

La responsabilidad civil derivada del incumplimiento de las obligaciones ex lege

Juan Alejandro Espinoza Espinoza*

*Departamento Académico de Derecho Privado
Facultad de Derecho y Ciencia Política de la UNMSM
jespinozae1@unmsm.edu.pe*

SUMARIO: Introducción. Los casos. CONCLUSIONES.

* Profesor de Derecho Civil en las Facultades de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos y de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Correspondiente de la Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba.

INTRODUCCIÓN

No es pacífico el determinar la naturaleza (contractual o extracontractual) del incumplimiento de las obligaciones impuestas por ley. Punto de partida forzoso es tener presente que límite que demarca la *summa divisio* no es el contrato, sino la obligación, entendida como relación jurídica patrimonial. Ahora bien, siguiendo la sistemática trazada por el Código civil, encontramos como fuentes de las obligaciones al contrato, a la gestión de negocios, al enriquecimiento sin causa, a la promesa unilateral y a la responsabilidad extracontractual. La (mal) denominada responsabilidad civil contractual también se aplica en el caso de incumplimiento de una obligación nacida por gestión de negocios o promesa unilateral, por citar sólo dos relaciones obligatorias no contractuales.

Se entiende por fuente “el hecho jurídico, en sentido amplio, del cual nace la obligación”¹. Sólo por dato histórico, las fuentes de las obligaciones en el derecho justiniano eran el *contractus* (el acuerdo que genera obligaciones), el *quasi contractus* (negocio obligatorio que no era *contractus*), *maleficio* (o *delictum*) (hechos ilícitos dolosos) y *quasi maleficio* (o *quasi delictum*) (hechos ilícitos culposos)².

Bajo la **perspectiva tradicional**, las fuentes de las obligaciones se pueden reducir a la voluntad y la ley³. Frente a ello, se propone la siguiente “orgánica y racional” clasificación de las fuentes de las obligaciones⁴:

- a. Obligaciones que surgen del negocio jurídico, sea un contrato dotado, o no, de una propia denominación o disciplina, o un acto unilateral.
- b. Obligaciones que la ley vincula a un estado de hecho (*Zustandsobligation*) tal de generar un contacto social entre dos esferas de intereses.

1 Michele GIORGIANNI, voz *Obbligazione* (*Diritto Privato*), *Novissimo Digesto Italiano*, XI, UTET, Torino, 1965, 604.

2 Emilio BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, III. *Fonti e vicende dell'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1954, 52.

3 Como afirmara, por ejemplo, René BOGGIO AMAT Y LEÓN, *Obligaciones*, Universidad de Lima, Lima, 1982, 13.

4 Emilio BETTI, *op. cit.*, 8.

- c. Obligaciones que surgen de un desequilibrio patrimonial o de un hecho ilícito que causa daños.

Calificada doctrina española opta por individualizar la **constitución heterónoma de las relaciones obligatorias**, por oposición a aquellas que nacen de la autonomía privada. Se afirma que “en todos aquellos casos en que la relación obligatoria no nace de un negocio jurídico, puede hablarse de una constitución forzosa o heterónoma de la relación. La relación se crea por obra de un poder que es independiente de la voluntad de los sujetos. Naturalmente, la fuente de la obligación sólo puede ser un acto de un órgano estatal que ostenta un poder suficiente y a quien el ejercicio de dicho poder le autoriza para constituir ente particulares relaciones jurídicas de Derecho privado. Esos actos jurídicos pueden ser fundamentalmente de dos clases: actos administrativos y actos judiciales”⁵. También, identifica dentro de la constitución heterónoma de las relaciones obligatorias a un grupo de fuentes de obligaciones que “está formado por aquellas obligaciones que nacen de supuestos de hecho legalmente tipificados o, si se prefiere, de acuerdo con la técnica tradicional, por las obligaciones que nacen directamente de la ley u obligaciones *ex lege*. En tales casos basta la producción o la aparición en la realidad social del supuesto de hecho previsto por la norma para que automáticamente pueda considerarse como nacida una obligación”⁶. Dentro de estas últimas se ubicarían tanto las obligaciones que surgen de un desequilibrio patrimonial como las que nacen de un determinado estado o situación.

Respecto de la calificación de “**obligación legal**”, se observa que “esta expresión en sí considerada, no tiene ningún significado preciso: es una palabra incolora y equívoca. En efecto, debemos recordar que es siempre la ley, que vincula la obligación a una situación de la vida social. Sólo es nítida la diferencia entre obligación que tiene su fuente en un negocio jurídico o en un acto ilícito, y la obligación que surge sin que haya asomo de un comportamiento, lícito o ilícito de la persona a cargo de la cual se impone”⁷. Este último supuesto sería

5 Luis DIEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial, Las relaciones obligatorias*, II, Civitas, quinta edición, Madrid, 1996, 154.

6 Luis DIEZ-PICAZO, *op. cit.*

7 Emilio BETTI, *op. cit.*, 96-97.

el de la obligación alimenticia⁸ o el de una obligación *propter rem* (como una servidumbre)⁹. Por otra parte, atentamente se advierte que “ni el contrato, ni la ley, por sí solos, son verdaderas fuentes de obligaciones; deben reunirse siempre el hecho condicionante de estos efectos, y la ley, que ha erigido a ciertos hechos en creadores de obligaciones”¹⁰. Por ello, se afirma “que no hay más que una fuente de obligaciones: el hecho condicionante al cual la ley ha atribuido la virtualidad de dar nacimiento a una obligación”¹¹. En este sentido, se sostiene que “entre las posibles fuentes de obligaciones los códigos del Ochocientos consideraban también a la ley, fundaban la categoría de “obligaciones ex lege”. La mención de la ley ha desaparecido en el código civil (italiano) vigente; para el art. 1173 (c.c.ita.) son sólo fuentes de obligaciones los hechos o los actos; al “ordenamiento jurídico” se atribuye la función de hacerlos idóneos a producir obligaciones. No obstante el repudio legislativo, la figura de la obligación *ex lege* es utilizada a menudo por nuestra jurisprudencia y encuentra aún crédito incluso dentro atenta doctrina. Pero la incoherencia de esta figura es evidente si se considera que también las obligaciones contractuales y las obligaciones derivadas de un acto ilícito serían, a igual título, consideradas como obligaciones derivadas de la ley, ya que es siempre la ley que, por ejemplo, impone al comprador pagar el precio de la cosa comprada (art. 1498 c.c.ita. y 1558 c.c.) y es la ley que impone a quien ha cometido el hecho ilícito a resarcir el daño (art. 2043 c.c.ita. y 1969 c.c.)”¹².

Se propone una clasificación dual de fuentes de las **obligaciones en contractuales y extracontractuales**, es decir “entre las que derivan de un acto o hecho que tiene la virtud de imponer una obligación a cargo de un sujeto deter-

8 Emilio BETTL, *op. cit.*, 97.

9 Emilio BETTL, *op. cit.*, 98.

10 Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, *Curso de Obligaciones*, Tomo 1, Zavallia, Buenos Aires, 2004, 251. El autor agrega que “Si no fueras porque la ley les atribuye virtualidad, los hechos serían impotentes para crear obligaciones; y si el hecho que la ley ha previsto como hipótesis fuese imposible, y no pudiese acontecer jamás, las propias disposiciones legales vendrían a ser letra muerta, disposiciones puramente líticas. Ambos elementos deben complementarse” (*cit.*)

11 Luis MOISSET DE ESPANÉS, con la colaboración de Manuel CORNET y José Fernando MÁRQUEZ, *op. cit.*, quien se remonta al texto *La voluntad jurídica* de su maestro Henoch D. AGUIAR.

12 Francesco GALGANO, *Trattato di Diritto Civile*, CEDAM, Padova, 2015, 33.

minado y a favor de otro sujeto determinado (...) y aquellas que derivan de la violación de una regla de conducta puesta para la protección de la generalidad de las personas”¹³.

Un sector de la doctrina propone la lectura de las obligaciones *ex lege* a través de la categoría del hecho o acto idóneo a producir obligaciones¹⁴, la cual ha sido reconocida en el art. 1173 c.c.ita., que, bajo el título de fuentes de la obligaciones, prescribe:

“Las obligaciones derivan del contrato, del acto ilícito, o de todo acto o hecho idóneo a producirlas de conformidad con el ordenamiento jurídico”.

Se afirma, con razón, que si una norma prescribe cierta conducta (de *dare, facere*, o, establece ciertas reglas) bien podría¹⁵:

- a. Limitarse a “fijar” parámetros de diligencia, prudencia y pericia; es decir, indicar los cánones, los criterios que deben ser respetados en el desenvolvimiento de una determinada actividad, cuya inobservancia, se pone de relieve (simplemente) a los efectos de la formulación de un juicio de culpa.
- b. O que la misma norma tipifique un supuesto de hecho de responsabilidad extracontractual.
- c. O, también, configurar una “posición de garantía”, prever una “obligación de activarse” cuya inobservancia integraría un ilícito omisivo (siempre extracontractual).

En atención a ello, se pone en evidencia que “la categoría de las obligaciones *ex lege* se presta a una peligrosa deriva y a potenciales confusiones, haciendo asaz labil, incierto e impalpable el *limen* entre responsabilidad contractual y la aquiliana”¹⁶. En este orden de ideas, se propone que, “para resolver

13 Michele GIORGIANNI, *op. cit.*, 606.

14 Daniela ZORZIT, *La Cassazione, il fatto del medico di base e la responsabilità “contrattuale” della ASL: nuove geometrie (e qualche perplessità)*, *Danno e responsabilità*, 8-9, IPSOA, Milano, 2015, 803.

15 Daniela ZORZIT, *op. cit.*

16 Daniela ZORZIT, *op. cit.*, 804.

el *impasse*, se necesitaría decir que, cuando el “deber de activarse” impuesto por la norma está dirigido hacia una pluralidad indeterminada de sujetos, se está fuera del ámbito de las “obligaciones” en sentido técnico (y se entra, cuando subsistan los presupuestos, en el del “*neminem laedere*”)¹⁷. Comparto plenamente que, a efectos de determinar la naturaleza (contractual o extracontractual) en el incumplimiento de las obligaciones *ex lege* se requiere de una serie de parámetros interpretativos. Sin embargo el de la “pluralidad indeterminada de sujetos” no es decisiva para calificar como extracontractual el “deber de activarse”, dado que el carácter de “indeterminado” es relativo. ¿A quiénes se está haciendo referencia? ¿a todos los sujetos *tout court*? ¿a todos los sujetos que deben pagar impuestos?

Más allá de las críticas que merece la categoría de las obligaciones *ex lege*, nos encontramos frente dos escenarios: obligaciones creadas por la autonomía privada frente a aquellas creadas por ley; y ante dos ámbitos: la responsabilidad (contractual o extracontractual) por incumplimiento de las mismas. No se debe olvidar que, en materia de responsabilidad civil extracontractual, la obligación (de reparar) surge *ex post* a la comisión del daño (se, entiende junto con los demás elementos constitutivos de este tipo particular de responsabilidad).

Pensemos en dos casos concretos: el incumplimiento de un seguro o en el otorgamiento de una subvención, ambos creados por ley. ¿Qué reglas se aplican?

¿Las de responsabilidad civil contractual o extracontractual? La primera reflexión es que no se debe caer en automatismos y sostener que, en el caso del incumplimiento de las obligaciones *ex lege*, por el sólo hecho de no haber sido resultado de la autonomía privada, se deben aplicar (siempre) las reglas de la responsabilidad civil extracontractual.

17 Daniela ZORZIT, *op. cit.*

LOS CASOS

Primer caso: El 17.08.01, la hija del señor Oswaldo Sánchez ingresó al servicio de emergencia pediátrica del Hospital Nacional Hipólito Unanue solicitando atención médica en mérito al **seguro escolar gratuito (SEG)**. En efecto, mediante **R.M. No. 076-99-SA/DM, del 17.02.99** (resolución que nunca fue publicada), se creó el Programa de Administración de Riesgo de Salud Escolar (ARSE) “encargado de implementar, conducir, administrar y desarrollar” el SEG, dependiente del Viceministerio de Salud “y que beneficiará a la población escolar a partir de los tres (03) hasta los diecisiete (17) años inclusive, matriculada en centros y programas educativos públicos, a nivel nacional”. En dicha resolución se señala que el SEG se viene implementando desde el mes de agosto de 1997. Sin embargo, mediante **R.M. No. 398-2001-SA/DM, del 13.07.01**, se le dio término a dicho programa, creándose la Unidad de Seguro Público del Ministerio de Salud, que asumirá las mismas funciones.

En estas circunstancias, el médico jefe de emergencia pediátrica doctor Carlos Orellana Salazar dispuso que se debía practicar a la menor una tomografía axial computarizada (TAC) al cerebro por la que debía pagar S/. 250.00 (doscientos cincuenta nuevos soles) al concesionario que tenía a cargo el servicio, ya que en ese centro médico el Seguro Escolar Gratuito no lo cubría.

Como en ese momento, el señor Sánchez no contaba con el dinero, tuvo que trasladar a la niña al Hospital María Auxiliadora donde le tomaron la tomografía a las siete de la noche, es decir, siete horas después de haber ingresado al Hospital Hipólito Unanue y en base a ello el médico dispuso su traslado al Instituto de Salud del Niño que contaba con los especialistas que el caso requería, ingresando a dicho centro a las nueve y treinta de la noche. Según el señor Sánchez, el médico que atendió a su hija expresó su extrañeza por la demora en el traslado.

Al día siguiente la niña ingresó a la sala de operaciones en estado de coma aproximadamente a las tres de la tarde y a las nueve de la noche se comunicó que se había producido la muerte cerebral, falleciendo el 24.08.01 por paro respiratorio.

En atención a ello, el señor Sánchez interpuso una demanda a efectos que se le pague S/. 370,000.00 (trescientos sesenta mil nuevos soles) como indemnización por responsabilidad extracontractual por los daños causados por la muerte de su menor hija a causa de las deficiencias de orden administrativo del seguro escolar gratuito, haciendo extensiva la demanda al pago de los intereses legales., por cuanto ello le ha causado daños económicos y morales afectando también a su familia. Afirmó que el Estado no cumplió con su deber de proteger la salud y la vida humana.

La Procuradora Publica a cargo de los asuntos judiciales del Ministerio de Salud contestó la demanda afirmando que la hija del demandante fue considerada desde un principio paciente de alto riesgo, lo cual fue confirmado con su rápido deterioro y muerte y si bien la tomografía es un elemento de auxilio diagnóstico, no conduce necesariamente a un resultado favorable en la recuperación de los pacientes y en el presente caso no se pudo establecer con precisión la verdadera causa de la muerte de la menor ya que no se le practicó la necropsia de ley por no contar con la autorización del padre y que habiéndose dispensado las prácticas razonables, el resultado dañoso se produjo por causas no imputables a su representado ya que se obró con la diligencia que el caso requería. Se amparó en los artículos 1330, 1762 y 1969 c.c.; 79 del D. S. No.005-90-SA y la Ley 26842.

En primera instancia, (Exp. No. 58508-2002), **mediante Resolución No. 12, del 23.06.04, el Decimocuarto Juzgado Especializado Civil de Lima**, declaró fundada la demanda imponiendo al Estado - Ministerio de Salud abonar al demandante y a su esposa, como padres de la menor Karen Janet Sánchez Amador, la suma de S/. 50,000.00 (cincuenta mil nuevos soles) más intereses legales, en concepto de toda indemnización por daños y perjuicios; y para prevenir situaciones similares a la de autos se recomendó que el Estado, a través de sus órganos pertinentes, tome las medidas necesarias que aseguren una eficiente atención médico-quirúrgica a los menores en edad escolar que requieran ser atendidas por emergencia de los hospitales públicos. Respecto del SEG se observó que:

"QUINTO. - Entre partes tampoco se discute que la paciente gozaba del Seguro Escolar Gratuito, creado por Resolución Ministerial número 076-99-SA/DM del diecisiete de febrero de mil novecientos noventa para la implementación, conducción,

administración y desarrollo del seguro de salud a favor de la población escolar de tres a diecisiete años de edad; norma que según la certificación de fojas trece, expedida por la Editora del Peruano el once de setiembre del dos mil dos, no ha sido publicada en ese diario oficial.

A la fecha del evento el Seguro Escolar Gratuito había sido asumido por la Unidad de Seguro Público del Ministerio de Salud, por mandato de la Resolución Ministerial 398-2001 -SA/DM del trece de julio del dos mil uno (tampoco publicada en las ediciones del diario oficial del mes de julio), el cual, posteriormente, pasó a ser administrado por la Unidad de Seguro Integral de Salud constituida por Resolución Suprema 445-2001-SA, publicada el uno de noviembre del mismo año, como parte del Sistema Integral de Salud (SIS)".

La fundamentación jurídica fue la siguiente:

"V. DEL DAÑO A LA SALUD DE LA MENOR JANET KAREN

DÉCIMO TERCERO.- Con arreglo a los artículos 3 de la ley 26842, 1 de la ley 27634 y 3.1 y 4 del decreto supremo 015-2002-SA la atención de emergencia es la que presta un establecimiento de salud a quien o su vida y cuya remoción requiere atención y procedimientos médicos y/o quirúrgicos inmediatos, así como el empleo de recursos técnicos, de diagnóstico, de personal, equipamiento y manejo terapéutico. Es decir que el derecho de la menor a recibir atención de emergencia incluía el de que se le practicara la TAC.

Por su parte, la atención por efecto del seguro escolar alcanzaba exámenes especiales como la TAC; así lo ha reconocido el doctor Rafael Maximiliano Delgado Coordinador del Seguro. Escolar Gratuito del Hospital Hipólito Unanue al contestar la cuarta pregunta de su declaración prestada ante el instructor policial, que en copia certificada obra a fojas, veintidós y siguientes.

Esta declaración tiene una especial importancia en la controversia porque el cargo de quien la formula no permite dudar sobre les alcances del seguro, ya que no es posible determinarlos con mayor detalle en la medida que la norma que lo creó y que estaba vigente a la fecha que se produjo el evento, no ha sido publicada.

DÉCIMO CUARTO.- Se ha señalado que en la fecha del evento el servicio de TAC era prestado por tercero a quien el Hospital Hipólito Unanue facilitó un espacio dentro de sus instalaciones para que implementara un centro que lo prestara a determinadas tarifas, con la obligación de efectuar un examen gratuito por cada quince exámenes pagados, los que según la octava estipulación del contrato de fojas ciento cincuenta se debía prestar previa autorización del Servicio Social.

DÉCIMO QUINTO.- Según el informe de la TAC lo menor sufrió una hemorragia cerebral que fue causa de que las estructuras cerebrales se comprimieran al punto

de producirse desplazamiento de la línea media en sentido contralateral; caso que como lo estimó el médico de emergencias, era de urgente atención y por tanto, grave.

Por eso consideramos que al no realizarse la TAC en el servicio instalado en el mismo Hospital Hipólito y derivando a la paciente, para su práctica, de un hospital a otro se perdió tiempo que resultaba valiosísimo para la determinación del tratamiento médico que se debía aplicar para mantener su vida con el menor daño posible a su salud.

Es obvio, como lo dice el representante del órgano estatal demandado en su contestación a la demanda, que la oportunidad en que se tomó la TAC, por sí misma, no causó la muerte pero, indudablemente, contribuyó a esa fatalidad porque la demora impidió un diagnóstico y tratamiento oportunos que pudieron, si no evitar que su salud quedara indemne, por lo menos, que se conservara su vida.

DÉCIMO QUINTO (SIC).- Al producirse el evento, la Ley de Emergencias 19609 había sido derogada por ley 26842, cuyo artículo 3 reconoció el derecho de las personas a recibir atención de emergencia pero remitió la regulación de los criterios para prestarla a un reglamento que a dicha fecha aún no se había sancionado, dado que el artículo fue modificado recién por ley 27604 -posterior al evento- estableciéndose que el reembolso de gastos se haría después de atendida la emergencia y conforme a la evaluación del Servicio Social.

Sin embargo ese vacío legislativo no justificó, dada la gravedad de! caso de la menor, que se demorara la TAC remitiendo a la menor al Hospital María Auxiliadora de Villa El Salvador, cuando en el hospital que se le atendía se brindaba el servicio por tercero, con quien se pudo tratar o negociar la atención urgentemente requerida" (el subrayado es mío).

Respecto de la responsabilidad del Estado se sostuvo que:

"DÉCIMO SEXTO.- Consideramos, vistos los fundamentos anteriores, que el Estado - Ministerio de Salud es responsable por las deficiencias que acusó el sistema de salud en la atención de emergencia de la menor Janet Sánchez Amador, porque ellas evidencian el incumplimiento de su deber constitucional de organizar los servicios hospitalarios y el sistema del seguro escolar a través del Ministerio de Salud cuya función, regulada en ese entonces por la Ley de Organización y Funciones del Ministerio de Salud decreto legislativo 584 y su reglamento aprobado por el decreto supremo 002-02-SA es proteger la salud de la persona humana en general y de los menores escolares, en particular, necesitados de la atención de emergencia que solicitó la menor Janeth Sánchez Amador.

DÉCIMO SETIMO. - Adherimos la tesis de Fernando de Trazegnies en el sentido que la responsabilidad del Estado por la organización de los servicios públicos, entre ellos los que se prestan en los hospitales públicos, es de naturaleza extracontractual y que se encuentra regulada por el artículo 1970 del Código Civil; sin embargo,

reconocemos con el mismo autor, que la línea que separa esta responsabilidad de la normada en el artículo 1969 es en ocasiones muy tenue, como sucede en este caso, pues, como veremos más adelante el personal médico y auxiliar encargado de atender a la menor actuó, administrativamente, en forma negligente al no aplicar el ordenamiento que regulaba la atención de emergencia de los menores en edad escolar y, por tanto, le alcanza también la responsabilidad vicaria prevista por el artículo 1981.

DÉCIMO OCTAVO.- Además, estimamos que la responsabilidad del Estado por la deficiente atención hospitalaria proviene de una obligación de medios, con lo cual disintimos de la opinión del mismo autor que afirma que esta solo opera en sede de la responsabilidad contractual.

En efecto, la distinción que hace la doctrina entre obligaciones de resultado y de medios parte de reconocer que la primera surge de la que tienen las personas de dirigir su actividad hacia un resultado determinado, resultando responsables si este no es obtenido; por ejemplo, el dueño de una fundición a quien la ley le impone el deber jurídico de ejercer su actividad sin causar daño, responderá civilmente de producirse este por emanaciones tóxicas. La segunda, se da cuando la persona se obliga a poner todos los medios a su alcance en pos de la obtención de un resultado, independientemente de que éste se obtenga o no; por ejemplo el médico que practica una apendicetomía no responderá civilmente si el paciente muere, en tanto haya cumplido con los procedimientos recomendados por la *praxis* médica.

Dicho de otro modo, la responsabilidad por una obligación de medios no se genera porque el resultado querido no se alcance sino porque no se cumple con proveer los medios o con realizar la conducta adecuada para alcanzarlo que es la responsabilidad que le cabe al Estado en el presente caso, en el que no responde por la muerte de la menor sino por no proveer un sistema de salud que de haber sido suficientemente eficiente pudo evitar ese resultado.

DÉCIMO SETIMO (SIC).- En efecto, el Estado al garantizar a los ciudadanos su derecho a la salud y a los escolares que ese derecho será cubierto por un seguro público, se obliga no solo a crear un sistema adecuado para esos propósitos sino a organizarlo de modo que resulte eficiente para la atención integral del paciente al margen de que el resultado sea que este conserve su salud o su vida, ya que se trata de bienes, ambos inapreciables, cuya conservación depende muchas veces de circunstancias aleatorias.

DÉCIMO OCTAVO (SIC).- Es evidente que el Estado Peruano debe cumplir este deber con sus propios recursos los que, como es de conocimiento general, son escasos. De ahí que sea comprensible que para atender los requerimientos del sector salud, por el artículo 18, cuarto punto, del decreto supremo 005-00 del veinticinco de mayo de mil novecientos noventa, se haya facultado a los directores de los hospitales públicos que no cuenten con equipamiento en determinadas especialidades a contratar de terceros la prestación de servicios TACs.

Sin embargo no es aceptable que la normativa no haya cuidado de disponer la inclusión en los contratos que se celebren de cláusulas que garanticen, siquiera mínimamente, la prestación gratuita de los servicios en casos como el presente; o que, en su caso, sin perjudicar el interés privado propongan alternativas de solución como podría ser la atención gratuita de un número determinado de esos pacientes corriendo el Hospital con el exceso a costo preferencial; renovación de los contratos en función al número de atenciones gratuitas, etcétera.

DÉCIMO NOVENO.- Si bien es cierto que la cláusula octava del contrato de fojas ciento cincuenta contiene el acuerdo por el cual la concesionaria debía dar una atención gratuita por cada quince pagadas, también lo es que dicha estipulación no satisface la finalidad a la que debe dirigir el Estado sus contrataciones de tercerización de los servicios de salud porque no garantiza la atención de casos como el de Janeth Karen, dado que no especifica si esas emergencias se considerarían necesariamente entre las gratuitas que se pactaron; tampoco cómo se atenderían si así se calificaban: en la frecuencia convenida o en el momento que ellas se presentaran; y, finalmente, cómo se procedería si las emergencias excedían a las atenciones gratuitas pactadas.

VIGÉSIMO.- También existe responsabilidad del Estado porque el Seguro Escolar se creó en febrero de mil novecientos noventa y nueve resultando inexplicable que desde esa fecha hasta la del requerimiento de la cobertura por los padres de la menor, la Coordinación General del Hospital Hipólito Unanue no hubiera implementado algún sistema para que la concesionaria prestara el servicio a favor de sus beneficiarios y que recién por oficio de fojas veintiuno del ocho de setiembre del dos mil uno después de producido el evento, solicitara a la Dirección General que efectuara coordinaciones tendientes a ese propósito.

VIGÉSIMO PRIMERO.- A igual conclusión llegamos si examinamos la responsabilidad del Estado desde la perspectiva de la atención por emergencia porque tampoco se explica, frente a la situación en que se encontraba la menor, que la Asistente Social del Hospital Hipólito Unanue se hubiere limitado a levantar la información del documento de fojas setenta y nueve sin informar al médico responsable del área sobre la necesidad de coordinar la forma en que el concesionario pudiera prestar el servicio, sea gratuitamente, al costo que los padres pudieran pagar o en el peor de los casos con cargo a que se regularizara el pago posteriormente, por los padres o por el mismo Hospital. Esa conducta omisiva infringió no solo los deberes de función sino también el deber de solidaridad que tenemos todas las personas frente a casos como el citado y que el artículo IV de la Ley de Salud entonces vigente imponía al individuo, la sociedad y el Estado.

VIGÉSIMO SEGUNDO.- Además, cabe resaltar la incongruencia del informe social porque, primero, señala que la paciente ingresó a emergencia conducida por su madre y, seguidamente en el rubro observaciones, que “no hay familiares”. Esto permite afirmar que la Asistente pese a que le constaba el mal estado de la paciente (así lo dejó indicado en su propio informe) negligentemente no hizo mayor indagación ni

se entrevistó con el médico de emergencias que la atendía, de quien hubiera podido obtener información sobre las dificultades que se presentaba para hacer la TAC y de ese modo, hacer las gestiones necesarias para removerlas.

VIGÉSIMO TERCERO.- Lo mismo sucede con el médico que atendió a la menor de emergencia porque aun cuando su actuación médica no es cuestionable ni ha sido cuestionada por la demandante, no resulta satisfactoria su conducta desde que tampoco realizó gestión alguna ante el funcionario administrativo responsable del área, para que se realizara la prestación que se requería teniendo en cuenta que él mismo había calificado de urgente que la paciente pasara con la TAC al consultorio de neurología para su evaluación y diagnóstico definitivo.

VIGÉSIMO CUARTO.- Estos hechos, apreciados en conjunto producen convicción que en que en el caso de autos los encargados de la atención de emergencia del Hospital Hipólito Unanue no cumplieron con las normas que regulaban en dicha época la atención de emergencia y la del Seguro Escolar, así como que no existían directivas de los órganos ni el sector salud ni en el mismo Hospital Hipólito Unanue, sobre la forma de atender las de los menores en edad escolar que no estuvieren en condiciones de pagar el servicio de TAC prestado por terceros; deficiencia de la cual es responsable el Estado, como ha quedado dicho, sin que pueda alegarse en contrario la escasez de recursos porque estos deben administrarse priorizando el cumplimiento del deber de proteger la vida y salud de las personas y de proteger al menor en edad escolar.

La Primera Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Lima, con resolución del 05.09.05, confirmó la decisión.

Nos encontramos frente a un caso de un seguro (formalmente absorbido por el SIS; pero en realidad “extinto”) que fue solemnemente proclamado y groseramente incumplido. Ahora bien, el no haberse practicado oportunamente la tomografía axial computarizada en una situación de emergencia, bajo la “cobertura” del seguro escolar gratuito ¿es un supuesto de responsabilidad civil contractual o extarcontractual? Téngase en cuenta que durante el proceso no se discutió la existencia de tal seguro. Entonces, el Estado, al haber creado el Programa de Administración de Riesgo de Salud Escolar (ARSE) “encargado de implementar, conducir, administrar y desarrollar” el SEG, asume la **obligación (legal)** frente a “la población escolar a partir de los tres (03) hasta los diecisiete (17) años inclusive, matriculada en centros y programas educativos públicos, a nivel nacional”.

Segundo caso: Johnny Reusche Flores y Eduardo Fernando Reusche Tejero, interpusieron una demanda de indemnización por daños y perjuicios contra el Banco de Crédito del Perú - Sucursal Sullana; pretendiendo que se les pague una suma no menor de doscientos cuarenta y cuatro mil quinientos seis y 79/100 dólares americanos por concepto de los daños y perjuicios, así como los intereses legales y las costas y costos del proceso. Los demandantes, en esencia, sustentaron las pretensiones en lo siguiente:

- a) Alegaron que la demandada incumplió sus obligaciones como entidad financiera y les perjudicó en sus derechos a acogerse al Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado mediante el Decreto de Urgencia N° 059-2000, ya que dicha entidad bancaria no tramitó sus solicitudes de acogimiento a tal programa, generándoles daños.
- b) Sostuvieron que, como daño emergente, el codemandante Eduardo Fernando Reusche Tejero perdió la propiedad de su bien inmueble valorizado en la suma de ciento sesenta y cinco mil cuarenta y dos y 00/100 dólares americanos, al habérselo adjudicado la demandada en la suma de sesenta y cinco mil quinientos setenta y 95/100 dólares americanos; por ello, la diferencia de noventa y nueve mil cuatrocientos setenta y uno y 05/100 dólares americanos le debe ser restituida.
- c) Indicaron que por lucro cesante, los recurrentes perdieron la posibilidad de reestructurar y reducir su deuda total de cien mil cincuenta y nueve y 57/100 dólares americanos a cuarenta mil veintitrés y 83/100 dólares americanos, esto es, beneficiarse con la deducción del sesenta por ciento (60%) de ella en un monto de sesenta mil treinta y cinco y 74/100 dólares americanos, al encontrarse calificada su deuda como pérdida por el propio Banco demandado.
- d) Afirmaron que por daño moral se les debe pagar la suma de ochenta y cinco mil y 00/100 dólares americanos, no solo por el incumplimiento en que incurrió la demandada al no calificar oportunamente sus solicitudes de acogimiento al Programa de Rescate Financiero creado por el Decreto de Urgencia N° 59-2000, sino también por la pérdida de su propiedad, el resquebrajamiento del estado de salud de Eduardo Fernando Reusche Tejero, la detención de la que fue víctima Johnny Reusche Flores, así como su mala calificación financiera en las centrales de riesgo.
- e) Refirieron que todos esos daños son consecuencia directa e inmediata del incumplimiento en que incurrió la demandada al omitir calificar las solicitudes que, en diversas oportunidades, desde el cuatro de setiembre del año dos mil, le presentaron para acogerse al Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado por el Decreto de Urgencia 059-2000

- f) Acusaron a la demandada que en forma dolosa, o cuanto menos negligente, incurrió en inexecución de lo dispuesto por dicha norma legal, y prosiguió con la ejecución de las garantías que otorgaron para garantizar el cumplimiento de las obligaciones que asumieron frente al Banco hasta culminar con el remate de la parcela dada en garantía hipotecaria por Eduardo Fernando Reusche Tejero, sin que hasta la fecha de presentación de la demanda se haya recibido respuesta alguna sobre las referidas solicitudes de acogimiento.
- g) Imputan al ente demandado haber llevado a cabo todos los medios procesales y extraprocesales para evitar que los recurrentes se acojan al Programa de Rescate Financiero Agropecuario, no obstante corresponderles dicho beneficio, lo que les generó la pérdida de la propiedad de su inmueble, la imposibilidad de reestructurar los pasivos del recurrente Johnny Reusche Flores, la imposibilidad de obtener los beneficios económicos y financieros de las normas de rescate financiero que se introdujeron a su relación contractual.

El Banco de Crédito del Perú dedujo la **excepción de prescripción extintiva** de la acción al estimar que:

- a) El petitorio está constituido por una pretensión indemnizatoria por presuntos daños y perjuicios que supuestamente habría ocasionado el Banco a los demandantes.
- b) Tal pretensión se sustenta en el supuesto perjuicio ocasionado por el Banco al no valorar el Informe de Riesgo elaborado el veintiocho de octubre de mil novecientos noventa y ocho y el Informe Técnico del ingeniero Roger Farfán del mismo año, a través de los cuales los demandantes hubieran podido refinanciar sus obligaciones en el marco del Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado por el Decreto de Urgencia N° 059-2000 para que accedan a los beneficios que contempla dicho régimen.
- c) Se debe tomar en cuenta la fecha de expedición de tales documentos a fin de poder analizar si la pretensión indemnizatoria de los actores se encuentra dentro del plazo legal para ser ejercitada; pues, afirma que tal pretensión ha prescrito en virtud de lo dispuesto por el inciso 4 del artículo 2001° del Código Civil, ya que a la fecha transcurrió en exceso el plazo legal de dos años a fin de poder accionar una indemnización en base a dichos documentos por el supuesto actuar negligente o, doloso del Banco.

El Primer Juzgado Especializado Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana emitió resolución, con fecha once de mayo de dos mil doce, en la cual declaró fundada la excepción de prescripción extintiva, en conse-

cuencia nulo todo lo actuado y concluido el proceso, al determinar lo siguiente:

- a) En el caso existía una relación contractual entre los demandantes, Jhonny Reusche Flores y Eduardo Fernando Reusche Tejero, y el Banco demandado, al ser aquellos clientes de éste; en virtud de esta relación contractual los demandantes tenían créditos pendientes de pago con el Banco, producto de los contratos de prenda agrícola suscritos entre ellos y de las líneas de créditos concedidas por el ente demandado con el respaldo de garantías hipotecarias y pagarés.
- b) La imposibilidad del pago de tales obligaciones por parte de los actores motivó que éstos soliciten al Banco acogerse al Programa de Rescate Financiero Agropecuario aprobado por Decreto de Urgencia N° 059-2000; por ello, el hecho de no haberse atendido esas solicitudes es lo que les ocasionó el daño cuya indemnización reclaman los actores.
- c) La dación del referido decreto de urgencia generó en el Banco una obligación nueva, no existente en el inicio de las relaciones contractuales entre las partes, esto es, generó una obligación impuesta por ley; por lo que, su inobservancia, no acarrea un incumplimiento de alguna de las obligaciones contractuales que surgen entre las partes, sino el incumplimiento de un deber específico que le viene impuesto por el ordenamiento jurídico y, en cuanto perjudica al interés de otro viciándolo, ocasiona un daño que en contraposición al contractual se conoce como extracontractual; por ello, debe interpretarse que la acción indemnizatoria ejercitada es la de la responsabilidad civil extracontractual cuyo plazo de prescripción es de dos años, de conformidad con lo previsto en el artículo 2001°, inciso 4, del Código Civil.
- d) Al acontecer el evento dañino en el año dos mil, y por tener los demandantes dos años para ejercitar su acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual, al año dos mil diez, en que se interpuso la demanda, el plazo de prescripción transcurrió en exceso, por lo que debe ampararse la excepción deducida.

En segunda instancia, la Sala Civil de la Corte Superior de Justicia de Sullana emitió la resolución de vista de fecha seis de setiembre de dos mil doce, que confirmó la resolución apelada por similares fundamentos. La Sala Civil Permanente de la Corte Suprema de Justicia de la República, (CAS. N° 252-2013 SULLANA) declaró infundado el recurso de casación en atención a que:

- “1. En el recurso, básicamente, los demandantes denuncian que se infringió el artículo 2001°, inciso 4, del Código Civil, ya que éste se aplicó indebidamente al caso, sin tener en cuenta que la pretensión indemnizatoria que ellos plantearon es una de responsabilidad civil contractual y no así una extracontractual.

2. El citado artículo 2001°, inciso 4, establece el plazo de dos años en que prescribe, entre otras acciones, la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual.
3. En ese orden de ideas, era conveniente determinar si en el caso los demandantes ejercitaron la acción indemnizatoria por responsabilidad civil contractual como lo alegan o si, por el contrario, ejercitaron la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual como lo determinaron las instancias de mérito.
4. Ahora bien, luego de examinarse la resolución impugnada, se aprecia que ésta confirma la apelada, que declara fundada la excepción de prescripción extintiva, al considerar esencialmente que el petitorio indemnizatorio tiene como causa de pedir el incumplimiento de una obligación que surge no de los contratos de préstamo dinerario y línea de crédito a los que aluden los demandantes sino del Decreto de Urgencia N° 059-2000, que aprueba el Programa de Rescate Financiero Agropecuario cuyo objeto fue contribuir a la refinanciación de las deudas por créditos agropecuarios con instituciones del Sistema Financiero.
5. Esta Sala Suprema estima que la determinación realizada por las instancias de mérito respecto a cuál es la causa de pedir que sustenta el petitorio en este proceso es acorde a lo que los propios demandantes señalaron no solo en su escrito de demanda, al alegar que "(...) el demandado incumplió sus obligaciones como entidad financiera y les perjudicó en sus derechos de acogerse al Programa [citador, sino también en su escrito de absolución de la excepción, en que indicaron que el hecho dañoso lo constituye "la no atención de la solicitud de acogimiento al [referido] Programa de Rescate Financiero Agropecuario".
6. De modo que si ello es así y la conducta antijurídica que le imputan los demandantes al Banco demandado es por no atender las diversas solicitudes que le presentaron aquellos para acogerse a tal programa de rescate financiero, según sus solicitudes de fechas cuatro de setiembre de dos mil, veintiocho de junio de dos mil uno y veinticinco de enero de dos mil dos, obrantes a fojas quince, diecinueve y veinte de autos, respectivamente, es evidente que no se incurrió en error al interpretar que el evento dañino se produjo como consecuencia de un hecho concreto (falta de evaluación de las solicitudes de acogimiento al Programa de Rescate Financiero Agropecuario) que no se deriva de las prestaciones expresamente estipuladas en los contratos de préstamo y línea de crédito que los demandantes tenían suscrito con el Banco, sino del marco normativo que se implementó con el objeto de contribuir a la refinanciación de las deudas por créditos agropecuarios con instituciones del Sistema Financiero según las disposiciones de dicho Decreto de Urgencia N° 059.-2000.
7. En tal contexto, lo que se aprecia es que en el caso no existía una relación obligatoria entre los demandantes y el Banco, sino deberes jurídicos que le impuso el Decreto de Urgencia N° 059-2000, tanto a las instituciones financieras que

participen en el citado programa como a los beneficiarios que soliciten su acogimiento al mismo.

8. Por ende, no se advierte que el evento dañino se origine de la inejecución de prestaciones derivadas de una relación obligatoria existente entre los demandantes y el Banco; por lo que, siendo esto así, las instancias de mérito actuaron adecuadamente al interpretar que la acción indemnizatoria ejercitada por los demandantes es por responsabilidad civil extracontractual.
9. Ante tal determinación era evidente que el plazo de prescripción que se debió aplicar para resolver la excepción de prescripción extintiva deducida por el Banco demandado era el de dos años previsto en el artículo 2001º, inciso 4, del Código Civil.
10. Es conveniente puntualizar que en los casos de responsabilidad civil extracontractual la acción indemnizatoria que se ejercita es por el daño causado por dolo o por culpa, o por el uso de un bien riesgoso o peligroso, o por el ejercicio de una actividad riesgosa o peligrosa, y sin que el autor del daño y la víctima hayan estado vinculados, previamente, por una relación jurídica de naturaleza contractual o de otra naturaleza, pues como consecuencia del daño causado se entabla recién la relación jurídica que constituye a la víctima en el sujeto pretensor de la indemnización¹.
11. En el caso, respecto de las obligaciones que impuso el Decreto de Urgencia N° 059-2000, se advierte que son las solicitudes de acogimiento al referido programa presentadas por los demandantes al Banco, y no atendidas por esta entidad financiera, la que recién entabla una relación jurídica entre las partes derivada de la falta de evaluación y calificación de su solicitud que le habría permitido a los demandantes gozar de los beneficios que otorgó el marco legal establecido por dicho decreto de urgencia, y esta relación es completamente distinta a la que tenían ya anteriormente aquellos como consecuencia de estar vinculados por el aludido contrato de préstamo.
12. Por todo lo expuesto, no se evidencia que en el caso se incurra en infracción normativa del artículo 2001º, inciso 4, del Código Civil por ser la norma pertinente al caso, toda vez que la causa de pedir que sustenta el petitório indemnizatorio corresponde a un supuesto de responsabilidad civil extracontractual. Por tal razón, debe desestimarse por infundado el recurso”.

EL COMENTARIO

La decisión del segundo caso resulta curiosa y “creativa”, por decir lo menos:

- a. El art. 5 del Decreto de Urgencia N° 059-2000, por el que se autoriza la emisión de bonos del Tesoro Público que se utilizarán para apoyar programas de rescate financiero agropecuario (RFA) y de fortalecimiento patrimonial de empresas (FOPE), del 15.08.00, establece que:

“La elegibilidad de los beneficiarios del RFA y del FOPE dependerá de la evaluación que realicen las IFIs (Instituciones del Sistema Financiero), la que deberá centrarse en la viabilidad económica y financiera de dichos beneficiarios.

Los programas aprobados por la presente norma son excluyentes entre sí, razón por la cual los beneficiarios sólo podrán acogerse a uno de ellos.

El plazo para acogerse a los programas vence el 30 de junio de 2001“ (el agregado es mío).

- b. La responsabilidad alegada por la parte demandante se basa en que entre el Banco de Crédito y aquella ya existía una relación contractual. Sin embargo, para las instancias (primera y segunda), se trata de una obligación “nueva” impuesta por ley, que escapa del marco contractual entre las partes. Para la Corte Suprema es un “deber jurídico”.
- c. En verdad, si la razón de ser de esta ley es la de refinanciar la situación de las empresas del sector agropecuario y se encarga a las mismas entidades del sistema financiero (con las cuales ya tienen una relación contractual) hacer la evaluación crediticia, no se entiende cómo la responsabilidad por la falta de dicha evaluación y calificación de la solicitud de refinanciación escapa de la órbita contractual. ¿Qué “varita mágica” ha transformado lo contractual en extracontractual?

Atenta doctrina nacional estima que “ante casos de duda o en los que la fuente de la obligación sea la ley y esta no diga que será considerado contractual, la regla a aplicar por defecto sería la del sistema de responsabilidad contractual”¹⁸. Contrariamente se afirma que, “con la dación del mencionado decreto de urgencia lo que se estableció era una verdadera obligación (de fuen-

18 José GABRIEL RIVERA, *Obligaciones de fuente legal: ¿contractual o extracontractual?*, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, No. 26, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, 214.

té legal) para las entidades bancarias de tramitar los planes de refinanciamiento que les soliciten, siempre que los solicitantes cumplan con los requisitos de ley”¹⁹, agregando que “si bien estamos ante una nueva obligación (como lo señala la Corte Suprema), no nos queda duda de que la referida obligación, al ser imperativa, se integró a los diversos contratos existentes entre los particulares y a entidades bancarias referidas a créditos agropecuarios, por lo que, con mayor razón, lo que debió haberse aplicado es la responsabilidad contractual”²⁰.

El pecado de haber tratado (históricamente) de manera distinta lo que es en esencia una sola unidad, ha llevado a una suerte de maldición secular que se arrastra por generaciones de juristas y operadores jurídicos. En efecto, en el particular caso del **incumplimiento de las obligaciones que nacen *ex lege***, existe discusión en doctrina y en jurisprudencia si debe ser tratado en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. El problema –como se puede apreciar en este último caso– es de importante trascendencia práctica, tanto es así que, de ser considerado como un supuesto de responsabilidad extracontractual, el plazo prescriptorio ya venció.

Como ya se advirtió al inicio, no se debe caer en automatismos en la respuesta por el sólo hecho que la obligación nazca por ley: es menester analizar el caso concreto para determinar si la naturaleza es contractual o extracontractual. En efecto, la fórmula “obligaciones que nacen de la ley” “mas que designar un tema homogéneo, constituye una sugestión: un transversal y problemático renvió al dualismo entre hecho y norma”²¹. Así, “en las leyes que –a través del “otorgamiento” del dinero público– pretenden incentivar y promover determinada actividad, es posible, aunque no muy frecuente, que los criterios de individualización de los beneficiarios sean directa y exhaustivamente establecidos: en tales supuestos, pueden ser utilizadas las normas del código civil en materia del promesa al público (arts. 1989-1991 c.c.ita.)”²². En el Código civil peruano, las normas de **promesa al público** están contenidas en los artículos 1959 y 1960. El primero de estos regula lo siguiente:

19 Héctor CAMPOS GARCÍA, *Daños derivados del incumplimiento de obligaciones de fuente legal (ex lege). ¿responsabilidad contractual o extracontractual?*, Gaceta Civil & Procesal Civil, No. 30, Gaceta Jurídica, Lima, 2015, 163-164.

20 Héctor CAMPOS GARCÍA, *op. cit.*, 164.

21 Donato CARUSI, *Le obbligazioni nascenti dalla legge*, ESI, Napoli, 2004, 7.

22 Donato CARUSI, *op. cit.*, 62.

“Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública”.

Entonces, al haberse comprometido públicamente el Estado, sea a través de una resolución ministerial o de un decreto de urgencia, a ofrecer el seguro escolar gratuito o de apoyar económicamente a las empresas agropecuarias, y no cumplir (o cumplir inexactamente) con ello, se estaría incurriendo en responsabilidad contractual (*rectius*, obligacional). En efecto, este tipo de anuncio que se da a través de una norma es fuente de obligaciones. Está bajo el denominado régimen contractual, porque se incumple (o cumple inexactamente) una obligación previamente asumida (en este caso, bajo la forma de una promesa unilateral al público ex art. 1959 c.c.) . En efecto, este artículo regula:

“Aquel que mediante anuncio público promete unilateralmente una prestación a quien se encuentre en determinada situación o ejecute un determinado acto, queda obligado por su promesa desde el momento en que ésta se hace pública”.

Con acierto se advierte que el artículo 1959 del Código Civil no dice “recompensa”, sino “prestación”; esto es, aquella conducta que el deudor debe realizar en interés del acreedor que puede consistir en un dar, hacer, no hacer (o no dar)”²³. Diferente es el escenario de la responsabilidad civil extra-contratual, por cuanto la obligación de reparar surge con la lesión del deber genérico de no dañar.

Téngase presente que del género **promesa unilateral**, se encuentra el supuesto de la promesa al público. El art. 1956 c.c., el cual establece que:

“Por la promesa unilateral el promitente queda obligado, por su sola declaración de voluntad, a cumplir una determinada prestación en favor de otra persona.

23 Henry HUANCO PISCOCHE, *La promesa de pública recompensa*, *Advocatus*, No. 24, Lima, 2012, 212.

Para que el destinatario sea acreedor de la prestación es necesario su asentimiento expreso o tácito, el cual opera retroactivamente al momento de la promesa”.

Sin embargo elemento indispensable para que dicha promesa sea fuente de obligaciones es que conste por ley o sea producto de un acuerdo *inter partes*. Así el art. 1957 norma que:

“La promesa unilateral sólo obliga a la prestación prometida en los casos previstos por la ley o por acuerdo previo entre las partes interesadas”.

Entonces, el requisito de la previsión legislativa está presente tanto en el seguro escolar obligatorio (resolución ministerial) como en el apoyo económico a las empresas agropecuarias (decreto de urgencia), se entiende, si se maneja el sentido formal de la ley, es decir, como toda norma con carácter de generalidad y obligatoriedad emanada por una autoridad competente (que no es necesariamente el Poder Legislativo). La promesa al público “vincula a su autor apenas se haya hecho **pública**. Al respecto se discute si la obligación, si bien *in incertam personam*, surja inmediatamente, o si ésta se perfecciona sólo cuando se verifique el estado de cosas divisado por el promitente. Esta segunda hipótesis es preferible, no porque la indeterminación de la persona del acreedor obsta la configuración de una relación obligatoria (a tal efecto es suficiente que la persona del acreedor sea determinable), sino porque la situación o la acción indicadas en la promesa no podrían verificarse”²⁴. Se agrega que, “la una y la otra, operan como **condición legal** de eficacia del negocio: por lo que, hasta cuando esta última no se verifica, el vínculo que grava sobre el promitente –según el esquema del efecto preliminar reconducible a un supuesto de formación progresiva– se agotará en la **irrevocabilidad** de la promesa”²⁵.

Entonces, el caso de la falta de ejecución inmediata del seguro escolar gratuito es de responsabilidad contractual. Sin embargo, en el segundo caso el afectado no demanda al Estado, sino a la entidad financiera que debió hacer la evaluación y calificación crediticia. Aquí es imperativo tener presente lo siguiente:

²⁴ Luca NIVARRA, *Limeamenti di diritto delle obbligazioni*, Giappichelli Editore, Torino, 2011, 179.

²⁵ Luca NIVARRA, *op. cit.*

- a. El Estado se está haciendo valer de un banco para hacer la evaluación y calificación a efectos de otorgar la subvención a la cual se ha obligado. En mi opinión, este supuesto se debería aplicar el art. 1325 c.c., el cual norma que:

“El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario”.

De esta manera, el Estado sería objetivamente responsable de los daños causados por el banco del cual se ha hecho valer.

- b. En línea de principio, si se quisiera demandar sólo al tercero del cual se valió el deudor, la naturaleza de su responsabilidad sería extracontractual, por cuanto no hay una relación jurídica patrimonial asumida previamente con dicho tercero, el cual viene a ser una suerte de *longa manu* del deudor. En efecto, “el acreedor ostenta un derecho a la prestación sólo con respecto al deudor, mientras, por regla general no tiene pretensión alguna con el auxiliar (salvo una eventual; pero diversa, responsabilidad directa de naturaleza aquiliana -extracontractual- en cabeza a este último)”²⁶.
- c. Sin embargo entre el demandante y el banco ya existía una relación jurídica contractual. Es por eso que no se puede compartir la decisión asumida en esta casación: en efecto, no se trataba de un tercero extraño al solicitante del apoyo económico, justamente, el Estado facultaba (no obligaba) a las instituciones financieras a efectuar la evaluación y clasificación por su particular posición jurídica con el solicitante. Si bien puede entenderse que se trataría de una obligación “nueva”, esta surge de la relación jurídica existente entre el banco y el solicitante. El dato de hecho, que dicha obligación o prestación (evaluar y clasificar) naciera *ex lege*, no transforma –en este caso- la relación jurídica ente el banco y el cliente-solicitante.
- d. Incluso, aun en el escenario que se entienda que esta nueva obligación está fuera del programa contractual cliente-banco, el incumplimiento de

26 Alessandro D’ADDA, Comentario al art. 1228 c.c.ita., en *Commentario del Codice Civile*, dirigido por Enrico GABRIELLI, *Delle Obbligazioni*, a cura de Vincenzo CUFFARO, arts. 1218-1276 c.c.ita., UTET, Torino, 2013, 329.

este sería “contractual” si se tiene presente la teoría del **contacto social**. En efecto, este consiste en “una relación que se deriva del hecho que una de las partes pone su propia esfera jurídica en contacto con la de otra parte. Esta intersección entre dos zonas de interés es considerada suficiente a efectos que surja la relación obligatoria que impone a una parte la protección de la persona y los bienes de la otra”²⁷.

CONCLUSIONES

1. En el particular caso del **incumplimiento de las obligaciones que nacen *ex lege***, existe discusión en doctrina y en jurisprudencia si debe ser tratado en el ámbito de la responsabilidad contractual o extracontractual. El problema es de importante trascendencia práctica, como por ejemplo, en materia del cómputo del plazo prescriptorio.
2. No se debe caer en automatismos en la respuesta por el sólo hecho que la obligación nazca por ley: es menester analizar el caso concreto para determinar si la naturaleza es contractual o extracontractual.
3. Al haberse comprometido públicamente el Estado, sea a través de una resolución ministerial o de un decreto de urgencia, a ofrecer el seguro escolar gratuito o de apoyar económicamente a las empresas agropecuarias, y no cumplir (o cumplir inexactamente) con ello, se estaría incurriendo en responsabilidad contractual (*rectius*, obligacional).
4. En efecto, este tipo de anuncios que se dan a través de una norma constituye fuente de obligaciones. Está bajo el denominado régimen contractual, porque se incumple (o cumple inexactamente) una obligación previamente asumida (en este caso, bajo la forma de una promesa unilateral al público ex art. 1959 c.c.). Diferente es el escenario de la responsabilidad civil extra-contractual, por cuanto la obligación de reparar surge con la lesión del deber genérico de no dañar.
5. En el segundo caso, la posición del banco es la del tercero del cual se vale el deudor (Estado) para cumplir con su obligación; pero por su particular relación (contractual) la (nueva) prestación de evaluación y calificación se integra a la situación jurídica pre-existente. *Ergo*, el plazo prescriptorio era de 10 años.

27 Stefano FAILLACE, *La responsabilità da contatto sociale*, CEDAM, Padova, 2004, 7.