzo de 1989, instalar un techo enteramente nuevo pues el existente estaba estructuralmente averiado.

En primera instancia, la acción del comprador contra la vendedora fue rechazada. El comprador interpuso recurso de apelación, amplió el espectro de los demandados e incluyó al experto, el cual, en su acta de avalúo, habría omitido los defectos en el techo, pues por razones materiales le fue imposible subirse allí en el momento de la experticia, habiendo debido señalar tal imposibilidad en el acta de avalúo. El recurso fue desestimado en su totalidad por la Corte Superior Regional de Apelación -*Oberlandesgericht*.

En 1994, la Alta Corte Federal -*Bundesgerichtshof BGH*- decidió en contra la sentencia de apelación (Caso BGHZ 127, 378, 1994)¹¹. La Alta Corte al sustentar su decisión abordó elementos y tensiones entre intereses antagónicos en el mercado inmobiliario; de un lado, aquellos de las partes en el contrato de experticia, del otro, aquellos del comprador (Canaris, 1995, pág. 441; Tarman, 2007, págs. 57 ss., 171). En un primer momento, la Alta Corte Federal justificó -*prima facie*- la no aplicación de la noción del contrato con efecto de protección a terceros -*Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*- por la Corte Superior Regional de Apelación, dado que las posiciones de la vendedora y del comprador suponían intereses diametralmente opuestos en el mercado (Caso BGHZ 127, 378, 1994, punto 2a). Lo establecido en este punto por la *Oberlandesgericht* no fue objeto de censura.

Sin embargo, una segunda línea de argumentación se abriría en la decisión de la Alta Corte Federal, esta vez, desde una perspectiva diferente; se estableció que al contratar, el experto adquiere una obligación implícita -*stillschweigend*, obligación de una buena conducta técnica frente a terceros. Frente a dicha obligación, aunque sea ella normalmente de naturaleza dispositiva, la Corte Superior Regional de Apelación debió, según la Alta Corte Federal, tomar en consideración tal obligación implícita y valorarla como fundamento de la naturaleza del tipo de contrato en cuestión (Caso BGHZ 127, 378, 1994, punto 4b)¹². Sostuvo la Alta Corte Federal que dicha obligación es razonable en el caso, si se considera que el experto pudo haber anticipado que la evaluación del bien sería importante en la decisión final del comprador, dada la confianza que normalmente se deposita en este tipo de peritajes técnicos para la materialización de un proyecto económico -

¹¹ Para una descripción de la estructura jurisdiccional alemana ver (Alexy & Dreier, 2016, págs. 17-64)

¹² Para un análisis crítico de esta *Fiktion* ver (Canaris, 1995, págs. 444 ss.; Canaris, 1999, pág. 217)



*wirtschaftliche Project*¹³. Sobre este punto se fundamentó finalmente la decisión de la Alta Corte Federal, a saber, en la importancia que se otorga a la particular confianza -*besonderen Vertrauen* (Canaris, 1995, pág. 445; Ehmann & Sutschet, 2006, pág. 210)¹⁴ y que se deriva para terceros de tal negocio jurídico, fundamentación que se remite por analogía de forma directa a la figura del contrato con efecto de protección a terceros -*Vertrags mit Schutzwirkung für Dritte*.

Adicionalmente, y no de menor importancia, con el propósito de consolidar su posición, la Alta Corte Federal sostuvo argumentos que aluden a la inestabilidad del principio de la relatividad de los contratos, principio plasmado en el artículo §334 del BGB; artículo ya antes citado textualmente, en donde se establecen mecanismos de defensa de las partes contratantes frente a terceros. Sin embargo, para la Alta Corte, el principio plasmado en el §334 BGB encarna una naturaleza que no es inamovible, en particular frente al principio de principios, el de la buena fe -*Treu und Glauben*, principio que es exigible incluso por terceros afectados por una inejecución contractual (Caso BGHZ 127, 378, 1994, punto 4b).

Para un sector de la doctrina alemana esta interpretación del §334 BGB traduce un cierto activismo judicial, activismo constructivista *praeter legem* o incluso *contra legem* (Teubner, 2003a)¹⁵. Sin embargo, la decisión hace parte y contribuye a sustentar una larga serie de decisiones al interior del hermético sistema jurisprudencial federal, cuyas fuentes, en jurisprudencia y doctrina, se originan casi exclusivamente en lengua alemana (Markesinis, 2006), fidelidad que se explica, pues la lengua alemana es el sagrado cemento político de la nación (Julliard, 1999, pág. 18). No obstante, la tendencia es a la apertura y al reconocimiento de la autoridad -*Auctoritas* romana- del estudio comparado por el juez como fuente de derecho en temas de carácter societal; en el área de los derechos fundamentales las predicciones de la Profesora Cárdenas (2009, pág. 175-179) se confirman como *Tendenz*, tal como consta en Haberl (2019, pág. 300 ss.) y en el trabajo del expresidente de Tribunal Constitucional Federal, el Profesor Voßkuhle (2019, pág. 494, 495). Irrupción fundamental que incide en el derecho de los contratos.

Ahora bien, la decisión comentada contribuyó a la constitución de una secuencia de decisiones que sirvió de antesala a la reforma del BGB y que es prueba de la emergencia de la autoridad interpretativa del Juez en el tema.

En repetidas ocasiones, se ha intentado identificar los fundamentos de la responsabilidad del experto frente a terceros en la relación contractual. En Alemania, las Cortes han comenzado con construcciones de un acuerdo silencioso entre mandante y experto según el cual el experto será responsable frente partes exteriores al contrato (Teubner, 2003a, § III. 1).

Variaciones interpretativas reflejadas en una secuencia de ejemplos jurisprudenciales anteriores a la reforma del 2002, entre otros: RGZ, 1992, 52, 365 (Teubner, 2003a); BGH *Wertgutachtenfall* BGH WM 1998, 440 ff. (Honsell, 2005, pág.18; Teubner, 2005). Sin embargo, es de señalar que

¹³ Sobre el tema del proyecto económico, o proyecto social, como referente legal de corrección de la actividad del experto ver (Canaris, 1999, pág. 236; Teubner, 2003a, nts. 49 y 66)

¹⁴ Ver sobre el tema de la confianza la obra clásica en alemán del Prof. Canaris de 1971; las críticas al concepto en Teubner (2005, punto 2.a)

¹⁵ Ver sobre este punto (Honsell, 2005, pág. 17, nt. 63; Bü+ther, 2006, pág. 136 ss.)



en Alemania designar estos casos como "*Precedent (Präjudiz)*" es impreciso, pues "*The notion presupposes some kind of bindingness, but its use in legal discourse does not imply anything definitive about the nature or the strength of that bindingness*" (Alexy & Dreier, 2016, págs. 23, 26, 50, 51), lo que supone que la discusión no se haya cerrado, incluso hasta el día de hoy, a pesar de haberse concretado un proceso de codificación de tal evolución jurisprudencial (Sub-parte 3.2)

3.2. Derogaciones al principio de la relatividad contractual y su *Kodifizierung* en el BGB alemán de 2002

La pseudomorfosis (Munier, 2017, pág. 242; Frye, 1974, pág. 3) operada en la jurisprudencia alemana implicó una apertura interior al interpretar el BGB de 1900, cuyo aspecto exterior permaneció idéntico hasta la reforma del 2002. En efecto, la elaboración jurisprudencial del principio de la relatividad contractual, narrada anteriormente, fue finalmente plasmada de forma expresa en la ley civil alemana, en la reforma al *Bürgerliches Gesetzbuch* BGB, artículo § 311-3, reforma promulgada en 2001 y en vigor desde el primero de enero de 2002. La reforma supuso una vasta revisión e incorporación de evoluciones jurisprudenciales operadas en el siglo XX, algunas de ellas reflejo del carácter renovado de la responsabilidad contractual frente a terceros. Así, en su artículo § 311-3 se establece:

§ 311 (3) BGB. *Ein Schuldverhältnis mit Pflichten nach § 241 Abs. 2 kann auch zu Personen entstehen, die nicht selbst Vertragspartei werden sollen. Ein solches Schuldverhältnis entsteht insbesondere, wenn der Dritte in besonderem Maße Vertrauen für sich in Anspruch nimmt und dadurch die Vertragsverhandlungen oder den Vertragsschluss erheblich beeinflusst* (Bürgerliches Gesetzbuch BGB, 2002).

Una relación obligacional "se puede formar con personas, las cuales no serán parte contratante [...] los deberes de protección tienen efecto a favor de un tercero con la consecuencia que al tercero le pueden corresponder derechos contra el deudor" (Ehmann & Sutschet, 2006, pág. 207). La interpretación del artículo no presenta mayores dificultades, a pesar de que su insularidad sugiera una "legislación de retazos", situación no necesariamente adversa, pues al interpretar el artículo, los "reformistas mostraron reserva y la jurisprudencia pudo permanecer en esta área sin cambios esenciales, resultando absoluta y materialmente adecuado" (Ehmann & Sutschet, 2006, pág. 207-210). En efecto, en los fundamentos legislativos del artículo se consignó que se quería legislar de manera tal que se permitiese un desarrollo jurídico futuro de precisión a través de "la práctica del juez y la doctrina" (Canaris, 2001, pág. 521).

Ahora bien, no hay que olvidar que en la reforma alemana del 2002 se operaron varias transformaciones más generales, que acompañan lo anteriormente señalado, algunas de ellas a la luz del Derecho internacional privado, a saber: La Convención de Viena en lo Relativo a la Venta Internacional, Los Principios Europeos de Derecho de Contratos de la Commission Lando y Los Principios Unidroit Relativos los Contratos de Comercio Internacional, convenciones que influenciaron la manera como se introdujo en Alemania la noción unitaria de violación de una obligación contractual *breach of contract*, y la sustitución de las hipótesis de imposibilidad o de retardo, o de la violación a una relación obligacional *Leistungsstörung des Schuldverhältnisses*, sustitución debida al abandono de la tradición pandectista en materia de obligaciones (Ranieri, 2002 págs. 943, 945). Trasplantes que, en todo caso, no impidieron el reconocimiento, en el



articulado de la reforma, de la tradición jurisprudencial antes mencionada en el campo de la responsabilidad contractual por incumplimiento culposo frente a terceros.

En este punto, a través de la jurisprudencia y doctrina posterior a la reforma del 2002, se han establecido cuatro condiciones por cumplir en pro de la aplicación del artículo § 311-3 BGB, no siempre necesarias ni suficientes, dada la variedad de grupos de casos; condiciones en las cuales se inspiraría el Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París en 2019 -antes citado, las condiciones son : 1. Proximidad -*Leistungsnähe*-, 2. Interés del acreedor en la protección del tercero -*Gläubigernähe*, 3. Necesidad de protección -*Schutzbedürftigkeit*¹⁶, 4. Posibilidad de conocer las tres anteriores -*Erkennbarkeit*¹⁷. Condiciones que son tradicionales en las propuestas doctrinarias de limitar o circunscribir con precisión el mecanismo protector (Canaris, 1999, págs. 241, 242; Canaris, 1971, pág. 538, nt. 72; Canaris, 1965, pág. 478) y que son soportadas siempre por un factor decisivo: el tercero ha de haber sido incluido expresa o tácitamente en el ámbito de protección del contrato, tal como se establece en el caso XI ZR 384/03 (Caso BGH XI ZR 384/03, 2006), en particular en el considerando número 52 se hace alusión a tales condiciones y se citan otros casos arquetípicos que apuntalan la decisión: "BGHZ 49, 278, 280; 61, 227, 233; 75, 321, 325; 127, 378, 380¹⁸; 138, 257, 261" (BGH, 2006, págs. 28, 29).

Following the 2002 reform of the German law of obligations, the newly created §311-III BGB establishes a contractual obligation without contract [...] For the time being, however, private law doctrine remains cautious: even the most daring networkers in this field hold a particular legal regime for networks to be 'decisionist', and regard it be either 'in conflict with existing law' or, at best, to be 'visionary'. And we know what happens to visionaries (Teubner, 2009a, pág. 123).

La intensión polémica de la última frase del fragmento citado se expresa mejor en alemán: "*Man weiß ja, wohin Menschen mit Visionen gehören*" (Teubner, 2009b, pág. 9), y devela la dimensión de la discusión sobre la protección de intereses de terceros, pues dicha *Kodifizierung* presenta una importante oposición en la doctrina universitaria alemana a pesar de los desarrollos señalados en jurisprudencia (Canaris, 2001, pág. 520; Tarman, 2007, pág. 147 ss.).

En todo caso, y de mayor interés en nuestro análisis, la nueva disposición comporta potencialidades regulativas en aspectos novedosos como los relacionados con la tensión que se instala entre bilaterales y multipolares obligaciones al interior del tema de las cadenas de contratos, estructuras contractuales en el campo de la atención médica diseñadas en forma de rizoma.

The reduction of complex economic relationships into chains of bilateral contractual relations gives rise to a discrepancy between legally recognized bilateral relationships on the one hand and economic,

¹⁶ Condición reflejada en el art. 1234-2 de la Proposición senatorial de reforma francesa a la responsabilidad civil de 2020 (Proposition de loi 678, 2020). Los miembros del Grupo de trabajo de la *Cour d'Appel* de París (Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris, 2019, pág. 21) tradujo en su momento estas nociones de la siguiente manera: "mecanismo [que] reposa sobre la reunión de varias condiciones: proximidad del tercero / interés del acreedor / previsibilidad para el deudor / subsidiariedad" [La tercera y cuarta aparecen invertidas con relación a lo expuesto en la jurisprudencia y doctrina alemana]

¹⁷ Para análisis doctrinal completo de las cuatro condiciones, ver el minucioso trabajo de la Prof. Dr. Tarman (2007, págs. 183 ss).

¹⁸ Caso analizado en páginas anteriores.



*technological, social, medical and other forms of multilateral relationships on the other. Case law has responded to this discrepancy, first with the doctrinal notion of 'intended third party performance impact' within the doctrine of contracts with protective effects for thirds parties protection (Teubner, 2011, págs. 259, 260)*¹⁹.

Podemos mencionar de igual manera cómo en Alemania, la responsabilidad se instala de forma extensiva a favor de un tercero en caso de incumplimiento contractual, incluso en el ámbito pre-contractual (Teubner, 2011, pág. 255); o en desarrollos que desbordan, desde una perspectiva sistémica, la forma contractual bilateral en beneficio de estructuras en red al interior del mundo de la empresa virtual y en consideración de intereses de terceros (Aedner & Teubner, 2015, pág. 385)²⁰.

Los desarrollos del § 311-3 BGB han sido múltiples y complejos, muchos desbordando lo previsto por el legislador. Los desafíos planteados por el derecho alemán hacen parte del quehacer y la reflexión en derecho civil comparado, evolución que es conocida en diversos sistemas jurídicos (Ranieri, 2002, nt. 3, pág. 958; Schulze & Beierle, 2015; Lowisch, 2003, pág. 147; Wacke, 2013, pág. 707). Los diálogos del sistema alemán con el sistema francés son ya inveterados (Witz, 2016, pág. 27), diálogos que hoy se consignan en el art. 1234-2 de la reciente Proposición de reforma a la responsabilidad civil de 2020.

Resultados de investigación

Aufhebung es el término que en la obra de Hegel traduce la idea de continencia de opuestos en la unidad, lo estático y lo dinámico. En las páginas precedentes quisimos exponer los elementos de relación y de oposición entre el efecto relativo del contrato y la intervención de intereses de terceros por incumplimiento del mismo. Acudir a las transformaciones del derecho alemán nos permitió analizar los principios incrustados hoy en el artículo § 311-3 BGB, en cuanto a la intervención de terceros en el contrato por incumplimiento culposo, elementos que anticipan cronológicamente la reforma francesa en curso. En efecto, dos décadas después de la reforma al BGB, lo establecido en la interpretación que se ha hecho del artículo § 311-3 aparece como fuente de inspiración de las recientes propuestas legislativas en Francia. Si una mutación se ha operado en estos países en jurisprudencia y legislación, corresponde a una nueva percepción de la naturaleza de las relaciones contractuales, la cual, a través de la actividad del juez aborda asuntos que escapan al interés exclusivo de las partes; el bien común o el interés general penetran las estructuras contractuales²¹.

¹⁹ En este punto ver igualmente (Gomez, 2015, págs. 336, 337, nt. 47-50)

²⁰ En este campo, la doctrina francesa clama por los desafíos no asumidos en la Proposición de reforma de la responsabilidad civil (Proposition de loi 678, 2020), ver igualmente (Zambrano, 2021, pág. 196)

²¹ Debemos anotar, sin embargo, que no todas las perspectivas en la Proposición de reforma francesa (Proposition de loi 678, 2020) plasman la superación de la contradicción entre el interés de las partes y la responsabilidad frente a intereses de terceros, por ejemplo: en el tema del *riesgo de desarrollo*, sobre este punto "un sentido más favorable a las víctimas ya no figura [en la Proposición de ley senatorial 2020], en ausencia de consenso la proposición de extensión de la excepción a la exoneración por *riesgo de desarrollo* [...] art. 1245-11 Code civil, a todos los productos de salud de uso humano [...] no fue tomada en el proyecto de ley senatorial" pues es "controvertida por los actores



Las fronteras que dividen las representaciones del derecho devienen difusas, fronteras entre sistemas jurídicos, fronteras entre lo nacional y lo internacional, entre lo interior y lo exterior, pero sobre todo entre, lo contractual y lo delictual ²², entre lo público y lo privado "To summarize my argument, the public/private divide needs to undergo a dialectical *Aufhebung* in the double sense of destruction and preservation" (Teubner, 2008, pág. 842) ²³.

La fuerza de la intervención del tercero afectado por incumplimiento contractual culposo sintetiza aquello por lo cual abogaba ya en 1977 el Profesor Wiethölter en Alemania; una politización del Derecho Privado en la forma de una transformación a partir de la ley contractual, esto es, avanzar a partir de la transformación de la clásica ley contractual bilateral privada hacia el diseño de una ley contractual constitucional organizacional; un derecho civil moderno no necesariamente privado, en el que el bien común, el cuidado de intereses de terceros, resulta, no de un ejercicio de derechos subjetivos orientado exclusivamente por intereses privados, sino de un derecho civil constituido desde conflictos normativos de carácter jurídico-político, conflictos al interior de negociaciones social, legal y éticamente constituidas (Wiethölter, 1977, pág. 260; Blecher, 2009, pág. 4 ss.).

Conclusión

Al analizar las tendencias que caracterizan las transformaciones del campo jurídico comparado en relación con la responsabilidad de las partes frente a terceros, se observa la emergencia de un nuevo derecho de la responsabilidad contractual, en particular en Francia, sistema que se inspira en algunos de sus avances del derecho alemán.

La influencia alemana sobre otros sistemas jurídicos nacionales europeos no es nueva; la actividad del juez alemán ha impulsado un fenómeno de redefinición paulatina de la responsabilidad contractual frente a terceros en Austria, en Suiza (Fauvarque-Cosson & Mazeaud, 2008, pág. 490); e incluso en países anglosajones, allí se observan similares mutaciones "Using the criterion of foreseeability, some US-courts have drastically expanded the liability risk toward an almost indefinite range of third persons [...] British courts try the same by applying the "particular transaction rule" within a case-by-case approach" (Teubner, G., 2003a, § I. 2. (2)); en efecto, en los argumentos del Juez inglés Lord Goff of Chieveley, caso *White v. Jones* (Caso 2AC 207, 1995), se analizó la noción alemana de la intervención de terceros afectados por el incumplimiento negligente del contrato, en la especie, de un abogado vis-a-vis su mandante, y aunque el ejercicio comparado no fue determinante en el caso, se evidenció, a través de los argumentos del Juez, la necesidad de responder a la laguna jurídica existente en el sistema inglés, para la protección de intereses de terceros afectados por una inejecución contractual, en ausencia de toda acción legal en favor de estos. El tema fue retomado al año siguiente "in 1996 the Law Commission therefore

económicos a nombre de la defensa de la competitividad" (Porchy-Simon, 2021, pág. 86). Ver igualmente (Borghetti, 2021, pág. 120).

²² En Francia, el espíritu de geometría de Pascal sería el motor para "la reunión de las responsabilidades contractual y delictual pues las dos tienden a reparar un perjuicio [...] su objetivo es común si se comprende la responsabilidad contractual como la indemnización de un perjuicio que consiste no en la falla en la percepción de la prestación, sino en las consecuencias nefastas que este defecto tuvo para el acreedor" (Stoffel-Munk, 2021, pág. 9).

²³ Ver sobre este punto (Teubner, 2003b; Sanclemente, 2018, pág. 33)



wrote and disseminated a report specially dedicated to the question, entitled *Privity of Contract: Contracts for the Benefit of Third Parties*" (Fauvarque-Cosson, & Mazeaud, 2008, pág. 442, 443 ss.) y como corolario de tales discusiones se creará el *Contracts -Rights of Third Parties- Act* de 1999 (Contracts (Rights of Third Parties) Act, 1999).

En Latinoamérica la influencia ha sido hasta hoy menor, sin embargo, en la materia el debate crece; en Colombia la Corte Suprema de Justicia se pronuncia e insta un nuevo referente jurisprudencial (Sentencia Casación SC1182-2016, 2016), en donde se admite la intervención condicionada de terceros; en el caso, se concede la intervención de un socio accionista cuyos intereses fueron afectados en el proceso de liquidación, decisión bien recibida por la doctrina local reciente (Quintana & Mendoza, 2016)²⁴; en Chile, la jurisprudencia plantea similares transformaciones que son el desarrollo de la noción de un "efecto expansivo" (Henríquez, 2012, pág. 519) de los contratos; evoluciones que se acompañan con otras que se dan en Iberoamérica, en general allí, el concepto de oponibilidad por terceros emerge lentamente (Regis, 2014) a la luz de un nuevo derecho de los contratos.

Ese nuevo derecho de contratos que, con base en criterios éticos de solidaridad, trata de darles una nueva dimensión a esos principios tradicionales –como el de *pacta sunt servanda* o el de relatividad–, dentro de una moderna visión de contrato que, más que como un acto que resuelve intereses contrapuestos, lo entiende como un acto de colaboración, fulcro jurídico de la disposición cooperativa que preside la actividad humana y el sentido más profundo y enaltecido de la vida asociada (Henaó, 2014, pág. 14).

Referencias

- 23 Propositions. (22 de julio de 2020). Sénat - Commission des Lois. *23 Propositions pour simplifier la vie des Français en facilitant la réparation des dommages*. París, Francia. Obtenido de https://www.senat.fr/fileadmin/Fichiers/Images/communication/Lois/20200722_23_propositions_R esponsabilite_civile.pdf
- Action directe & Dalloz.fr. (junio 2022). Fiches d'orientation. *Action directe & Dalloz.fr*. París, Francia. Obtenido de <https://www.dalloz.fr/documentation/Document?id=DZ%2FOASIS%2F001511>
- Aedner, K., & Teubner, G. (2015). Virtual enterprises: liability problems in one- and multi-level networks. En S. Jung, P. Krebs, & G. Teubner (Eds.), *Business Networks Reload* (págs. 381-394). Baden Baden: Nomos.
- Alexy, R., & Dreier, R. (2016). Precedent in the Federal Republic of Germany. En N. MacCormick, & R. Summers (Eds.), *Interpreting Precedents* (págs. 17-64). Oxford: Routledge.
- Bellis, K. (2018). Contrat et responsabilité civile: pour un système juste en droit des obligations. *Revue Juridique Thémis de l'Université de Montréal*, 52(2), 291-423.
- Berg, O. (2021), L'impact de la réforme de la responsabilité civile sur le droit des affaires: dommages collatéraux et effets d'aubaine. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 185-193). París: Dalloz.

²⁴ El interés doctrinal por la influencia alemana en el tema existe en Colombia, desarrollos y aperturas en la discusión sobre la importancia de la noción contractual de la confianza -*besonderen Vertrauen* frente a intereses terceros, propuestos desde Alemania por el del Prof. Canaris, son bien conocidos en el país (Rodríguez, 2011, pág. 334, nt. 134, 135). Es de anotar además que la Universidad Externado de Colombia traduce a Ehmann & Sutschet (2006), lo que denotaría un interés por los desarrollos de la reforma al BGB de 2002.

- Blecher, M. (2009). Reclaiming the Common or the Beginning of the End of the (Legal) System. En G. Callies, A. Ficher, D. Wielsch, & P. Zumbansen (Eds.), *Soziologische Jurisprudenz Festschrift für Gunther Teubner zum 65. Geburtstag* (págs. 3-18). Berlin: De Gruyter Recht.
- Borghetti, J.-S. (2021). Les modalités d'éviction de la responsabilité. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 105-121). París: Dalloz.
- Bousquet, J. (2021). Les enseignements pour le droit administratif. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 211-227). París: Dalloz.
- Bürgerliches Gesetzbuch BGB. (2002). Alemania. Obtenido de <https://www.gesetze-im-internet.de/bgb/index.html>
- Büther, B. (2006). *Umfang und Grenzen der Dritthaftung von Experten: eine rechtsvergleichende*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Canaris, C.-W. (18 mayo 2001). Die Reform des Rechts der Leistungsstörungen. *JuristenZeitung JZ*, 56(10), 499-530.
- Canaris, C.-W. (1999). Die Reichweite der Expertenhaftung gegenüber Dritten. *Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirtschaftsrecht ZHR*, 163, 206-245.
- Canaris, C.-W. (5 de mayo de 1995). Schutzwirkungen zugunsten Dritter bei 'Gegenläufigkeit' der Interessen. *Juristenzeitung*, 50(9), 441-446.
- Canaris, C.-W. (1971). *Die Vertrauenshaftung im deutschen Privatrecht*. München: Beck.
- Canaris, C.-W. (13 de agosto de 1965). Ansprüche wegen positiver Vertragsverletzung und Schutzwirkung für Dritte bei nichtigen Verträgen, Zugleich ein Beitrag zur Vereinheitlichung der Regeln über die Schutzpflichtverletzungen. *JuristenZeitung JZ*, 20(15/16), 475- 482.
- Cardenas-Paulsen, A.-M. (2009). *Über die Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. Analyse der Heranziehung ausländischer Judikatur*. Hamburg: Dr. Kovac.
- Caso 05-13.255. (6 de octubre de 2006). Cour de Cassation. Assemblée Plénière. París, Francia. Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000007052928/>
- Caso 15-25.651. (7 de julio de 2017). Cour de Cassation. Chambre mixte. París, Francia. Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000035156022/>
- Caso 15-26.093. (10 octubre de 2018). Cour de Cassation. 1ère Chambre Civile. París, Francia. Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037999300/>
- Caso 17-19.963. (13 de enero de 2020). Cour de Cassation. Assemblée Plénière. París, Francia. Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000041490393/>
- Caso BGHZ 127, 378. (10 de noviembre de 1994). Bundesgerichtshof. Karlsruhe, Alemania. Obtenido de http://lorenz.userweb.mwn.de/urteile/bghz127_378.htm
- Caso BGH XI ZR 384/03. (24 de enero de 2006). Bundesgerichtshof. Karlsruhe, Alemania Obtenido de <http://juris.bundesgerichtshof.de/cgi-bin/rechtsprechung/document.py?Gericht=bgh&Art=en&sid=a5f2268f1cca6f0bacd3a54c0447b1aa&nr=35317&pos=0&anz=1>
- Caso 2AC 207. (16 de febrero de 1995). House of Lords. *White and another (Respondents) v. Jones and others (Appellants)*. Londres, Inglaterra. Obtenido de <http://www.bailii.org/uk/cases/UKHL/1995/5.html>
- Caso CGC 16-550128. (17 de mayo de 2018). Superior Court of California. *Johnson (Plaintiff) vs. Monsanto (Defendant), Plaintiff's Omnibus Sargon Motion*. County of San Francisco, Dewayne, USA. Obtenido de <https://usrtk.org/wp-content/uploads/2016/09/Judges-order-in-Johnson-Case-ahead-of-trial.pdf>
- Caso C-219/15. (16 de febrero de 2017). Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sala Primera. *Elisabeth Schmitt vs. TÜV Rheinland LGA Products GmbH*. Luxemburgo, Luxemburgo. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:62015CJ0219&from=ES>



- Cerqueira, G. & Monteillet, V. (2021). Avant-propos. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 1-2). París: Dalloz.
- Choisel, G. (2021). Perspective historique sur la réforme de la responsabilité civile. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 21-40). París: Dalloz.
- Code Civil Art. 1199. (1 de octubre de 2016). Francia. Obtenido de https://www.legifrance.gouv.fr/codes/article_lc/LEGIARTI000032041378
- Contracts (Rights of Third Parties) Act. (11 de noviembre de 1999). Be it enacted by the Queen's most Excellent Majesty, by and with the advice and consent of the Lords Spiritual and Temporal, and Commons, in this present Parliament assembled. *Contracts (Rights of Third Parties) Act 1999. 1999 Chapter 31*. Londres, Inglaterra. Obtenido de <http://www.legislation.gov.uk/ukpga/1999/31/contents>
- Corpus Iuris Civilis. (1803). Digestorum seu Pandectarum. Liber Quadragesimussextus (Edición bilingüe traducida al francés por Hulot H., Berthelot J-F., Tissot P-A. & Berenger A.). *Portail Numérique d'Histoire du Droit, Corpus Iuris Civilis*. Metz, Francia. Obtenido de: [http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Digeste%20\(Livre%2046\).pdf](http://www.histoiredudroit.fr/Documents/Corpus/Digeste%20(Livre%2046).pdf)
- Daillant, A., & Moron-Puech, B. (junio 2017). Relecture de la distinction des responsabilités contractuelle et extracontractuelle (1804-1911). *Communication Congrès de la Société d'Histoire du droit. La Responsabilité*. Tours, Francia. Obtenido de <https://hal.archives-ouvertes.fr/hal-01559232>
- Descamps, O. (2015). Histoire du droit de la responsabilité. En A. Supiot, & M. Delmas-Marty, (Eds.), *Prendre la responsabilité au sérieux* (págs. 39-54). París: PUF.
- Descheemaeker, E. (2013). De la structure de la responsabilité: réflexions comparatistes autour de Torts and Rights. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 65(1), 51-74.
- De Cupis, A. (1975). *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad.). Barcelona: Bosch. [*Il Danno. Teoria generale della responsabilità Civile*, vol. I, segunda edición 1966, vol. II, segunda edición 1970, Milano, Giuffrè]
- Dubois, Ch. (2021). La généralisation de la función punitive de la responsabilidad civil. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 125-140). París: Dalloz.
- Ehmann, H., & Sutschet, H. (2006). *La reforma del BGB. Modernización del derecho alemán de obligaciones* (trad. López C. & Salch U.). Bogotá: U. Externado de Colombia, [Modernisiertes Schuldrecht, München, C.H. Beck, 2002]
- Fauvarque-Cosson, B., & Mazeaud, D. (2008). *European Contract Law*. Munich: Association Henri Capitant des Amis de la Culture Juridique Française.
- Frye, N. (1974). 'The Decline of the West' by Oswald Spengler. *Daedalus*, 103(1), 1-13.
- Gadamer, H. G. (1999). *Hermeneutik I, Wahrheit und Methode Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik, Gesammelte Werke*. Tübingen: Mohr Siebeck.
- Gardner, D., & Moore, B., (2007). La responsabilité contractuelle dans la tourmente. *Les Cahiers de Droit*, 48(4), 543-578.
- Gaviria, J. (2014). En contra de la extensión de la responsabilidad contractual. *Responsabilidad Civil y del Estado*, 34, 31-59. Medellín: IARCE.
- Gomez, C. (2015). A frame for business networks governance. En S. Jung, P. Krebs, & G. Teubner (Eds.), *Business Networks Reload* (págs. 319-353). Baden Baden: Nomos.
- Gonçalves, C. (2020). *Contratos e atos unilaterais. Coleção Direito Civil Brasileiro vol 3*. São Paulo: Saraiva Educação. Obtenido de [https://books.google.com.co/books?id=LbjEDwAAQBAJ&pg=PT357&dq=Gonçalves,+C.+\(2020\).+Contratos+e+atos+unilaterais&hl=fr&sa=X&ved=2ahUKEwjxuoWq3976AhXWSDABHW0SD](https://books.google.com.co/books?id=LbjEDwAAQBAJ&pg=PT357&dq=Gonçalves,+C.+(2020).+Contratos+e+atos+unilaterais&hl=fr&sa=X&ved=2ahUKEwjxuoWq3976AhXWSDABHW0SD)

- G8Q6AF6BAgKEAI#v=onepage&q=Gonçalves%2C%20C.%20(2020).%20Contratos%20e%20atos%20unilaterais&f=false
- Haftel, B. (2016). Dispositions propres à la responsabilité contractuelle. En M. Mekki (Ed.), *Avant-projet de réforme du droit de la responsabilité civile: l'art et la technique du compromis* (págs. 105-116). París: LGDJ.
- Haberl, S. (2019). Comparative Reasoning in Constitutional Litigation: Functions, Methods and Selected Case Law of the German Federal Constitutional Court. En G. Franco (Ed.), *Judicial Cosmopolitanism. The Use of Foreign Law in Contemporary Constitutional Systems* (págs. 295-336). Boston: Leiden.
- Henaó, J. (2014). Fernando Hinestrosa: In memoriam. En E. González de Cancino, E. Cortés, & F. Navia (Eds.), *Estudios de derecho civil en memoria de Fernando Hinestrosa. Tomo II: Contratos* (págs. 13-16). Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Henríquez, I. (2012). Para una delimitación del efecto expansivo de los contratos. Comentario a la sentencia de la corte suprema de 25 de enero de 2011 casación en el fondo ROL N° 3738-2009. *Revista Chilena de Derecho*, 39(2), 513-522.
- Hobsbawm, E. (1996). *The Age of Revolution 1789-1848*. New York: Vintage Books.
- Honsell, H. (2005). *Die Haftung für Auskunft und Gutachten, insbesondere gegenüber Dritten*. Bern: FS Nobel.
- International Agency for Research on Cancer WHO. (20 de marzo de 2015). Evaluation of five organophosphate insecticides and herbicides. *IARC Monographs*, 112. Lyon, Francia. Obtenido de <https://www.iarc.who.int/wp-content/uploads/2018/07/MonographVolume112-1.pdf>
- Jobin, P. (2009). Amputer la responsabilité contractuelle? Une tourmente inutile et néfaste. *Les Cahiers de Droit*, 50(1), 3-36.
- Jouannet, E. (2007). Universalisme du droit international et impérialisme : le vrai faux paradoxe du droit international? En E. Jouannet, & H. Ruiz-Fabri, (Eds.), *Impérialisme et droit international en Europe et aux Etats-Unis* (págs. 15-39). París: Société de Législation Comparée.
- Julliard, J. (1999). *La mort du roi. Essai d'ethnographie politique comparé*. París: Gallimard.
- Jussiaume, A. (septiembre 2014). Introduction à la Common Law (cours archivé). 9. Éléments de droit privé anglais. *Université Numérique Juridique Francophone*. Obtenido de https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/159/Cours/09_item/indexI0.htm
- Le Tourneau, P. (2015). *Responsabilité des vendeurs et fabricants*. París: Dalloz.
- Le Tourneau, P. (2014a). *La responsabilidad civil profesional* (trad. Tamayo J.). Bogotá: Legis.
- Le Tourneau, P. (2014b). De la falsedad del concepto de 'responsabilidad contractual' (trad. Meléndez E.). En E. González de Cancino, E. Cortés, & F. Navia (Eds.), *Estudios de Derecho Civil en memoria de Fernando Hinestrosa, Tomo I* (págs. 673-709). Bogotá: U. Externado de Colombia.
- Le Tourneau, P. (2014c). *Droit de la responsabilité et des contrats, régimes d'indemnisation 2014-2015*. París: Dalloz.
- Levin S., & Greenfield P. (11 de agosto de 2018). Monsanto ordered to pay \$289m as jury rules weedkiller caused man's cancer. *The Guardian*. Londres, Inglaterra. Obtenido de <https://www.theguardian.com/business/2018/aug/10/monsanto-trial-cancer-dewayne-johnson-ruling>
- Lowisch, M. (2003). New Law of Obligations in Germany. *Ritsumeikan Law Review*, 20, 141-156.
- Markesinis, B. (2006). *Juges et universitaires face au droit comparé. Histoire des trente-cinq dernières années*. París: Dalloz.
- Mazzei, R. (2008). O princípio da relatividade dos efeitos contratuais e suas mitigações. *Argumentum*, 8, 135-168.
- Monateri, P. G. (1999). Black Gaius. A Quest for the Multicultural Origins of the "Western Legal Tradition". *Hastings Law Journal*, 50, 1-72.
- Monge, A.-C. (13 de enero de 2020). Rapport conseiller Caso 17-19.963. Cour de Cassation. Assemblée Plénière. París, Francia. Obtenido de



- <https://www.courdecassation.fr/getattaheddodoc/5fca5e5ded976c452144f055/1ac62cf05d76b84718cb71cf0579ac79>
- Moron-Puech, B. (2018). Regards critiques sur la consécration du dualisme des responsabilités contractuelle et extracontractuelle. *Triborien*, 2. 64-82. Obtenido de <https://www.cairn.info/revue-triborien-2018-2-page-64.htm>
- Monteillet, V. (2021). L'architecture nouvelle du droit de la responsabilité: l'unité dans la diversité. En G. Cerqueira & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 43-59). París: Dalloz.
- Munier, B. (2017). Jean-Gabriel Gabascia, Le Mythe de la Singularité. Faut-il craindre l'intelligence artificielle? *Hermès*, 78(2), 241-244.
- Nietzsche, F. (1889). *Götzen-Dämmerung, oder Wie man mit dem Hammer philosophiert*. Leipzig, C. G. Neumann. Obtenido de <http://www.nietzschesource.org/#eKGWB/GD>
- Ordonnance 2016-131. (10 de febrero de 2016). Le Président de la République. Sur le rapport du Premier ministre et du garde des sceaux, ministre de la justice. *Ordonnance n° 2016-131 10 février 2016 portant réforme du droit des contrats, du régime général et de la preuve des obligations*. París, Francia. Obtenido de <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032004939>
- Orrego, C., & Ibañez, A. (2017). Daños intencionales versus no intencionales. La responsabilidad civil extracontractual a la luz del principio de doble efecto. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado, año XLX(148)*, 233-267.
- Pellé, S. (2016). L'effet relatif et l'opposabilité du contrat: Statu quo? En V. Larribau-Terneyre, & S. Pellé (Eds.), *Quel renouveau pour le droit des contrats? Une réforme entre tradition et modernité* (págs. 143-148). Pau: Centre de Recherche et d'Analyse Juridique.
- Porchy-Simon, S. (2021). La modernisation des conditions de la responsabilité civile. En G. Cerqueira & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 73-87). París: Dalloz.
- Projet de Reforme de la Responsabilité Civile. (13 de marzo de 2017). Ministère de la Justice. París, Francia. Obtenido de http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf
- Proposition de loi 678, (29 de julio de 2020). Sénat. Proposition de loi portant réforme de la responsabilité civile n° 678. París, Francia. Obtenido de <https://www.senat.fr/leg/pp19-678.html>
- Quintana, A., & Mendoza, Á. (julio - diciembre de 2016). La Corte amplía el concepto de legitimación activa en la acción de rescisión por lesión enorme: comentario de la Sentencia de 8 de febrero de 2016 de la Corte Suprema de Justicia colombiana. *Revista de Derecho Privado U. Externado de Colombia*, 31, 367-376.
- Ranieri, F. (2002). La nouvelle partie générale du droit des obligations. *Revue Internationale de Droit Comparé*, 54(4), 941-958.
- Rapport du groupe de travail Cour d'Appel de Paris. (abril de 2019). *La réforme du droit français de la responsabilité civile et les relations économiques*. Saint Quentin en les Yvelines: Université de Versailles. Obtenido de http://www.justice.gouv.fr/art_pix/Rapport_CA_PARIS_reforme_responsabilite_civile.pdf
- Remy, P. (1997). 'La responsabilité contractuelle': Histoire d'un faux concept. *Revue trimestrielle de droit civil*, 2, 323-355.
- Regis, A. E. (abril-junio 2014). Estudio de la noción de oponibilidad en el derecho inmobiliario. Especial referencia al Proyecto de Código único 2012. *Revista de Notariado*, 916, 75-108. Obtenido de <https://www.revista-notariado.org.ar/wp-content/uploads/2014/11/RN916.pdf>

- Reglamento CE 864/2007. (11 de julio de 2007). Reglamento (CE) del Parlamento Europeo y Consejo relativo a la ley aplicable a las obligaciones extracontractuales («Roma II»). Bruselas, Bélgica. Obtenido de <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A32007R0864>
- Rodriguez, J. M. (enero-junio 2011). Deberes de protección, ‘aun frente a terceros’, en la dogmática alemana. *Revista de derecho Privado U. Externado de Colombia*, 20, 301-346.
- Sanclémente-Arciniegas, J. (2018). Evolución conceptual del derecho económico a través de la obra de Gérard Farjat. *Pensamiento Jurídico*, 43, 31-58.
- Schulze, R., & Beierle, B. (18-22 de mayo de 2015). Tiers et contrat. Rapport de pays: Allemagne. *Journées panaméennes - Tiers*. Panamá, Panamá: Journées internationales de la Asociación Henri Capitant. Obtenido de https://www.henricapitant.org/wp-content/uploads/2022/05/JI-2015-Panama-Allemagne_1.pdf
- Sentencia Casación SC1182-2016. (8 de febrero de 2016). Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. *M.P.: Ariel Salazar*. Bogotá D.C., Colombia: SC1182-2016. Radicación n. 54001-31-03-003-2008-00064-01.
- Seube, J. B. (2022). Droit des obligations sources: contrats. 8. Le rayonnement du lien contractuel. *Université Numérique Juridique Francophone*. Obtenido de https://cours.unjf.fr/repository/coursefilearea/file.php/58/Cours/08_item/indexIO.htm
- Severin Fuster, G. (2016). Sobre el carácter secundario y discrecional del remedio del cumplimiento específico en el *Common Law*. Perspectiva histórica y aproximación actual. *Revista Chilena de Derecho*, 43(1), 7-37.
- Stoffel-Munk, P. (2021). L'ambition et la méthode de la réforme du droit de la responsabilité. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le projet de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 5-19). París: Dalloz.
- Tarman, Z.-D. (26 de enero de 2007). Die Gutachterhaftung gegenüber dem Dritten im deutschen und schweizerischen Recht. (tesis doctorado). Konstanz, Alemania: Universität Konstanz. Obtenido de <http://kops.uni-konstanz.de/handle/123456789/3329;jsessionid=4228B4EE1AA739CEB61A22017D486BE8>
- Tamayo, J. (1999). *De la responsabilidad T. 3. Responsabilidad por los constructores y los animales. Medios de defensa*. Bogotá: Temis.
- Tamayo, J. (2014). Concepto sobre seguros de la construcción. *Responsabilidad Civil y del Estado*, 35, 41-52.
- Teubner, G. (2003a). Expertise as Social Institution: Internalising Third Parties into the Contract. En D. Campbell, H. Collins, & J. Wightman, (Eds.), *Implicit Dimensions of Contract: Discrete, Relational and Network Contracts* (págs. 333-363). Oxford: Hart. Obtenido de https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852767/Generic_42852767.pdf
- Teubner, G. (2003b). Der Umgang mit den Rechtsparadoxien: Derrida, Luhmann, Wiethölter. En C. Joerges, & G. Teubner (Eds.), *Rechtsverfassungsrecht, Recht-Fertigung zwischen Privatrechtsdogmatik und Gesellschaftstheorie* (págs. 25-46). Baden-Baden: Nomos.
- Teubner, G. (2005). Expertise als soziale Institution: Die Internalisierung Dritter in den Vertrag. En G. Brüggemeier (Ed.), *Liber Amicorum Eike Schmidt zum 65. Geburtstag* (págs. 303-334). Heidelberg: C.F. Müller. Obtenido de https://www.jura.uni-frankfurt.de/42828577/Generic_42828577.pdf
- Teubner, G. (2008). State policies in private law? a comment on Hanoch Dagan. *The American Journal of Comparative Law*, 56, 835-844. Obtenido de https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852995/Generic_42852995.pdf
- Teubner G. (2009a). 'And if I by Beelzebub cast out Devils, ...': An Essay on the Diabolics of Network Failure. *German Law Journal*, 10(4), 115-136. Obtenido de https://www.jura.uni-frankfurt.de/42852916/Generic_42852916.pdf
- Teubner, G. (2009b). 'So ich aber die Teufel durch Beelzebub austreibe, ...': Zur Diabolik des Netzwerkversagens. En Augsberg, I. (Ed.), *Ungewißheit als Chance. Perspektiven eines produktiven*



- Umgangs mit Unsicherheit im Rechtssystem* (págs. 165-185). Tübingen: Mohr Siebeck. Obtenido de <https://www.jura.uni-frankfurt.de/42829141/BeelzebubDTJan09VERS.pdf>
- Teubner, G. (2011). *Networks as Connected Contracts*. Oxford: Hart.
- Teubner, G. (2014). Law and Social Theory: Three problems. *Ancilla Juris*, 183, 183-222. Obtenido de https://www.anci.ch/articles/ancilla2014_183_teubner.pdf
- Viney, G. (1982). *Traité de droit civil. Les obligations. La responsabilité : conditions*. París: LGDJ.
- Voßkuhle, A. (2019). Rechtspluralismus als Herausforderung Zur Bedeutung des Völkerrechts und der Rechtsvergleichung in der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichts. *Zeitschrift für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht ZaöRV*, 79(3), 481-501.
- Wacke, A. (2013). Las reformas más importantes del BGB desde su promulgación en 1900, con especial referencia al derecho de obligaciones. *Revista Chilena de Derecho*, 40(2), 699-710.
- Wegmann A. (2019). *Contrahere obligationem* en el derecho romano clásico. *Revista de Derecho (Valdivia)*, XXXII(1), 9-27.
- Wiethölter, R. (1977). Begriffs- oder Interessenjurisprudenz -falsche Fronten im IPR und Wirtschaftsverfassungsrecht. Bemerkung zur selbstgerechten Kollisionsnorm. En A. Lüderitz, & J. Schröder (Eds.), *Internationales Privatrecht und Rechtsvergleichung im Ausgang des 20. Jahrhunderts. Bewahrung oder Wende? Festschrift für Gerhard Kegel* (págs. 213-263). Frankfurt am Main: Metzner. Obtenido de <https://publikationen.ub.uni-frankfurt.de/opus4/frontdoor/deliver/index/docId/2722/file/fronten.pdf>
- Wijffels, A. (22 de junio de 2017). *Le droit comparé : Ceci n'est pas un droit`. Miroir et mémoire de l'Europe : à la recherche d'une culture juridique partagée, du Moyen Âge à l'Époque contemporaine*. Collège de France, Conferencia del Profesor Alain Wijffels, Chaire Européenne 2016-2017. París, Francia. Obtenido de <https://www.college-de-france.fr/site/alain-wijffels/course-2017-06-22-17h00.htm>
- Witz, C. (2016). Soixante ans d'influence du droit allemand sur le droit français des obligations. En P. Cossalter, & C. Witz (Eds.), *Soixante ans d'influences juridiques réciproques franco-allemandes* (págs. 19-45). París: Société de Législation Comparée.
- Zambrano, G. (2021). Le fait de l'inteligencia artificielle. En G. Cerqueira, & V. Monteillet (Eds.), *Le project de réforme du droit de la responsabilité civile. Études à la lumière de la proposition de loi sénatoriale du 29 juillet 2020* (págs. 195-209). París: Dalloz.
- Zweigert, K., & Kötz, H. (1998). *Introduction to Comparative Law* (trad. Weir T.). Oxford: Clarendon Press.