

JUAN ESPINOZA ESPINOZA*

*Responsabilità civile e amministrativa del fornitore di servizi turistici
nell'ordinamento giuridico peruviano***

SOMMARIO: 1. I livelli di tutela in materia di protezione del consumatore in Perù: responsabilità civile e amministrativa. – 2. Un caso peruviano che suscita una certa perplessità. – 3. L'imprevedibilità come criterio per la determinazione del caso fortuito. – 4. Il recepimento dei doveri di protezione e la tutela contrattuale del terzo nell'ordinamento giuridico peruviano.

1. I livelli di tutela in materia di protezione del consumatore in Perù: responsabilità civile e amministrativa

In Perù, la normativa speciale in materia di protezione del consumatore è disciplinata dal Codice di protezione e difesa del consumatore (*Código de Protección y Defensa del Consumidor*, legge n. 29571 del 01.09.10). Nel sistema peruviano, oltre alla protezione giudiziale, è presente anche una protezione amministrativa dei diritti dei consumatori che ha arricchito in modo sostanziale il sistema normativo di protezione vigente, attraverso un'attenta attività giurisprudenziale. Per questo motivo, risulta fondamentale interpretare tale disciplina in modo coordinato e armonico con il codice civile e i principi fondamentali della Costituzione.

* Professore di Diritto civile presso le Facoltà di Giurisprudenza della Universidad Nacional Mayor de San Marcos e della Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro Corresponsiente della Academia de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba. Traduzione di Alessandro Francescangeli, Dottorando di Ricerca in Diritto Pubblico presso l'Università degli Studi di Roma "Tor Vergata".

** Contributo sottoposto positivamente al referaggio secondo le regole del single blind peer-review.

I cc.dd. obblighi di *idoneità* e di *informazione* sono i due pilastri essenziali su cui poggia la protezione apprestata al consumatore. L'obbligo di fornire al consumatore prodotti e servizi adeguati è disciplinato dall'art. 18 del codice di protezione e difesa del consumatore, dove si stabilisce che:

“Si intende per idoneità la corrispondenza tra ciò che un consumatore si aspetta e ciò che effettivamente riceve, in base a quanto offerto, alla pubblicità e alle informazioni trasmesse, alle condizioni e alle circostanze della transazione, alle caratteristiche e alla natura del prodotto o del servizio, al prezzo, tra gli altri fattori, tenendo conto delle circostanze del caso.

L'idoneità viene valutata in base alla natura del prodotto o del servizio stesso e alla sua attitudine a soddisfare lo scopo per cui è stato immesso sul mercato.

Le autorizzazioni rilasciate da organismi statali per la fabbricazione di un prodotto o la fornitura di un servizio, nei casi in cui siano necessarie, non esentano da responsabilità il fornitore nei confronti del consumatore”.

L'obbligo informativo che si impone al fornitore è invece disciplinato dall'art. 2 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, dove si stabilisce che:

“2.1 Il fornitore ha l'obbligo di fornire al consumatore tutte le informazioni rilevanti per prendere una decisione o compiere una scelta di consumo consapevole, nonché per fare un uso o un consumo adeguato dei prodotti o dei servizi.

2.2 Le informazioni devono essere veritiere, sufficienti, di facile comprensione, appropriate, tempestive e facilmente accessibili e devono essere fornite in lingua spagnola.

2.3 Fatti salvi i requisiti specifici delle norme settoriali pertinenti, per individuare le informazioni rilevanti si prendono in considerazione tutte le informazioni senza le quali la decisione di consumo non sarebbe stata presa o sarebbe stata presa in termini sostanzialmente diversi. A tal fine, si deve esaminare se le informazioni omesse distorcano le condizioni dell'offerta presentata al consumatore.

2.4 Nel valutare le informazioni, si deve tenere conto dei problemi di confusione che genererebbero nel consumatore la fornitura di informazioni eccessive o estremamente complesse, considerando la natura del prodotto o del servizio acquistato”.

Dalle norme evidenziate, sono ricavabili in via interpretativa i seguenti criteri:

a. gli obblighi di informazione e di idoneità in capo al fornitore sorgono come meccanismi di tutela del consumatore, finalizzati a livellare la situazione di asimmetria originariamente presente tra le parti.

b. Il fornitore è obbligato a mettere a disposizione quei dati che siano rilevanti per assicurare la consapevolezza del consumatore nelle proprie decisioni e scelte.

c. L'obbligo di idoneità si concretizza nella corrispondenza tra i prodotti e i servizi immessi nel mercato dal fornitore e le aspettative di un consumatore ragionevole.

d. Una delle modalità di soddisfazione di queste aspettative è la garanzia, che non è altro che l'assunzione di responsabilità da parte del fornitore nei confronti del consumatore, nel caso in cui il prodotto o il servizio non soddisfi le relative aspettative.

e. Se non si delimita legalmente o espressamente tale garanzia, si applicherà la presunzione di una garanzia implicita, modellata dagli usi commerciali di ogni caso concreto.

Appare quindi evidente l'inestricabile nesso tra gli obblighi informativi e quelli di idoneità pendenti sul fornitore.

D'altra parte, l'art. 1362 del c.c. peruviano del 1984 prevede che: "I contratti devono essere negoziati, conclusi ed eseguiti secondo le regole della buona fede e della comune volontà delle parti".

Nel preambolo del codice (*Exposición de Motivos*) si evidenzia come le regole di buona fede e comune volontà delle parti "sono quelle che ispirano il rapporto obbligatorio"¹.

De la Puente, a proposito della "regola di condotta" della buona fede, evidenzia come la stessa "orienti l'agire leale del soggetto (negoziante dell'accordo, compimento delle obbligazioni derivanti dallo stesso), potendosi quindi definire buona fede-lealtà"².

Seguendo la linea evolutiva del pensiero storico della dottrina peruviana, si possono identificare i seguenti elementi:

a. l'obbligatorietà dei contratti non è limitata a quanto emerge dal contenuto testuale

¹ Max ARIAS SCHREIBER PEZET, con la collaborazione di Carlos CÁRDENAS QUIRÓS, e Angela ARIAS SCHREIBER MONTERO, *Contratos en General, Código Civil, Exposición de Motivos y Comentarios*, Tomo VI, compilato da Delia Revoredo De Debaquey, Okura Editores, Lima, 1985, p. 25.

² Manuel DE LA PUENTE Y LAVALLE, *El Contrato en general. Comentarios a la Sección Primera del Libro VII del Código Civil*, Vol. XI, Prima Parte, Tomo I, Pontificia Universidad Católica del Perú, Fondo Editorial, Lima, 1998, p. 25.

degli stessi, ma si estende fino a comprendere uno *standard* etico, già costituito dall'equità (art. 1257 c.c. 1852)³ e successivamente dalla buona fede (artt. 1328 c.c. 1936⁴ e 1362 c.c. 1984).

b. In base al principio di buona fede, il carattere obbligatorio dei contratti e, conseguentemente, gli effetti degli stessi, possono sia ampliarsi che ridursi.

c. La buona fede contrattuale implica anche l'agire nell'interesse della controparte, cioè in modo leale.

Come è stato sottolineato a suo tempo, mentre l'art. 168 c.c.⁵ considera il principio di buona fede come un canone interpretativo, l'art. 1362 c.c. ne dà una connotazione duplice: sia come criterio ermeneutico che come regola di condotta. Non va dimenticato che, essendo il principio di buona fede di portata così generale, esso si irradia attraverso un altro gruppo di principi, come – tra gli altri – l'abuso del diritto, la frode alla legge, il *venire contra factum proprium*⁶.

³ Con riferimento all'obbligatorietà dei contratti, l'art. 1257 c.c. 1852 faceva riferimento all'equità, mentre l'art. 1328 c.c. 1936 alla buona fede. A riguardo, José León Barandiarán, scriveva: “Non bisogna fare distinzioni retoriche. Buona fede e correttezza sono gemelli siamesi. Attraverso l'uno o l'altro principio posti come elementi della valutazione del giudice, si arriva al risultato di giudicare il contratto non solo secondo un rigoroso criterio testuale, ma secondo l'interesse sociale e una valutazione assiologica trascendentale, quella della giustizia intrinseca come scopo essenziale di ogni operazione giuridica” (José LEÓN BARANDIARAN, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, Teoría General del Contrato, Voluntad Unilateral y Responsabilidad Extracontractual, Concordado con el Código Civil de 1984, Walter Gutiérrez C. Editor, Lima, 1992, p. 59). Il maestro dell'Università di San Marcos, con riferimento al principio di buona fede, spiegava che “in quanto presuppone come logica premessa la giustizia e l'equità, può consentire, da un lato, di estendere gli effetti del contratto oltre il dato letterale, dall'altro, di limitarli” (José LEÓN BARANDIARAN, *Tratado de Derecho Civil*, Tomo IV, cit., p. 25).

⁴ Ángel Gustavo Cornejo, commentando l'art. 1328 del c.c. del 1936, evidenziava che “la buona fede consiste nel fatto che ogni interessato tenga in conto non solo il proprio interesse, ma anche quello della controparte, essendo entrambi stati determinanti per il raggiungimento dell'accordo” (Ángel GUSTAVO CORNEJO, *Código Civil. Exposición sistemática y comentario*, Tomo II, Derecho de Obligaciones, Volumen II, De los Contratos en General, Librería e Imprenta Gil, Lima, 1939, p. 26). Enrique García Sayán affermava che “le esigenze della buona fede giocano, nel Codice, un ruolo importante, poiché limitano la libertà di contrarre, fungono da guida per l'interpretazione delle dichiarazioni delle dichiarazioni di volontà nei contratti, determinano le modalità di adempimento della prestazione e posso anche servire per giustificare [...] modifiche del contenuto dell'obbligazione, o la liberazione del debitore a causa di un mutamento straordinario e impreveduto delle circostanze” (Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, segunda edición, Editorial San Marcos, Lima, 2004, p. 198. Quest'opera riproduce la tesi dottorale dell'autore (con il medesimo titolo) dell'anno 1942).

⁵ Il quale dispone che: “L'atto giuridico deve essere interpretato in accordo con quanto espresso nello stesso e secondo il principio di buona fede”.

⁶ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Interpretación del negocio jurídico ¿Hacia la búsqueda de “lo expresado” o de “la común intención de las partes” o (simplemente) de un espejismo?*, in *Libro Homenaje a Felipe Osterling Parodi*, Volume I, Palestra, Lima, 2008, p. 692.

Nel caso oggetto della questione, non avendo il *tour operator* informato della presenza del sargasso, sia a livello amministrativo che di diritto civile, si è violato l'obbligo informativo, in applicazione tanto dell'art. 2 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*, legge n. 29571, quanto dell'art. 1362 c.c.

2. Un caso peruviano che suscita una certa perplessità

È possibile far riferimento a un caso rilevante, nel quale tre persone avevano concordato con un'agenzia di viaggi cinque pacchetti turistici per un viaggio a Riviera Maya, in Messico (comprendenti il trasporto di andata e ritorno dall'aeroporto all'albergo e l'alloggio tutto incluso in un hotel con accesso diretto alla spiaggia). La problematica è emersa quando, al loro arrivo, i clienti hanno costatato come la spiaggia fosse piena di alghe a causa di un fenomeno naturale denominato "*Sargazo*" (consistente nella massiccia presenza dell'alga sargasso). I consumatori hanno denunciato l'omessa informazione a riguardo, chiedendo, come misura indennitaria, il rimborso integrale di quanto pagato. La Sezione specializzata della protezione del consumatore, con la Resolución n. 0769-2021/SPC-INDECOPI, del 07.04.21, confermando la decisione di primo grado, ha dichiarato fondate le posizioni del consumatore, considerando quanto segue:

"26. A tal riguardo, si rileva come il fenomeno fosse costante dalla fine del 2014. A questo proposito, poiché l'attività commerciale di Sigma 4 era quella di fornire servizi turistici, l'agenzia si trovava nella migliore posizione per averne contezza – come è stato dimostrato – così come rientrava nella sua sfera di controllo il poter fornire tutte le informazioni relative alle eventualità che potevano verificarsi nelle diverse destinazioni turistiche che offriva ai clienti, in modo che questi potessero prendere una decisione di consumo adeguata, data la sua condizione di specialista e di conoscitrice del settore di mercato di riferimento.

27. Pertanto, questa Camera ritiene che Sigma 4 avrebbe dovuto informare i ricorrenti della possibilità di questo evento, soprattutto considerando che la sua presenza era stata costante negli ultimi anni. Tuttavia, ciò è stato rivelato e/o confermato dal fornitore ai ricorrenti solo una volta che questi ultimi erano già giunti a destinazione, momento in cui ne erano venuti direttamente a conoscenza riscontrando la presenza del

fenomeno naturale in questione.

[...]

30. D'altra parte, sebbene Sigma 4 abbia sostenuto che la presenza dei sargassi fosse dovuta a un fenomeno naturale imprevedibile – causato dal riscaldamento delle acque e dall'aumento delle correnti marine – già affrontato e valutato di scarsa rilevanza dal governo messicano e dalle strutture alberghiere della Riviera Maya a partire dal 2015, la verità è che ciò non appare conforme alla realtà, come verificato dalle informazioni contenute nel sito web del governo messicano⁷, che tratta questo fenomeno con la dovuta rilevanza, evidenziandone le conseguenze di natura ecologica, turistica ed economica.

31. Allo stesso modo, sul punto in questione, la Corte ritiene che, dal punto di vista di qualsiasi consumatore che acquisti un pacchetto turistico per Cancun, sarebbe normale aspettarsi di usufruire delle spiagge situate nella suddetta regione in condizioni normali e non di essere sorpreso da un paesaggio totalmente diverso a causa della presenza di un fenomeno naturale, a maggior ragione se non era stato precedentemente informato di tale possibilità, e pertanto tale argomentazione non può trovare accoglimento.

32. Per quanto riguarda l'argomentazione di Sigma 4 secondo cui i *resorts* turistici avrebbero compensato il problema del fenomeno in questione migliorando le strutture delle piscine e le aree delle terrazze che si affacciano sulle spiagge, al fine di evitare qualsiasi tipo di disagio da parte degli ospiti, va detto che ciò non può in alcun modo giustificare il fatto di non aver informato tempestivamente i ricorrenti del fenomeno dei sargassi. Questo perché la decisione di consumo presa dagli stessi nello scegliere Cancun come destinazione del loro pacchetto turistico, non poteva essere basata unicamente sulle caratteristiche della struttura alberghiera, ma piuttosto per l'attrazione principale del luogo, cioè le sue spiagge, e poiché queste ultime potevano essere alterate in qualche modo, ciò doveva essere preventivamente riferito dal prestatore dei servizi. Pertanto, anche tale argomento non può essere accolto.

33. Fermo restando quanto sopra, occorre precisare che, sebbene le spiagge e il mare fossero beni pubblici, è certo che, poiché l'albergo concordato vi aveva accesso

⁷ <https://www.gob.mx/semar/prensa/en-el-plan-general-de-atencion-al-sargazo-la-semar-instituciones-de-los-tres-ordenes-de-gobierno-y-sociedad-civil-han-recolectado-mas-de-38-mil-ton-209527>.

diretto, l'agenzia di viaggi era tenuta a fornire agli utenti tutte le informazioni che potevano essere collegate a tali beni, soprattutto se vi era un fattore naturale ricorrente nel suo aspetto e che variava notevolmente lo stato del mare e delle spiagge di Cancun”.

La decisione appare pienamente condivisibile riguardo al fatto che l'obbligo informativo sia stato violato e che il fornitore fosse nella posizione migliore per segnalare questo fenomeno (nonostante i consumatori avessero potuto prenderne conoscenza anche attraverso i *social network*). Tuttavia, appare eccessiva la misura correttiva del rimborso dell'intera cifra pagata. Nella decisione troviamo un'opinione dissenziente, nella quale si sostiene che:

“3. A riguardo, il giudice che sottoscrive il presente voto, non condivide la misura correttiva ordinata dal giudice di primo grado. Infatti, ogni pacchetto turistico stipulato dal denunciante comprendeva non solo l'accesso diretto alla spiaggia, ma anche i seguenti servizi: a) trasferimenti (dall'aeroporto all'albergo e viceversa); b) alloggio presso l'Hotel Barceló Maya Grand Resort con formula *all-inclusive* (con accesso alle varie strutture alberghiere, pasti e bevande inclusi in detto servizio); e, c) assicurazione di viaggio.

4. Parimenti, nel fascicolo non vi è alcun elemento di prova che dimostri che, prima della contrattazione del servizio, i ricorrenti avessero comunicato al fornitore che il motivo determinante per la contrattazione dei pacchetti turistici era l'accesso e/o la fruizione della spiaggia, né che fosse condizione per l'acquisizione del pacchetto turistico.

5. In questo senso, colui che sottoscrive questo voto ritiene che il fatto che i denunciati non potessero usufruire dell'accesso diretto alle spiagge non fosse un fattore determinante per il godimento dei pacchetti turistici contrattati, essendovi inclusi altri servizi aggiuntivi.

6. Sulla base delle considerazioni di cui sopra, ritengo che, nel caso di specie, il rimborso integrale dell'importo pagato per il servizio fornito dal professionista ai denunciati non sia appropriato.

7. Fermo restando quanto sopra, anche nel caso in cui l'accesso e/o il godimento della spiaggia fosse stato inteso come circostanza esterna che, senza essere prevista come causa del contratto, né come condizione di acquisto del pacchetto turistico, costituisse un presupposto oggettivo tale da pregiudicare l'efficacia del presente contratto di consumo,

si genererebbe solamente una modifica della ripartizione del rischio accordato originariamente tra le parti. Solo in questo caso si otterrebbe il diritto a un rimborso parziale (non totale) di quanto pagato. Riconoscere il rimborso totale genera un arricchimento indebito a favore del consumatore.

8. In tal senso, il giudice che sottoscrive il presente voto, ritiene opportuno annullare la decisione del primo grado nella parte in cui ha ordinato a Sigma 4, come misura correttiva, di restituire ai Sigg. Roberti, Pedraza e Orjeda l'importo di 3.828,74 US\$ più interessi legali, come conseguenza della violazione dell'art. 1, co. 1.1, lett. b) e dell'art. 2 del Codice e, conseguentemente, annullare gli effetti della misura imposta".

Non c'è dubbio che si tratti di un caso di responsabilità del fornitore dei servizi turistici per violazione dell'obbligo informativo. Sul punto viene in aiuto l'art. 1362 c.c., il quale stabilisce il dovere di negoziare, celebrare e eseguire il contratto in conformità con il principio di buona fede. La domanda fondamentale da porsi è, tuttavia, la seguente: è tanto rilevante l'informazione omessa da meritare il rimborso totale di quanto pagato? Nei casi esaminati abbiamo di fronte un pacchetto "tutto incluso", il quale, sebbene abbia ad oggetto una struttura alberghiera dotata di accesso al mare, non risulta esaurirsi con essa, avendo i consumatori usufruito di ulteriori servizi. Infatti, non si discute il fatto che abbiano avuto accesso e goduto dell'alloggio e del vitto, così come dell'uso delle altre installazioni del *resort*. Per questo motivo, si ritiene che, in tale scenario, non si sarebbe dovuta ordinare la restituzione integrale del prezzo pagato, quanto piuttosto, la restituzione di una parte proporzionale, la cui quantificazione – in qualità di risarcimento – è demandata al giudice o all'arbitro. L'autorità amministrativa, invece, mancherebbe di competenza, in quanto può solo ordinare misure correttive che "non hanno natura risarcitoria" (art. 115.7 del *Código de Protección y Defensa del Consumidor*).

Il voto della maggioranza del collegio giudicante nella Resolución n. 0769-2021/SPC-INDECOPI ha ritenuto – secondo una valutazione che non ritengo condivisibile – che l'omessa informazione della presenza del sargasso fosse di tale rilevanza che implicava la restituzione dell'intero prezzo corrisposto. Non appare chiaro se il fatto di avere accesso a una spiaggia "libera dal sargasso" sia quindi causa o condizione del contratto di consumo. Si potrebbe addirittura pensare che – in modo più o meno

consapevole – i giudici abbiano individuato in questo fatto una *presupposizione* (o *frustration*). Essa è una figura tipica di *common law*, che si configura quando, senza responsabilità delle parti, la causa (non la prestazione) diviene impossibile. La *frustration*, pur essendo estranea all'ordinamento giuridico peruviano⁸, è stata elaborata tanto nella dottrina nazionale⁹, quanto utilizzata in alcuni arbitrati¹⁰.

La presupposizione è una circostanza esterna che, senza essere prevista espressamente come condizione del negozio, costituisce un presupposto oggettivo che influisce sull'efficacia e fa in modo che si rivaluti il piano di allocazione del rischio contrattuale concordato tra le parti¹¹. Essa è stata definita dalla giurisprudenza italiana come una condizione implicita.

⁸ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *La doctrine of frustration: ¿es factible su aplicación en el ordenamiento jurídico peruano?*, in *Actualidad Civil*, vol. 49, Instituto Pacífico, Lima, luglio 2018, p. 137.

⁹ In precedenza si era affermato che la frustrazione “può verificarsi sia nei contratti tipici che in quelli atipici, purché si tratti di contratti di durata in cui vi esista uno scopo. Per la dottrina deve trattarsi anche di contratti bilaterali, poiché in essi vi è una concatenazione di desideri reciproci, vi sono prestazioni reciproche. D'altra parte, gli effetti della frustrazione, essendo un caso atipico di inefficacia sopravvenuta, dovranno essere “ex nunc”; la prestazione non avrebbe più alcun senso o utilità e la parte lesa potrebbe quindi chiedere la risoluzione del rapporto, cessando così l'obbligo di prestazione. Tuttavia, è ammesso il diritto della parte di ottenere il risarcimento delle spese sostenute ai fini o in occasione della prestazione, purché abbia agito in buona fede” (Eduardo BENAVIDES TORRES, *La excesiva onerosidad de la prestación*, Cultural Cuzco, Lima, 1990, p. 371). Tuttavia, questa linea interpretativa è completata dall'affermazione per cui la *frustration* si applica in “casi estremi ed eccezionali” (Eduardo BENAVIDES TORRES, *Hacia una revalorización de la finalidad contractual*, in *Derecho Civil Patrimonial*, a cura di Alfredo Bullard Gonzalez e Gastón Fernández Cruz, Fondo Editorial PUCP, Lima, 1997, p. 176). Più recentemente è stato affermato che “se un evento estraneo al controllo delle parti incide sul contratto in modo tale che il creditore perde legittimamente interesse alla sua esecuzione o non gli è più utile, il contratto si considera risolto” (Sergio GARCÍA LONG, *Un Big Mac, por favor. La cláusula MAC en fusiones y adquisiciones*, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2016, p. 227). Si noti che l'attenzione è rivolta al creditore, non al debitore.

¹⁰ A proposito, alla luce della poco infelice invocazione di questo assunto da parte del ricorrente, Consorcio Automotores Gildemeister Perú S.A. – Maquinarias Nacional S.A. Perú (contro il Ministero dell'Interno) in un lodo arbitrale, emesso a maggioranza, con Risoluzione n. 35, del 23.01.09, è stato deciso quanto segue: “337. Il Collegio arbitrale ritiene che non si applichi la dottrina della frustrazione della causa nel caso di specie, dato che non si è verificato un evento esterno (estraneo) e imprevedibile, ma che il contratto non è stato eseguito a causa delle azioni del Ministero stesso che ha dichiarato la nullità del contratto (Risoluzione ministeriale n. 0244-2007-IN/1019, e ha successivamente appaltato la fornitura delle autopattuglie a terzi. A rigore, il “per cosa” non è stato frustrato perché il Ministero aveva ancora bisogno delle autopattuglie. L'interesse sussiste, solo che è stato soddisfatto in altro modo”. Nel lodo definitivo del caso n. 0192-2016-CCL, di fronte all'invocazione della *frustration* sempre da parte attrice – Pluspetrol Norte S.A. (contro Petróleos del Perú S.A.), del 28.01.18 si afferma: “215. Il Collegio arbitrale osserva tuttavia che, al di là di un lodo arbitrale del 23 gennaio 2009, la ricorrente non ha fornito alcun caso in cui i tribunali peruviani abbiano accolto questa teoria. A questo proposito, il Collegio arbitrale condivide l'opinione [...] per cui la teoria della frustrazione contrattuale non sia stata accettata nell'ordinamento peruviano”.

¹¹ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *La presupposición*, in *Teoría General del Contrato. Homenaje al Profesor Doctor Ricardo L. Lorenzetti*, Tomo III, IDPL, La Ley, Buenos Aires, 2012, p. 1555.

Tali figure – considerabili, a parere di chi scrive, tanto imprecise quanto estranee alla cultura giuridica peruviana – possono dare luogo a decisioni che, lungi dal distribuire in modo equo l’alea del rischio contrattuale tra le parti, possono dar luogo a indebite assunzioni dello stesso tra i contraenti.

La risoluzione in oggetto è stata oggetto di diverse critiche. Ad esempio, si è evidenziato come non sarebbe dovuto spettare al fornitore “restituire ai denunciati l’intero prezzo dei pacchetti turistici, perché essi non comprendevano solo l’accesso diretto alla spiaggia, sebbene fosse causa specifica del contratto, ma anche servizi aggiuntivi che sono stati utilizzati, tenendo tuttavia conto che la famiglia (i consumatori) non avevano altra opzione che usufruirne, non potendo cambiare hotel e men che meno tornare in Perù senza ulteriore aggravio di spese. Si sarebbe dovuto restituire, pertanto, un importo pari a circa il 40% di quanto pagato, cioè la differenza di costo con un hotel situato nella città (senza accesso alla spiaggia), ciò facendo salve le possibili azioni civilistiche per il risarcimento del danno morale (per il turbamento emotivo causato dal mancato godimento dell’accesso alla spiaggia naturale con la famiglia)”¹². Nello stesso senso, è stato evidenziato come “l’accesso alle spiagge costituisca una delle principali attrattive delle destinazioni turistiche, poiché il consumatore medio che acquista un pacchetto turistico in un luogo noto per le sue spiagge si aspetterebbe di goderne. Tuttavia, si presuppone che tale consumatore non sia interessato solo all’accesso alle spiagge, ma chiaramente anche alla fruizione delle altre attrazioni e strutture della località turistica, ragion per cui se il suo interesse è stato parzialmente soddisfatto, il corrispettivo dovrebbe subire una riduzione proporzionale alla parte non soddisfatta. Il contrario implicherebbe che, anche quando la parte creditrice abbia parzialmente soddisfatto l’interesse del consumatore, non paghi assolutamente nulla per la prestazione eseguita in suo favore”¹³.

Con riferimento al voto dissenziente, è stato evidenziato che “al momento

¹² Oreste ROCA MENDOZA, *El contrato de prestación de servicios turísticos y los alcances del deber de información*, *Actualidad Civil*, n. 105, Instituto Pacífico, Lima, marzo 2023, p. 30.

¹³ Luis BARDALES SIGUAS, *Breves apuntes sobre el fenómeno del sargazo y la Sentencia n. 16315 emitida por la Corte de cassazione referida a la irrealizabilidad de la causa concreta y a la imposibilidad sobrevenida de la utilidad de la prestación*, *Actualidad Civil*, n. 105, Instituto Pacífico, Lima, marzo 2023, p. 46.

dell'instaurazione del rapporto contrattuale, il pacchetto turistico offerto non consisteva solo nell'accesso alla spiaggia – nonostante essa possa essere individuata come l'attrazione principale di Cancun – ma comprendeva anche altri servizi, definiti “aggiuntivi” dal relatore. Di questi servizi i denunciati hanno pienamente goduto, non presentando o motivando alcuna non conformità. Pertanto, come affermato nel voto dissenziente, si assiste a una sorta di arricchimento senza causa attraverso il rimborso dell'intero costo del pacchetto, quando la violazione dell'obbligo informativo riguardava solo una parte delle attrazioni turistiche che ci si aspettava di trovare a Cancun. A questo proposito, la mia posizione è in linea con il voto dissenziente nella decisione di secondo grado”¹⁴.

3. L'imprevedibilità come criterio per la determinazione del caso fortuito

León Barandiarán, commentando l'art. 1318 c.c. del 1936¹⁵, evidenziava come “nessuno è tenuto alle cose impossibili: *impossibilium nulla obligatio*. Tale impossibilità deve derivare da un caso fortuito o da forza maggiore; cioè da un fatto estraneo e indipendente dalla volontà del debitore o, come si suol dire, con i caratteri della imprevedibilità e, soprattutto, dell'inevitabilità”¹⁶. Aggiunge poi che “il caso fortuito e la forza maggiore, in quanto concetti ambivalenti (come risulta intuitivamente dal contesto stesso dell'art. 1319)¹⁷ presuppongono l'imprevedibilità o l'incontrollabilità che rendono spiegabile e scusabile l'esonero dell'obbligato”¹⁸.

Con riferimento all'inadempimento delle obbligazioni, l'art. 1315 c.c. del 1984, dispone che: “*il caso fortuito o forza maggiore è la causa non imputabile, consistente in un evento straordinario, imprevedibile, inevitabile che impedisce l'adempimento dell'obbligazione o determina il suo adempimento parziale, tardivo o difettoso*” (corsivo aggiunto).

Nell'*Esposizione dei motivi* si evidenzia come esso fosse “un concetto nuovo per

¹⁴ Yoseline MUÑOZ GÓNGORA, *La necesidad de una adecuada información en las relaciones de consumo*, Instituto Pacífico, Lima, marzo 2023, pp. 56-57.

¹⁵ Il quale prescriveva che “l'obbligazione si estingue quando la prestazione diventa impossibile senza colpa del debitore”.

¹⁶ José LEÓN BARANDIARAN, *Comentarios al Código civil peruano*, Obligaciones, Tomo II – Modalidades y efectos, EDIAR, Buenos Aires, 1956, p. 587.

¹⁷ Dove si disponeva che “Il debitore non è responsabile dei danni derivanti da caso fortuito o forza maggiore, salvo nei casi espressamente previsti dalla legge e laddove l'obbligazione lo stabilisca”.

¹⁸ José LEÓN BARANDIARAN, *Comentarios al Código civil peruano*, Obligaciones, Tomo II, cit., p. 592.

l'ordinamento peruviano"¹⁹ dell'epoca. La dottrina ha poi osservato che, nonostante l'imprevedibilità non costituisca un attributo del caso fortuito, per quanto possano presentarsi fatti prevedibili che possano determinare un'esclusione di responsabilità, "il dato positivo non può essere ignorato"²⁰. Allo stesso modo si evidenzia che "identificato il fatto con il suo giusto grado di specificità, occorre poi guardare al margine di probabilità del suo avveramento: è sicuramente prevedibile un fatto probabile al 50%; è certamente imprevedibile un fatto con lo 0,5% di probabilità, mentre per un fatto probabile al 10% ci sarebbe da discutere"²¹.

A riguardo si può osservare che "gli eventi strettamente legati all'attività economica svolta dal debitore non possono essere ammessi come casi fortuiti, anche se si tratta di fenomeni naturali di relativa intensità, in quanto non sono estranei o esterni all'adempimento dell'obbligazione"²².

Per quanto concerne il sistema di tutela amministrativa, l'art. 104 *Código de Protección y Defensa del Consumidor* stabilisce che:

"Il fornitore è amministrativamente responsabile per la mancanza di idoneità o qualità, il rischio ingiustificato o l'omissione o la mancanza di informazione, o qualunque altra infrazione di quanto stabilito nel presente Codice e nelle norme complementari di difesa del consumatore, riguardo un determinato prodotto o servizio.

Il fornitore è esonerato dalla responsabilità amministrativa se è in grado di dimostrare l'esistenza di una causa oggettiva, giustificata e imprevedibile che costituisce una rottura del nesso causale dovuta a caso fortuito o di forza maggiore, a un terzo o alla negligenza del consumatore interessato.

Nella fornitura di servizi, l'autorità amministrativa considera, per l'analisi dell'idoneità del servizio, se la prestazione assunta dal prestatore sia di mezzi o di risultato,

¹⁹ Felipe OSTERLING PARODI con la collaborazione di Carlos CARDENAS QUIROS, *Exposición de Motivos y Comentarios al Libro VI del Código Civil (Las Obligaciones)*, in COMISION ENCARGADA DEL ESTUDIO Y REVISIÓN EL CODIGO CIVIL, *Código Civil*, V, Exposición de Motivos y Comentarios, compilado por Delia Revoredo De Debakey, s/e, Lima, 1985, p. 440.

²⁰ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ y Leysser LEÓN HILARIO, *Caso fortuito o fuerza mayor, Comentario al art. 1315 c.c.*, in *Código Civil Comentado*, Tomo VI, Derecho de Obligaciones, Gaceta Jurídica, Lima, 2004, p. 885.

²¹ Luciano BARCHI VELAOCHAGA, *Caso fortuito o fuerza mayor, Comentario al art. 1315 c.c.*, in *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, diretto da Juan Espinoza Espinoza, Tomo VIII, Derecho de Obligaciones (tercera parte). Fuentes de las Obligaciones (primera parte), Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 36.

²² Marcos PAUCAR MAURICIE, *El caso fortuito en el ámbito de los eventos naturales*, in *Cuadernos Jurisprudenciales*, n. 49, Gaceta Jurídica, anno 5, luglio 2005, p. 7.

conformemente all'art. 18" (corsivo aggiunto).

A parere di chi scrive, se si sostiene che la presenza del sargasso sia stata non prevedibile per il *tour operator*, si dovrebbe applicare l'art. 1315, così come l'art. 1316, ult. comma, c.c., il quale dispone che: "un'obbligazione che può essere adempiuta solo parzialmente si estingue anche se non è utile al creditore o se quest'ultimo non ha un interesse giustificato al suo adempimento parziale. *In caso contrario, il debitore è tenuto ad adempiere con una riduzione dell'eventuale corrispettivo*" (corsivo aggiunto).

Si tenga presente che i consumatori hanno goduto di tutto il pacchetto turistico, ad eccezione della possibilità di fare il bagno nella spiaggia per la presenza del sargasso. Quindi dovrebbe applicarsi la riduzione corrispondente, tenendo conto del costo di un pacchetto turistico con un hotel della stessa categoria, ma senza accesso al mare.

Interessante (anche se non condivisa) è la linea interpretativa proposta da quella autorevole dottrina peruviana che, partendo dall'interpretazione per analogia di una parte del secondo paragrafo dell'art. 1316 c.c. e dalla negazione dell'esistenza di una "tipicità dei rimedi" in Perù²³, accoglie la *frustrazione* del contratto nel sistema nazionale. In effetti, le prime due parti del testo di legge di riferimento completo, riportano quanto segue:

"L'obbligazione si estingue se la prestazione non si esegue per causa non imputabile al debitore.

Se tale causa è temporanea, il debitore non è responsabile per il ritardo mentre essa perdura. Tuttavia, *l'obbligazione si estingue* se la causa che determina l'inadempimento persiste fino a quando il debitore, conformemente al titolo dell'obbligazione o alla natura della prestazione, si può considerare non più obbligato a eseguirla; o fino a che *il creditore perda per giustificato motivo interesse al suo compimento* o non essa non gli risulti più utile" (corsivo aggiunto).

È stato evidenziato come "la riconduzione da parte della norma della causa determinante l'inadempimento al *titolo dell'obbligazione* (e non solo alla natura della prestazione) e/o *alla necessità di soddisfare l'interesse, non per un motivo qualsiasi, ma per un giustificato motivo*, comporta, a parere di chi scrive, l'accoglimento non dell'interesse

²³ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Limitación de responsabilidad, exoneración y liberación del deudor*, ARA Editores, Lima, 2022, p. 149.

soggettivo, come elemento di questa seconda fattispecie, ma l'inserimento di ipotesi chiaramente riferite alla tutela dell'interesse tipico e alla causa concreta"²⁴.

A riguardo, non considero utilizzabile l'analogia per il semplice fatto che l'art. 1316 c.c. riguarda un'ipotesi di impossibilità sopravvenuta la quale, come si è già evidenziato, si **differenzia notevolmente** dalla *frustration*, perché la prima concerne la prestazione (che non si può compiere) mentre la seconda riguarda la causa (essendo possibile dare esecuzione al contratto). I rimedi contrattuali (così come le tecniche interpretative) devono essere applicate entro i limiti posti dall'ordinamento giuridico²⁵.

4. Il recepimento dei doveri di protezione e la tutela contrattuale del terzo nell'ordinamento giuridico peruviano

Una questione preliminare che appare importante, ma che sembra essere stata trascurata, è la tutela contrattuale dei terzi: la persona che acquista il pacchetto turistico per la famiglia è parte del contratto, ma qual è la posizione della famiglia che lo accompagna e che gode anch'essa (o subisce le vicissitudini) del pacchetto turistico?

A tal proposito, appare necessario dar conto dello stato della dottrina peruviana in merito alla ricezione della categoria degli obblighi di protezione. Si premette che i termini "obblighi di protezione" o "obblighi di sicurezza" (*obligations de sécurité*, come preferiscono i francesi), saranno intesi come sinonimi.

Già Enrique García Sayán, nel 1942, commentando l'esperienza giuridica francese, affermava che "l'obbligazione implicita di sicurezza è ricavata dalla giurisprudenza francese da un numero crescente di contratti professionali. Viene attribuita al medico e al chirurgo, partendo dal presupposto che essi sono tenuti a fornire al cliente cure attente in base ai dati acquisiti dalla scienza"²⁶. Avvertendo che "in verità la giurisprudenza francese si è spinta molto in là con queste costruzioni. La volontà delle parti di richiedere un obbligo di sicurezza è singolarmente ipotetica. Se si chiedesse al debitore di una di queste

²⁴ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Limitación de responsabilidad, exoneración y liberación del deudor*, cit., pp. 136-137.

²⁵ Per le stesse ragioni, non appare nemmeno condivisibile la "integrazione giuridica" che viene proposta per il combinato disposto degli artt. 1431 e 1433 c.c. (Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *Limitación de responsabilidad, exoneración y liberación del deudor*, cit., 152), in quanto si riferiscono anche al caso della impossibilità sopravvenuta.

²⁶ Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 188.

obbligazioni, egli direbbe certamente che non si è mai sognato di garantire in modo assoluto l'integrità fisica del viaggiatore, dello spettatore, del cliente, del paziente o dell'inquilino²⁷. Conclude affermando che “la questione della sicurezza implicita in alcuni contratti, è per noi di interesse anche in considerazione della controversia esistente sul significato e la portata dell'art. 1136 del Codice Civile (del 1936)²⁸, punto di partenza della teoria della colpa²⁹”.

León Barandiarán, commentando l'art. 1320 c.c. del 1936³⁰, affermava che “non solamente il mancato compimento della prestazione rende responsabile il debitore in caso di omissione colposa o dolosa. La prestazione deve eseguirsi in forma adeguata e completa. Conseguentemente, un'esecuzione difettosa, parziale o irregolare rende responsabile il debitore per il pregiudizio recato al creditore. A questo si riferisce l'art. 1320, quando fa riferimento alla responsabilità contro coloro che “in qualsiasi modo contravvengono al tenore” (delle obbligazioni). Si verifica quindi quella che la dottrina tedesca ha definito “violazione positiva del credito”³¹”.

Si afferma che “i doveri di protezione hanno a proprio fondamento il dovere di buona fede delle parti del contratto”³². Si osserva che, quando l'art. 1314 c.c. si riferisce all'obbligo accessorio di diligenza, “fornisce una base giuridica per l'integrale recepimento contrattuale degli obblighi di protezione”³³, distinguibili in due categorie³⁴: a) quelli che coadiuvano l'esecuzione dell'obbligo primario di prestazione; b) quelli che hanno la funzione di tutelare la persona e i beni della controparte contrattuale.

²⁷ Enrique Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 189.

²⁸ Il quale stabiliva che: “Chiunque con le sue azioni, imprudenze o negligenze, causi un danno a un altro, è tenuto a risarcirlo”.

²⁹ Enrique Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 190.

³⁰ Dove si stabiliva che “È obbligato al risarcimento del danno colui che nell'adempimento dei suoi obblighi incorre in dolo, colpa o inadempienza, e colui che in qualsiasi modo non li rispetta”.

³¹ José LEÓN BARANDIARAN, *Comentarios al Código civil peruano*, Obligaciones, Tomo II, cit., p. 599.

³² Leysser LEÓN HILARIO, *La importancia del derecho comparado en la reforma del Código Civil y en la formación de una verdadera Escuela de civilistas peruanos. A propósito de la Modernización del Derecho de Obligaciones en Alemania* (Schuldrechtsmodernisierung), in *Ius et Veritas*, n. 26, Lima, 2003, p. 37.

³³ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias*, in *Negocio jurídico y responsabilidad civil. Estudios en memoria del Profesor Lizardo Taboada Córdova*, Grijley, Lima, 2004, pp. 614-615.

³⁴ Gastón FERNÁNDEZ CRUZ, *El deber accesorio de diligencia y la responsabilidad derivada del incumplimiento en las relaciones obligatorias*, cit., p. 615.

Più nel dettaglio, è proprio a partire dal principio di buona fede che si fa riferimento alle “obbligazioni integrative” come a quelle derivate da quella principale, ampliando così “lo spettro del rapporto obbligatorio”³⁵.

Tuttavia, a proposito dell’“obbligazione generale di sicurezza”, si è già avuto modo di rilevare come il tentativo di “contrattualizzare” una fattispecie che – nel nostro sistema – è extracontrattuale, dia luogo a una forzatura abbastanza evidente³⁶.

Resta inteso che “i doveri di protezione non fanno parte solo dei doveri legali che discendono dalla clausola generale di buona fede, ma anche del dovere di proteggere la dignità dei soggetti in base al principio che discende dalla norma costituzionale”³⁷. È stato poi affermato che “il codice civile peruviano del 1984 accoglie espressamente la categoria generale dei doveri di protezione. In primo luogo, esiste una norma generale che contiene la disciplina del comportamento delle parti prima e durante l’esecuzione di un contratto, in virtù dell’articolo 1362 del codice civile. In secondo luogo, all’interno della normativa speciale dei singoli contratti contenuta nello stesso codice, possiamo trovare la consacrazione dei doveri, contenuti in norme espresse che mirano alla tutela della sfera giuridica patrimoniale altrui. Infine, va sottolineato come il rapporto obbligatorio non debba essere concepito come un semplice rapporto giuridico comprendente solo la prestazione e i soggetti dell’obbligazione, ma piuttosto come una relazione complessa integrata da determinati doveri, provenienti sia dalla legge che dalle circostanze di ogni singolo contratto”³⁸.

In senso contrario, è invece sostenuto categoricamente che “al di fuori di quelle ipotesi in cui la possibilità di incidere sull’altrui sfera giuridica non rientri nella prestazione deducibile dall’obbligazione, ogni tentativo di convertire il danno aquiliano in contrattuale può avere solo conseguenze forzate e insostenibili”³⁹.

³⁵ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *El principio de buena fe*, in *Advocatus*, n. 24, Lima, 2012, p. 253.

³⁶ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *¿Obligación o deber de seguridad? (...o sobre los intentos de contractualizar el deber genérico de no dañar)*, in *Actualidad Jurídica*, Tomo 145, Gaceta Jurídica Editores, Lima, dicembre 2005, p. 28.

³⁷ Rómulo MORALES HERVIAS, *Los contratos con deberes de protección: a propósito de la vinculación entre el derecho constitucional y el derecho civil*, *Derecho PUCP*, n. 71, Lima, 2013, p. 121.

³⁸ Eduardo BUENDÍA DE LOS SANTOS, *Panorama general sobre la categoría de los deberes de protección y su aplicación en el Código Civil peruano. A propósito de los contratos singulares*, in *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 83, Gaceta Jurídica, Lima, 2020, p. 121.

³⁹ César MORENO MORE, *Apreciaciones críticas sobre el fundamento de los deberes de protección en el ordenamiento jurídico peruano*, in *Ius et Veritas*, n. 49, Lima, 2014, p. 239.

Sulla stessa linea, è stato inoltre affermato che “i doveri di protezione, in quanto doveri accessori, servono a comprendere il contenuto del rapporto obbligatorio, ma la loro regolamentazione non è necessaria, tenuto conto che il codice civile stabilisce che l’obbligazione si intende adempiuta quando è pienamente eseguita, comprendendo con ciò sia l’ambito qualitativo che quantitativo dell’adempimento”⁴⁰.

Appare condivisibile la posizione di chi ritiene che “il problema dei doveri di protezione non riguarda la loro legittimità come patti secondari o supplementari rispetto alle prestazioni essenziali, a seconda delle caratteristiche dello specifico rapporto di obbligazione, ma piuttosto il procedimento che si dovrebbe seguire per dedurli, nell’amministrazione della giustizia”⁴¹.

È curioso notare che lo stesso fondamento teorico su cui la nostra dottrina accoglie i doveri di protezione – cioè assumendo come cornice concettuale il principio di buona fede, contenuto nell’art. 1362 c.c. – è la stessa base su cui altri ritengono che il suo riconoscimento sia quantomeno superfluo. In particolar modo quando il dovere di protezione (o l’obbligo tacito di sicurezza) – in certi casi – potrebbe ben essere tutelato dalle regole della responsabilità extracontrattuale.

Che si può dire della tutela contrattuale dei terzi? Enrique García Sayán, pionieristicamente, già parlava di tutela contrattuale dei terzi quando riteneva che “con la tecnica verso cui si sta muovendo la giurisprudenza francese, vale la pena chiedersi se non si debba presumere che qualsiasi stipula contrattuale sia stata fatta non solo a beneficio del contraente, ma anche di tutti coloro che hanno un interesse speciale e legittimo a vederne l’esecuzione. Va notato, tuttavia, che lo sviluppo di questo percorso è molto più facile in materia di obbligazioni di fare che in materia di obbligazioni di dare e, in particolare, di dare una somma di denaro”⁴². Prendendo come elemento di differenziazione la vicinanza del danneggiato alla prestazione contrattuale, possiamo

⁴⁰ Carlos ZAMUDIO ESPINAL, *¿Es necesaria la codificación de los deberes de protección en materia de obligaciones? A propósito de la reforma del Código Civil*, in *Gaceta Civil & Procesal Civil*, n. 50, Gaceta Jurídica, Lima, 2017, p. 238.

⁴¹ Leyser LEÓN HILARIO, *Comentario al art. 1362 c.c., Cláusula normativa general de buena fe contractual*, *Nuevo Comentario del Código Civil Peruano*, diretto da Juan Espinoza Espinoza, Tomo VIII, Derecho de Obligaciones (tercera parte) – Fuentes de las Obligaciones (primera parte), Instituto Pacífico, Lima, 2022, p. 1026.

⁴² Enrique Enrique GARCÍA SAYÁN, *Las Nuevas Tendencias en el Derecho Contractual y en la Legislación Peruana*, cit., p. 184.

individuare all'interno di questa categoria il caso dell'acquisto di un pacchetto turistico quando l'utente lo stipula per sé e per la propria famiglia.

Ritengo che i criteri per ammettere la protezione contrattuale dei terzi, nell'esperienza giuridica peruviana, debbano essere i seguenti:

a) la **prossimità con la prestazione**, il terzo deve essere esposto ai rischi derivanti dalla prestazione, in modo simile al creditore. Ciò è chiaramente visibile nel caso oggetto del presente commento: anche i parenti godono dei servizi offerti dal *tour operator*, così come delle conseguenze (positive o negative) che derivano dagli stessi, alle medesime condizioni rispetto al contraente.

b) Le tutele del consumatore e del *partner* contrattuale, riconosciute nell'art. 65 cost.⁴³, risultano sufficienti per giustificare l'**eccezione al principio di relatività** dei diritti e delle obbligazioni contrattuali, contenuto nell'art. 1363 c.c.⁴⁴. Si tenga presente che il co. 1 dell'art. III del *Título Preliminar del Código de Protección y Defensa del Consumidor* stabilisce che: "*El presente Codice tutela al consumidor, sea esso directamente o indirectamente expuesto o involucrado en un rapporto de consumo o en una fase preliminar ad esso*".

In effetti, attraverso un'interpretazione sistematica di questo inciso, si arriva alla conclusione che l'art. 65 cost. protegge (anche) il "*consumatore equiparato*", cioè chi si trova esposto o compreso in un rapporto di consumo⁴⁵.

c) Il debitore deve **conoscere** (o avere la possibilità oggettiva di conoscere) **la cerchia di persone tutelate dal contratto**, al fine di sapere di fronte a chi potrà essere chiamato a rispondere.

Se è vero che si potrebbe pensare che la disciplina della responsabilità extracontrattuale sia più favorevole al terzo, occorre tenere presente due aspetti:

a) nell'ambito della responsabilità contrattuale la colpa lieve si presume (art. 1329); mentre devono essere provati sia la colpa grave che il dolo (art. 1329 c.c.). Tuttavia, in

⁴³ Dove si sancisce che: "Lo Stato difende gli interessi dei consumatori e degli utenti. A tal fine, garantisce il diritto all'informazione sui beni e servizi disponibili sul mercato. Vigila inoltre, in particolare, sulla salute e sulla sicurezza della popolazione".

⁴⁴ La norma dispone che: "I contratti hanno effetto solo tra le parti e i loro eredi, tranne che per questi ultimi nel caso di diritti e obblighi non trasferibili".

⁴⁵ Juan ESPINOZA ESPINOZA, *Hacia la protección del "eslabón perdido". El reconocimiento de la categoría del consumidor equiparado*, in *Actualidad Jurídica*, Tomo 188, Gaceta Jurídica Editores, Lima, luglio 2009, p. 315.

base al principio della *res ipsa loquitur* (“i fatti parlano da soli”, che implica un’inversione dell’*onus probandi* in situazioni di svantaggio per l’attore-danneggiato) la distanza tra la responsabilità civile contrattuale ed extracontrattuale, con riguardo all’onere della prova della colpa grave, si riduce sempre più.

b) Il termine di prescrizione della responsabilità contrattuale è di dieci anni (art. 2001, comma 1, c.c.), mentre quello della responsabilità extracontrattuale è di due anni (art. 2001, comma 4, c.c.).

Sembra quindi opportuno effettuare un inquadramento giuridico del caso nel modo che segue:

a) agire nei confronti del *tour operator* al fine di far valere la responsabilità derivante dall’inadempimento contrattuale, invocando l’art. 1325 c.c., in quanto l’ordinamento giuridico peruviano manca di una espressa disciplina della responsabilità civile delle persone giuridiche.

b) Tanto i contraenti come i familiari che hanno usufruito (e hanno patito le vicissitudini) del pacchetto turistico sono legittimati all’azione, trattandosi di tutela contrattuale dei terzi.

c) Occorre tenere presente che possono presentarsi due situazioni: 1) che il *tour operator* sia a conoscenza o si trovi nella possibilità oggettiva di conoscere della presenza del sargasso durante il periodo di viaggio: in tal caso, non avendo il *tour operator* informato i contraenti della presenza dello stesso, si riscontra una violazione dell’obbligo informativo, applicando l’art. 1362 c.c. che regola il principio di buona fede, nel quale sono inclusi i doveri di protezione; 2) che la presenza del sargasso sia stata assolutamente imprevedibile: si applica l’art. 1316, ult. comma, c.c.

d) In nessuno dei due casi si dovrebbe riconoscere un rimborso totale in quanto – a parte il fatto non si era stabilito espressamente che la ragione determinante del viaggio fosse l’accesso alla spiaggia, il quale era uno dei vari servizi presenti nella struttura alberghiera (vitto, alloggio, piscina e attività ricreative) – all’interno del pacchetto erano inclusi i trasferimenti aerei e tra l’hotel e l’aeroporto.

e) Con riferimento al danno economico (danno emergente) occorre considerare che i consumatori hanno usufruito di tutto il pacchetto turistico, ad eccezione della possibilità

da fare il bagno in mare a causa della presenza del sargasso. Andrebbe quindi applicata una riduzione proporzionale, tenendo conto del costo di un pacchetto turistico con un hotel senza accesso alla spiaggia, ma della stessa categoria.

f) Andrebbe applicato un risarcimento per danno morale *ex art.* 1322 c.c.⁴⁶. Tuttavia, ritengo che non possa essere ricavabile *in re ipsa*, quanto piuttosto che debba essere provato il turbamento psicologico derivante... dal non poter fare il bagno in spiaggia⁴⁷.

g) Potrebbe sembrare iniquo, a livello di responsabilità civile, il medesimo trattamento del *tour operator* che inganna, da quello che incorre in un fatto imprevedibile. Tuttavia, la differenza la fa la tutela amministrativa che, oltre a imporre una misura correttiva, può riconoscere una sanzione in capo al fornitore che agisce con dolo. Nel caso oggetto del presente commento, si tratterebbe di una *Unidad Impositiva Tributaria*⁴⁸.

Abstract

A propósito de un reciente caso, el autor explica los distintos niveles de protección diseñados por el legislador peruano a favor del consumidor, cuestionando la decisión final de la autoridad administrativa que resolvió la controversia, para lo cual -partiendo desde el principio de la buena fe-, el autor aborda cuidadosamente los conceptos de

⁴⁶ Il quale prevede che: “Anche i danni morali, qualora siano stati subiti, sono risarcibili”.

⁴⁷ A parere di chi scrive, se non vi è certezza dei danni invocati, il giudice non dovrebbe determinare alcun risarcimento. In tal senso si è pronunciato il Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil, nella città di Chiclayo (dal 3 al 4 novembre del 2017). Infatti, nel Tema 3, “Danni morali, prove e criteri per la loro quantificazione”, è stato posto il seguente quesito: nei procedimenti per il risarcimento di danni morali, per tutelare una richiesta di danni morali, devono essere accreditati gli elementi di responsabilità, nonché i mezzi di prova diretti e indiretti? La decisione a maggioranza è stata la seguente: “Deve essere soggetta alle regole dell’onere della prova dell’attore e gli elementi della responsabilità devono essere valutati con mezzi di prova diretti e indiretti, e non è sufficiente la presunzione; e i criteri di quantificazione devono essere oggettivi”. Come osservato da autorevole dottrina, i punti contenuti in questa decisione (tranne l’oggettività dei criteri di quantificazione) “sono criteri che esistono già in modo chiaro nella legge (onere della prova per chi allega i fatti. Art. 196 del c.p.c.)” (Guillermo CHANG HERNÁNDEZ, *Un intento fallido respecto al desarrollo jurisprudencial del daño moral con ocasión del Pleno Jurisdiccional Nacional Civil y Procesal Civil*, *Gaceta Civil & Procesal Civil*, Tomo 54, Gaceta Jurídica, Lima, dicembre 2017, p. 96). Pertanto, il fatto che il danno morale (come il danno alla persona e tutti i tipi gli altri tipi di danno) debba essere provato, non impedisce che l’operatore giuridico possa ricorrere a presunzioni e sostituzioni (art. 282 c.p.c.), al fine determinare la prova che esso si sia verificato.

⁴⁸ Nel 2021 ammontava a 4.400,00 soles peruviani, equivalenti a circa 1.000 euro.

imprevisibilidad, deberes de protección y tutela contractual de los terceros, logrando delinear para esta última criterios de aplicación coherentes con nuestras coordenadas legislativas, para, luego, finalizar planteando su formulación normativa del caso.

Abstract

Regarding a recent case, the author explains the different levels of protection designed by the Peruvian legislator in favor of consumer, questioning the final decision of the administrative authority that resolved the dispute, for which -starting from the principle of good faith -, the author carefully addresses the concepts of unpredictability, duties of protection and contractual protection of third parties, been able to delineate for the last concept (contractual protection of third parties) application criteria consistent with our legislative coordinates, to end by proposing his own normative formulation of the case.

Abstract

Con riferimento a un caso recente, l'autore illustra i diversi livelli di tutela predisposti dal legislatore peruviano a tutela del consumatore, interrogandosi sulla decisione finale dell'autorità amministrativa che ha risolto la controversia. A tal riguardo – partendo dal principio di buona fede – sono indagati nel dettaglio i concetti di imprevedibilità, doveri di protezione e tutela contrattuale dei terzi, riuscendo a delineare per quest'ultimo dei criteri di applicazione coerenti con le coordinate legislative del Perù, presentando infine la propria soluzione normativa del caso.

Genova, giugno 2023