

## CAPÍTULO III RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL

**Sumario:** 1. La polémica sobre la actualidad de la distinción. 1.1. Examen de los conceptos y cuestiones terminológicas. 1.2. Las concretas diferencias de régimen. 1.3. Razones para una *moderada* unificación. 2. El ámbito de las responsabilidades contractual y extracontractual. 2.1. Que exista un contrato. 2.1.1. *El caso de la "relación jurídica precedente análoga"*. 2.1.2. *La responsabilidad procedente del cuasicontrato*. 2.1.3. *El daño "in contrahendo"*. 2.1.4. *El daño postcontractual*. 2.2. Que el contrato sea válido. 2.3. Que el contrato vincule al responsable con la víctima. 2.3.1. *La estipulación en favor de tercero y el contrato en daño de tercero*. 2.3.2. *Victima causahabiente de uno de los contratantes*. 2.3.3. *Responsabilidad de los terceros para con los contratantes*. 2.4. Que el daño resulte del incumplimiento del contrato. 2.4.1. *Casos en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca*. 2.4.2. *Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en los bienes de la personalidad*. 2.4.3. *Casos en los que el daño tiene lugar por el incumplimiento de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato. Las llamadas "obligaciones de seguridad"*. 3. ¿Puede un daño ser considerado contractual y extracontractual al mismo tiempo? El problema de la conjunción de responsabilidades. 3.1. Teoría del concurso de pretensiones. 3.1.1. *Teoría de la opción*. 3.1.2. *Teoría de la absorción o incompatibilidad*. 3.2. Teoría del concurso de normas: la yuxtaposición de responsabilidades y la denominada "unidad de la culpa civil". 4. La unificación de regímenes de responsabilidad. Reflexión final.

### 1. LA POLÉMICA SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA DISTINCIÓN

#### 1.1. EXAMEN DE LOS CONCEPTOS Y CUESTIONES TERMINOLÓGICAS

La obligación de reparar los daños causados a la víctima puede presentarse como consecuencia derivada de actos de muy diversa índole. Sin embargo, todos ellos pueden ser reconducidos a dos categorías diferentes:

- A) En ocasiones se trata de supuestos en los que, encontrándose varias personas vinculadas por una relación obligatoria previa, una de las partes incumple aquello a lo que se encontraba comprometida. Es el daño que el inquilino causa al casero cuando no paga el alquiler, o el que el vendedor ocasiona al comprador al no proporcionarle el goce pacífico de la cosa vendida; es el daño producido al prestamista cuando no se le devuelve a tiempo la cantidad prestada con sus intereses, o al depositante cuando el depositario negligente produjo menoscabos en la cosa objeto del contrato. Se habla aquí de *responsabilidad civil contractual*: el hecho dañoso viene producido *precisamente* como resultado del incumpli-

miento de un contrato, y viene a menoscabar precisamente el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano. El clásico principio romano del *namini nem laedere* se traduce aquí en un no dañar a este concreto acreedor. La consagración legal de esta forma de responsabilidad se encuentra en el art. 1101 C.civ.: "Quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas". Aunque, naturalmente, habremos de distinguir lo que es responsabilidad contractual como conjunto de consecuencias que el deudor incumplidor tiene que soportar, de lo que es propiamente responsabilidad civil contractual en sentido estricto, que obliga a resarcir los daños causados por la conducta incumplidora: por ejemplo, que un promotor de viviendas siga obligado a entregar, aunque sea tarde, las que vendió y no entregó a su debido tiempo, es una cosa. Pero en sentido propio, la responsabilidad civil pone su atención en los daños que la entrega tardía ocasiona al vendedor (por ejemplo, el coste de alojamiento y de guardamuebles). Como se verá, la distinción es muy importante también desde el punto de vista práctico (vid. Capítulo IV, 4.1.2.).

B) Otras veces la obligación de resarcir surge entre personas que no se encontraban vinculadas por una relación previa. Dicho de una manera deliberadamente poco técnica, las partes se conocen a través del hecho dañoso: es el accidente de tráfico, la cosecha que se pierde por efecto de la contaminación producida en el río por los residuos tóxicos vertidos por una fábrica, el avión que cae sobre una vivienda o la intoxicación de cientos de consumidores por la defectuosa fabricación de un determinado producto. Es la llamada *responsabilidad civil extracontractual*, también llamada *aquiliana*, en recuerdo de la *Lex Aquilia de damno*, que en el año 408 sancionó en Roma este tipo de responsabilidad<sup>1</sup>. En ella el acreedor no es una persona concreta y determinada: el deber de no dañar no vinculaba al hoy agresor sino con la totalidad de una colectividad. La violación no lo es de una previa relación obligatoria, sino del genérico deber de conducta de no dañar a los demás ("*alterum non laedere*"). El precepto básico se contiene en el art. 1902 C.civ.: "El que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado".

Admitida la distinción, en lo que ya no hay tanta unanimidad es en la cuestión terminológica. Y es que, a pesar de ser dos las especies de *responsabilidad civil*, se usa comúnmente de esta expresión para referirse solamente a la responsabilidad civil extracontractual. Son pocos los que adjetivan el término, indicando que es comprensivo de las dos esferas (un ejemplo, MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947). Así, entre nosotros, DE ÁNGEL YÁGÜEZ (el autor más reconocido en la materia) la admite como expresión "un tanto ambigua pero ya clásica", y de esta forma titula su importantísima obra: *Tratado de responsabilidad civil*, Madrid, 1993. Matizando más, hay quien prefiere enfatizar el contraste, utilizando la expresión *responsabilidad civil extracontractual* (así, AUBRY y RAU decían "De la responsabilité civile en dehors des contrats", en el "Cours de Droit civil français", t. VI, Paris, 1920; entre nosotros, ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976) o *aquiliana*. De hecho, cuando se habla de "responsabilidad civil" sin más adjetivos, se entiende que nos estamos refiriendo sólo a la extracontractual.

Los hay que prefieren hablar del *Derecho de daños*, fuertemente inspirados en el *Law on Torts* anglosajón, que se contraponen al *Law on Contracts* (SANTOS BRIZ, *Derecho de daños*, Madrid, 1963), en terminología también ambigua, pues también es *daño* el *daño contractual*. Y a quien prefiere separar el Derecho de contratos del que se ocupa de los hechos ilícitos (VON THUR, dentro del t. I del *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. Roces, Madrid, 1934, págs. 263 y ss.; GIORGI, vol. 5º de *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. de Dato Iradier, Madrid, reimp. 1980), se le puede oponer que no menos hecho ilícito es el incumplimiento de un contrato.

<sup>1</sup> Como en la vieja clasificación de Gayo se contraponía el delito al contrato como fuente de obligaciones, sigue llamándose también a la responsabilidad civil extracontractual "responsabilidad delictual", sobre todo en la doctrina francesa. Se trata de un término que sólo se entiende por contraste con el de "responsabilidad contractual", pero que yo prefiero no utilizar por lo confuso que resulta su utilización.

Distinta postura mantiene O'CALLAGHAN, autor para quien, si en la responsabilidad contractual nos encontramos ante la consecuencia del incumplimiento de una obligación, en la extracontractual no estamos propiamente ante una auténtica responsabilidad, sino ante un hecho ilícito dañoso que genera por sí sólo una obligación autónoma, cuyo objeto (prestación) sería la reparación. Si la responsabilidad es una noción que precisa de una obligación anterior incumplida, en el terreno extracontractual este requisito no se da. *Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual*, A.C., 1987-1, págs. 1 y ss.). Muy purista el razonamiento, que no hace sino volver a plantear que el art. 1089 C. civ. no contiene propiamente una clasificación de las fuentes de las obligaciones: éstas nacen del acuerdo de voluntades (contratos) o de la ley (actos ilícitos no contractuales, entre otras cosas), como ya hace años dijo FERRANDIS VILELLA en *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones*, A.D.C., 1958, págs. 115 y ss. Lo que hay así en la responsabilidad extracontractual es el incumplimiento de un deber general del que nace una obligación, cuya responsabilidad se hace efectiva, al igual que en las restantes obligaciones, a través de los bienes presentes y futuros del deudor (art. 1911 C.civ.).

## 1.2. LAS CONCRETAS DIFERENCIAS DE RÉGIMEN

Admitida en nuestros días la distinción que nos ocupa, y superadas entonces las viejas discusiones sobre si la responsabilidad civil contractual y la extracontractual son en realidad la misma cosa (incumplimiento de un deber contractual o de un deber genérico de no dañar) o son cosas diferentes y con diferencias irreductibles<sup>2</sup>, en la actualidad se conviene en que, siendo cosas distintas, tampoco es que vengán a conformar compartimentos estancos.

El estudio de cada diferencia lo remito a cada Capítulo de esta obra. Sólo a modo de simple índice de diferencias entre las dos esferas, cabe apuntar las siguientes<sup>3</sup>:

- Se dice que en la esfera contractual existe la **presunción de culpa** (bastando al acreedor, con arreglo a lo que dispone el art. 1214 C. civ.<sup>4</sup>, que pruebe la obligación preexistente), mientras que la aquiliana hay que probarla. Como se verá, esta diferencia no es cierta, pues la realidad de la responsabilidad objetiva, tanto en una como en la otra órbita, ha hecho de ella una simple cuestión académica sin reflejo práctico (vid. Capítulos IV y VII).
- Se dice que, si en sede contractual se admiten **graduaciones o moderaciones de la culpa** (art. 1103 C. civ.), en la extracontractual ello no es posible: cualquiera que sea la intensidad de la culpa o negligencia (art. 1089) se incurre en la responsabilidad integral, por todo el daño causado. Y por lo mismo, no cabrá en la responsabilidad aquiliana limitar la responsabilidad a los daños "previstos o que hubieran podido preverse" (art. 1107). Por eso suele ser tan complicado que el contratante que sufre un **daño moral derivado de contrato** pueda ver atendida su reclamación por la vía contractual, con el pretexto de que las agresiones de esta naturaleza caen por concepto fuera de la órbita de lo previsto por los contratantes; y por lo mismo, lo común ha venido siendo tratar de obtener el resarcimiento por la vía aquiliana. Se trata de diferencias extraordinariamente discutidas por la doctrina, y sobre las que no existe tampoco una línea jurisprudencial consolidada. Con independencia de lo que después se verá, adelanto que, a mi entender, el **daño moral derivado de contrato** ha de ser indemnizado, sin necesidad de que la demanda se ampare en las normas extracontractuales (*infra*, 2.4.2. y 2.4.3., y Capítulo VII, 3.4.).
- Por el hecho de no haber contacto previo entre el que daña y la víctima, suele entenderse que en la responsabilidad extracontractual no son admisibles las **modificaciones convencionales** de la misma. Como veremos, esto tampoco es cierto (Capítulo X, 6).

<sup>2</sup> Del tema traté en *Responsabilidad civil contractual y extracontractual*, Madrid, 1993, págs. 83 y ss.

<sup>3</sup> Sobre el tema, MIQUEL GONZÁLEZ, *La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias*, en *Responsabilidad civil*, Cuadernos de Derecho judicial, XIX, Madrid, 1993, págs. 59 y ss. Se trata de un trabajo que luego fue descaradamente plagiado en su integridad, incluido el título, por J.L. CONCEPCIÓN RODRÍGUEZ, A.C., nº 3 de 2000, págs. 115 y ss.

<sup>4</sup> Este artículo ha sido derogado por la nueva Ley de Enjuiciamiento Civil, pero su tenor se encuentra ahora en el art. 217 L.E.C.

- d) La **responsabilidad por el hecho del dependiente** admite en principio, en el campo extracontractual, la posibilidad de exoneración por parte del principal si demuestra que fue empleada por él la debida diligencia (art. 1903), mientras que parece que la responsabilidad del deudor es incondicionada, no admitiéndose la prueba de la diligencia como causa de exoneración. Además, se añade que, si la responsabilidad extracontractual hace falta dependencia entre el llamado a responder y el autor del daño, en la esfera contractual no es precisa la dependencia. Pero lo cierto es que tampoco es ésta una diferencia auténtica, pues ambas formas son actualmente incondicionadas, siendo prácticamente imposible que un empresario se libere de responsabilidad extracontractual por haber demostrado que empleó la diligencia debida. Y la misma laxitud en cuanto al vínculo entre principal y dependiente la encontramos en la esfera extracontractual: hace falta bien poca dependencia para responder del hecho de otro (vid. Cap. VIII, 4.2.2.).
- e) Suele entenderse desde la década de los sesenta en nuestra jurisprudencia civil que la **responsabilidad plural** es mancomunada en el ámbito contractual (art. 1137) y solidaria si son varios los autores de un daño extracontractual. Pero lo cierto es que, aunque sea de espaldas a la ley, la solidaridad se ha impuesto como regla general (Cap. XI, 2.1.).
- f) La **capacidad de obrar**, como presupuesto de la libertad para obligarse, es sólo requisito de la responsabilidad contractual. Como se verá, puede haber casos en los que un menor o incapaz respondan civilmente de las consecuencias del daño aquiliano, pues está claro que la capacidad para contratar tiene poco que ver con la capacidad de entender o/y de querer las consecuencias de una pedrada (Cap. VII, 3.1.3.).
- g) Por lo que se refiere a las **cuestiones de competencia**, para el conocimiento de los pleitos en que se persigue la reparación del daño contractual, es juez competente el del lugar del cumplimiento de la obligación, y a falta de pacto, el del domicilio del demandado (o residencia en el territorio nacional, si no tuviere domicilio en España; de no tenerla, el juez competente es el de la última residencia, y de no poderse determinar así tampoco la competencia, será el juez del domicilio del demandante: art. 50 L.E.C. de 2000). En caso de responsabilidad aquiliana es juez competente el del lugar de producción del daño.
- h) La diferencia más ostensible es la que se refiere a los **plazos de prescripción**: quince años para la responsabilidad contractual (art. 1964 C. civ.) y tan sólo un año para la extracontractual (art. 1968, nº 2º). Trataremos de los problemas de prescripción especialmente en el Capítulo XII, 6.

### 1.3. RAZONES PARA UNA MODERADA UNIFICACIÓN

Vaya por delante que es tradicional el que los Tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si ese mismo daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre sus conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; "se han visto las caras", en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales. Si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente de las consecuencias que fueron previstas o resultaban previsibles en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, como se verá al analizar el art. 1107 C.civ., vid. Capítulo VII, 5.1.), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a todas las consecuencias conocidas. Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra con-

trata con una persona el cuidado y alimentación de sus caballos y comprueba cómo la negligencia del contratante ocasiona la muerte de uno de ellos, es más que probable que obtuviese como indemnización poco más que su valor de mercado a juicio de peritos, si otra cosa no se hubiese pactado (además de que el plazo para reclamar los daños será el de quince años del art. 1964). Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia de un atropello, no sorprendería nada que el demandante obtuviese también una indemnización por lucro cesante y hasta por daños morales (eso sí, para reclamar sólo habrá un año, art. 1968-2º).

Yo pienso que es cierto que el contrato supone ese estatuto específico de distribución de riesgos entre las partes que lo celebran. (cada uno, se dice, tiene el deudor que quiere tener, y sabe, o tiene ocasión de saber, en manos de quién coloca sus intereses) que lo diferencia, por lo pronto, de todo cuanto sucede en la responsabilidad extracontractual. Y que ese específico régimen de distribución de riesgos determina un régimen concreto de responsabilidad que encuentra su origen en la autonomía de la voluntad. Pero ello no siempre es así: el panorama contractual de nuestros días se ve presidido por multitud de figuras contractuales que salen a la luz de manera vertiginosa y en las que los contratantes (o mejor, uno de ellos) no tiene precisamente mucho tiempo para reflexionar. Contratos de adhesión, cláusulas predispuestas, condiciones generales... presentan un estado de cosas en el que la autonomía de la voluntad no brilla tan luminosamente como lo hacía en la época en la que el Código civil vio la luz.

Y entonces, muchas veces es difícil encontrar la justicia del resultado que se obtiene con bastantes de las diferencias de trato. Que, por ejemplo, haya catorce años de distancia entre la prescripción de unas y otras acciones o diferencias abrumadoras en el *quantum* indemnizatorio, no parece de recibo. Si un futbolista es operado negligentemente por un cirujano, no sé por qué razón en el régimen del contrato de servicios no cabe reclamar indemnización por daños morales, pero sí cuando no hubo contrato entre ambos.

Son muchas las razones que llevan a gran parte de la doctrina más moderna a sugerir un acercamiento entre las dos esferas de la responsabilidad civil, y como *desideratum*, la unificación de los regímenes del resarcimiento. Yo mismo mantuve la tesis de la unificación anteriormente<sup>5</sup>. Posteriormente he vuelto sobre mis pasos y prefiero hablar de una "moderada" unificación. Básicamente, hay tres bloques de razones a favor de una aproximación de regímenes:

- A) Unas son de **orden sustantivo**, y hasta diría que de pura justicia material: la existencia de dos regímenes tan sustancialmente distintos estaría justificada en el seno de una economía poco desarrollada, pero no en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona, y en el que la especialización en las actividades permite esperar de cada deudor una previsión proporcionada a esa especialización: si indemnizar significa tanto como dejar a la víctima *indemne*, colocada en la misma situación en que se encontraba antes de la causación del daño, podrá haber diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores, máxime cuando la velocidad a la que circula la celebración del contrato moderno hace brillar por su ausencia la autonomía de la voluntad en su sentido clásico. Como ha dicho Geneviève VINEY, no hay razón lógica para proporcionar al daño soluciones tan diferentes según que la víctima sea un contratante o un tercero: "sería desastroso que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica, que no está prevista siquiera en los textos ni impuesta por indiscutibles imperativos lógicos, se sacrificasen los verdaderos intereses en juego, que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y en prevenir los comportamientos antisociales"<sup>6</sup>.

<sup>5</sup> YZQUIERDO, *La responsabilidad civil del profesional liberal*, Madrid, 1989, sobre todo capítulo XI. Posteriormente, hubo edición argentina (Buenos Aires, 1998), sin modificación ni actualización alguna, a pesar de haber entregado el original al editor nueve años antes de la publicación.

<sup>6</sup> VINEY, *Les obligations...*, cit., pág. 299. La autora francesa llega a decir incluso que la distinción tiende a perder su posición de *summa divissio* de la responsabilidad civil.

- B) Otras razones son *de orden sistemático*: por inspiración del Código civil francés, es muy habitual encontrar la materia de la responsabilidad contractual contenida en la parte que los tratados dedican a los *efectos* de las obligaciones, mientras que la extracontractual suele venir desarrollada en sede de *fuentes* de las obligaciones. Henri MAZEAUD oscurecaba a las teorías dualistas el que en esta materia se haya caído en la más absoluta oscuridad, al pretender servirse de la distinción, convertida abusivamente en auténtica *summa divissio*, para crear o explicar diferencias de principio en el estudio de la teoría general de la obligación, separando para ello las obligaciones una vez han nacido. El razonamiento vendría a ser así: si entre el agente y la víctima mediaba contrato, la responsabilidad solamente es la sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente; precisamente porque una de las partes no cumple se plantea la cuestión de la responsabilidad contractual. En cambio, no existe vínculo alguno entre las partes antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad aquiliana; es el propio hecho dañoso el que genera la obligación, poniendo en contacto a las partes<sup>7</sup>.

Vistas así las cosas, es fácil entender que los autores no suelen ocuparse, al hablar de la responsabilidad contractual, de cuestiones que sí tratan, en cambio, al acometer el estudio de la extracontractual: en ésta, partimos del daño causado por una persona a otra; es necesario entonces estudiar —y así se viene haciendo en cualquier trabajo de carácter general— qué "ingredientes" deben darse para que nazca la obligación de resarcir: a) la acción u omisión antijurídica, b) el daño, c) la relación de causalidad entre la conducta y el daño, y d) el factor de atribución o imputación (culpa, dolo, riesgo, etc.) que permita imputar el resultado lesivo a un determinado patrimonio. Sin embargo, ni los tratados de Derecho de obligaciones ni los programas universitarios dedican atención a casi ninguno de estos temas al tratar del incumplimiento del contrato y sus efectos: sí se refieren a la culpa y el dolo, y no tanto porque se trate de varios de los posibles factores de atribución de la responsabilidad civil contractual, sino más bien porque constituyen la tipología más frecuente del incumplimiento del contrato. Sí se refieren también al caso fortuito y fuerza mayor, pero no enfatizando su virtualidad exoneratoria como manifestación de la ruptura de la relación de causalidad, sino su carácter de formas de no atribución del incumplimiento contractual. En una palabra, el "lenguaje" propio de la "responsabilidad" contractual no viene siendo, a diferencia de lo que sucede con la aquiliana, un lenguaje de *responsabilidad*, sino de *incumplimiento*.

Con ello, a los ojos del confundido estudiante se presenta un panorama en el que los requisitos anteriormente enumerados aparecen monopolizados por las lecciones del programa que tratan de la responsabilidad civil extracontractual, cuando lo cierto es que se trata de elementos comunes a ambas modalidades de responsabilidad, y como tales, de elementos que deberían ser estudiados en sede de teoría general de la obligación: la acción u omisión de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el *incumplimiento del contrato* en la contractual. Y el art. 1101 habla también de *causalidad*, de *daños* y de *culpa*, al igual que lo hace el 1902<sup>8</sup>.

<sup>7</sup> H. MAZEAUD, *Essai de classification des obligations*, en Rev. Trim. Dr. Civ., 1936, págs. 17 y ss.

<sup>8</sup> Un tratamiento sistemático de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se encuentra en MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947, págs. 94 y ss. (hay una traducción española de la quinta edición, a cargo de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1977, que es la que se ha utilizado en la presente obra). Pero es en VINEY, *Les obligations. La responsabilité. Conditions*, en el t. IV del *Traité de Droit civil* de GHESTIN, Paris, 1982 (nueva edición en 1999), donde se encuentra la más atractiva teoría general de la responsabilidad civil (unificada en sus presupuestos, por tanto) que se conoce hasta la fecha. Particularmente interesantes son en este punto las págs. 192 a 300. En una conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires el 11 de mayo de 1988, señaló el conocido Decano de la Facultad de Derecho de Yale, Guido CALABRESI, que también en Estados Unidos se viene produciendo últimamente una fuerte corriente doctrinal en favor de la unificación, hasta el punto de que hay quien ya ha acuñado una curiosa palabra, "*con-tort*", que viene a ser una contracción de *contract* y *tort*.

- C) No faltan las razones de simple *orden práctico*: son muy abundantes los casos puros, en los que basta con comprobar la existencia o no de vínculo contractual entre el dañador y la víctima para calificar la responsabilidad. Pero no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos. Y si de dar una respuesta u otra va a depender la aplicación por parte de los tribunales (con base legal o sin ella, ésta es ahora otra cuestión) de soluciones absolutamente distintas, salta a la vista la importancia práctica del problema. El régimen de la responsabilidad aquiliana suele ser más *confortable* para el perjudicado, pero como la acción correspondiente cuenta con un plazo de prescripción cruelmente breve, resulta llamativo con qué frecuencia se produce un doble fenómeno, de componentes contrapuestas: los demandantes que, ante daños que pueden encontrar un difícil tratamiento en la esfera contractual, encajan la reclamación en la esfera aquiliana (aunque exista contrato), o los que, ante una acción extracontractual prescrita, tratan de *colorear* de contractual lo que no lo es.

Pero plantearnos los casos polémicos es tanto como preguntarnos por el ámbito propio de la responsabilidad contractual. A ello van dedicadas las siguientes consideraciones.

## 2. EL ÁMBITO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

La expresión "responsabilidad extracontractual" tiene carácter negativo, en la medida en que viene designado su objeto como algo contrapuesto al de la responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento contractual será extracontractual.

Cuando digo que los principios de la responsabilidad extracontractual componen el derecho común de la responsabilidad no quiero decir que tal derecho común se encuentre comprendido en los preceptos legales específicos de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y ss.). Antes bien, los textos positivos han aprovechado con comodidad la idea de que el contrato viene a ser el lugar donde más fácilmente se puede construir en forma de normas toda una teoría general de la obligación; de ahí que los artículos que componen la sede de la responsabilidad civil contractual (1101 y ss.) sean más bien —como la propia estructura del Libro IV confirma— la sede de tal teoría general de la obligación (de toda obligación, provenga de contrato o de otra fuente). En una palabra: lo mismo que las normas aplicables a los contratos no sólo arrancan a partir de lo que dispone el art. 1254, las que tratan de la responsabilidad extracontractual tampoco son exclusivamente las contenidas en los arts. 1902 y ss. Pero este dato no debe confundirnos: los principios de la responsabilidad aquiliana son principios *comunes y generales* en la medida en que se aplicarán cuando entre las partes no se haya convenido, por medio del contrato, un medio voluntario *específico*. Es ejemplar en este sentido lo que dispone el art. 99-3º del Código suizo de las Obligaciones: "*Las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual*".

Partamos de la base de que para que exista responsabilidad civil contractual es preciso que exista un contrato válido entre el responsable y la víctima, y que el daño resulte de su incumplimiento. Examinemos cada uno de los miembros de la premisa:

## 2.1. QUE EXISTA UN CONTRATO

No cabe duda de que para que se pueda hablar de responsabilidad contractual hace falta un contrato ya formado entre los que hoy resultan ser dañador y víctima. Sin embargo, existen zonas fronterizas que constituyen una rica y amplia casuística:

### 2.1.1. El caso de la "relación jurídica precedente análoga"

Como el plazo de prescripción de la responsabilidad aquiliana es excesivamente breve (un año, art. 1968.2º C.civ.), y tan amplio el de la contractual (quince años, art. 1964), la tendencia a contractualizar daños extracontractuales para escapar de la prescripción resulta verdaderamente interesante.

Una sentencia curiosa es la de 26 de enero de 1984 (R.A.J. 386): a consecuencia de ciertas filtraciones de aguas fecales en los locales del piso bajo de un edificio de Palma de Mallorca, se produjeron diversos daños a la entidad demandante, que los reclamaba a la empresa que tenía a su cargo el servicio público de alcantarillado de la ciudad. El Tribunal Supremo declaró que la responsabilidad era de carácter contractual, siendo entonces aplicable el plazo de prescripción de quince años (art. 1964 C.civ.) y no el de un año de la responsabilidad aquiliana (art. 1968-2º).

"...la culpa contractual puede ir precedida de una *relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase*, como (...) una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que (...) si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del art. 1902 C.civ., pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual: existiendo obligación derivada de contrato o de *relación precedente análoga* no hay que acudir a los arts. 1902 y 1903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto contravenido (...); y en el caso debatido es indudable que entre la empresa recurrente y la demandante y actual recurrida existía una *relación jurídica, si no contractual de derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica a la que contribuye la recurrida*, de modo que la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron los daños a la actora no surgió *ex novo* a virtud de esos daños y por causalidad material de la recurrente sino que deriva de la *relación jurídica previa existente entre ambas*"<sup>9</sup>.

La idea de que no es preciso para estar ante un caso de responsabilidad civil contractual que exista *propriadamente un contrato*, sino que basta con una *relación análoga*, es reiterada en la sentencia de 9 de julio de 1984 (R.A.J. 3802): es suficiente con que "los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito, o incluso presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídico-reales como la comunidad de bienes".

En parecido orden de cosas, destaca con mucho en la doctrina y jurisprudencia europeas el problema del *transporte benévolo o de favor*: ¿de qué tipo será la responsabilidad del conductor que ocasiona daños a una persona a la que aceptó transportar por amistad, por simple favor o por

<sup>9</sup> Imaginativa la argumentación, desde luego. En el caso, tampoco es que hubiese problema con el plazo de un año, que era con seguridad el único aplicable, pues, aunque la demanda se había presentado más allá de un año, el acto de conciliación se había celebrado dentro de ese año. Véase el comentario que de la sentencia hace PANTALEÓN en C.C.J.C., n.º 4, págs. 1257 y ss.

la razón que sea?<sup>10</sup> No cabe duda de que siempre existirá un acuerdo expreso o tácito entre ambos, o cuando menos una de las llamadas "conductas sociales típicas"; pero ¿es ello suficiente para calificar la responsabilidad como contractual? ¿Hay un contrato de transporte gratuito? La misma pregunta cabe hacerse ante cualesquiera otros servicios o actos benévolos.

La sentencia de 28 de diciembre de 1964 (R.A.J. 5911) entendió que la responsabilidad tiene carácter extracontractual, y se encuentra por ello sometida al plazo de prescripción de un año. La solución se encuentra en la actualidad muy compartida, siempre que se trate propiamente de un transporte *de cortesía*. Es por la que opta el Código civil portugués (art. 504), y parece bastante convincente entender que no hay contrato, sino un deber nacido de la benevolencia que no origina relación contractual.

Ultimamente, y a fin de que los demandantes se escapen del brevísimo plazo anual, la jurisprudencia civil viene entendiendo que las relaciones entre la Seguridad Social y los afiliados son propiamente contractuales, contradiciendo cuanto venía diciendo la jurisprudencia social y hasta la del Tribunal Constitucional. Resultado: las acciones entabladas por negligencias médicas contra el INSALUD prescriben a los quince años<sup>11</sup>.

Bastan estas referencias para hacer ver que la abrumadora diferencia en cuanto a la prescripción solamente conduce a una auténtica "guerra de plazos", brillando por su ausencia la seguridad jurídica.

### 2.1.2. La responsabilidad procedente del cuasicontrato

Como es bien sabido, con la expresión *cuasicontrato*, los Códigos consagran ciertas aplicaciones de un principio general: el que se enriquece sin causa a costa de otro, se convierte en deudor con respecto al empobrecido; esta obligación cuasicontractual cobra especialidad entre el gestor de negocios ajenos sin mandato y el dueño del negocio (arts. 1888 y ss. C.civ.) y entre quien ha recibido el pago de lo indebido y el que lo ha efectuado (arts. 1895 y ss.). Tras la inclusión en el Código de Napoleón de la ley como fuente de obligaciones, quedó completo el cuadro analítico de fuentes que se traduciría en el art. 1089 de nuestro Código civil.

Aunque el régimen de las obligaciones cuasicontractuales suele encontrarse bien concretado en los textos positivos, se trata de preceptos que no resultan suficientes, y es preciso colocarlos en un marco mayor. Y éste no puede ser otro que el de la responsabilidad nacida fuera de contrato. La voluntad de los redactores del *Code* resulta inequívoca, y quedó bien expresada en la Exposición de Motivos: "En los contratos, el consentimiento mutuo de las partes contratantes es el que produce entre ellas la obligación. En los cuasicontratos, al contrario, como en los delitos y cuasidelitos, la obligación (...) resulta de un hecho: es la ley la que lo hace obligatorio".

Decir que la responsabilidad derivada del cuasicontrato tiene carácter extracontractual no se contradice con la idea, compartida por todos, de que el plazo aplicable para exigirla sea el de quince años (art. 1964), al tratarse de una acción personal que no tiene establecido un especial

<sup>10</sup> No comparto la opinión de RUIZ VADILLO, para quien se trata de un contrato típico, híbrido entre arrendamiento de servicios y comodato, en el que se sobreentiende una cláusula de renuncia a exigir responsabilidad al conductor. *El problema de la indemnización por daños y perjuicios en el transporte gratuito*, D.J., 1967, págs. 11 y ss. Es este un tema muy tratado en Europa. En Francia, destaca LESERVOISIER, *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en Droit français et en Droit anglais*, Paris, 1966, así como BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Paris, 1941. Exhaustiva la información doctrinal y jurisprudencial que de Francia, Bélgica y Canadá dan los MAZBAUD en el *Tratado...*, cit., en los números 110 y ss. En España, véanse GUIJARRO CONTRERAS, *El transporte gratuito y de cortesía*, en Conferencias y Comunicaciones al V Curso Internacional de Derecho de la Circulación, Madrid, 1963, págs. 137 y ss., y LATOUR BROTONS, *El transporte gratuito y la responsabilidad civil*, en R.D.Circ., 1965, págs. 179 y ss. Para Italia y Alemania, pueden verse, respectivamente, RASI, *Alcune considerazioni sui trasporti a titolo de cortesía e di amicizia*, en *Rivista Giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1965, págs. 542 y ss., y HABERKORN, *Erfahrungsaussätze bei Gefährlichkeitsfahrten*, en *Deutsches Autorecht*, 1966, págs. 150 y ss.

<sup>11</sup> Sobre el tema habrá que volver *infra*, 3.1.3.

plazo de prescripción. Y es que el art. 1968.2º C.civ. no establece el plazo de prescripción propio de toda reclamación de responsabilidad extracontractual, sino el de la acción para exigir la responsabilidad civil "...por las obligaciones derivadas de la culpa o negligencia de que se trata en el art. 1902".

En conclusión, y admitiendo sin reservas la viabilidad de la clasificación sintética de las fuentes de las obligaciones (ley/contrato), nunca podremos hablar de responsabilidad contractual cuando el autor del daño y su víctima no han creado por su voluntad la posibilidad de ese daño. Es extracontractual... sencillamente, lo que no es contractual.

### 2.1.3. El daño "in contrahendo"

Se produce el daño *in contrahendo* cuando con motivo de la formación de un contrato, una de las partes, que confiaba en su celebración, queda perjudicada por la ruptura de los tratos preliminares y la consiguiente falta de perfección del mismo. Si no hay responsabilidad contractual sin contrato, ¿de qué carácter será la responsabilidad que se origina en esta fase precontractual?

Firme partidario de la consideración de la culpa *in contrahendo* como culpa contractual fue IHERING. Para el maestro alemán, cuando una persona entra en negociaciones con otra para llegar a la celebración de un contrato, en estos tratos preliminares hay un auténtico pacto tácito de responsabilidad. La corriente contraria entiende que el daño ocasionado mediante la formación iniciada de un contrato que luego no llega a perfeccionarse sólo puede encontrarse en la violación del genérico "*naminiem laedere*". En la opinión de VINEY, avalada por la jurisprudencia francesa y por la mejor doctrina gala anterior, sólo cabrá hablar de responsabilidad contractual a partir del momento en que se encuentre cerrado el período de negociaciones preliminares: si uno ha hecho la promesa de celebrar un contrato y el otro ha aceptado la promesa, la responsabilidad deriva del incumplimiento de lo pactado. Pero si tal acuerdo no existió, la víctima del daño deberá situar su reclamación en el campo de la responsabilidad extracontractual<sup>12</sup>.

Es bastante lógico que en Alemania se haya tenido que acudir al terreno contractual, si se tiene en cuenta que en su sistema de tipicidad de los daños extracontractuales resarcibles (*Enumerationsprinzip*), no entran los daños primariamente patrimoniales (que son precisamente ante los que nos encontramos en la gran mayoría de los casos en que se experimenta un perjuicio en la fase de preparación de los contratos), sino sólo los derechos subjetivos absolutos (la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona, § 823-1º). Repárese además en que la idea de IHERING es el resultado del análisis de uno sólo de los supuestos posibles: el de la negociación para celebrar un contrato nulo cuando una de las partes era conocedora del vicio de nulidad y lo ocultó a la otra parte: se llega a celebrar un contrato, aunque éste sea nulo. Pero no se puede decir igual de los casos en los que el contrato no llega a celebrarse por falta de coope-

<sup>12</sup> Así puede apreciarse en PLANIOL y RIPERT, *Droit civil français*, t. VI, Paris, 1930, págs. 167 y ss.; WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1971, pág. 369; VINEY, cit., págs. 229 y ss.; MAZEAUD, *Tratado*, t. I, cit., nº 116. La bibliografía es abundante. Clásicos los trabajos de SALEILLES, *De la responsabilité précontractuelle à propos d'une nouvelle étude sur la matière*, Rev. Trim. Dr. Civ., 1907, págs. 697 y ss.; BOYER, *Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats*, en la misma revista, 1949, págs. 1 y ss. y SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, en la misma revista, 1974, págs. 46 y ss. La posición de la doctrina belga puede conocerse en DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. II, Bruxelles, 1964, págs. 541 y ss., y la suiza en PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité précontractuelle en Droit privé suisse*, Berne, 1963, págs. 24 y ss. Pueden verse para Italia MENGONI, *Sulla natura della responsabilità precontractuale*, en Riv. Dir. Com., 1956, II, págs. 360 y ss.; STOLFI, *In tema di responsabilità precontractuale*, en Foro it., 1954, I, págs. 1109 y ss. En Alemania, NIEMANN, *Verschulden bei Vertragsschluss*, Leipzig-Berlin, 1932, y el importantísimo trabajo de IHERING, *Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen*, en Iherings Jahrb. Dogm., 1860, págs. 1 y ss. En España, MANZANARES SECADES, *La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrahendo*, A.D.C., 1985, págs. 979 y ss., además de las importantes aportaciones de ASÚA y GARCÍA RUBIO (vid. notas 12 y 13).

ración de una de las partes. E incluso en el supuesto analizado por IHERING, ¿puede en rigor hablarse de una acción derivada de un contrato, si éste es nulo?

Por cierto, que acaso sea preciso hacer constar que el problema no se plantea cuando nos encontramos ante la figura del llamado *precontrato*: cuando una de las partes se beneficia, por iniciativa de la otra, de una indiscutible promesa de contrato, válida durante un tiempo determinado (el ejemplo más cómodo es el del arrendamiento con opción de compra), no cabe duda de que el precontrato constituye por sí sólo un convenio entre el promitente y el beneficiario de la promesa, por lo que la eventual responsabilidad tendrá carácter contractual<sup>13</sup>.

Si la ruptura de un precontrato da lugar a responsabilidad contractual, hablaremos *en principio* de responsabilidad extracontractual cuando de lo que se trate sea de la ruptura de simples negociaciones preliminares. Frente al argumento de que no puede existir responsabilidad aquiliana en un terreno en el que, por poder las partes moverse aún con entera libertad, no cabe hablar de acto ilícito, puede recordarse que son cada vez más numerosos los casos de responsabilidad por actos lícitos. Así, el art. 1328-1 del Código civil italiano permite al proponente revocar la oferta mientras que el contrato no esté concluido, pero teniendo que indemnizar al aceptante de los gastos y las pérdidas sufridos si ya hubo comenzado de buena fe la ejecución del contrato antes de tener conocimiento de la revocación. El supuesto es de daño no antijurídico que encaja perfectamente en el concepto de daño extracontractual. Entre nosotros ha mantenido la misma postura Clara I. ASUA, aunque sin restar méritos a quienes pretenden encontrar el encaje de la responsabilidad por culpa *in contrahendo* en el art. 1101, admitiendo que la expresión "cumplimiento de sus obligaciones" puede abarcar a más de una de esas situaciones en que dos personas se encuentran negociando, y, por decirlo de algún modo, "tiendo" de contractual a un encuentro que no llegará a tener tal carácter (ruptura de tratos preliminares) o que nunca lo ha tenido (responsabilidad derivada de contrato nulo)<sup>14</sup>. Sea como fuere, parece —como gráficamente señala CARRASCO PERERA— que la ruptura de un trato no puede equivaler a la ruptura de un contrato, pues lo contrario sería conculcar el principio de la autonomía de la voluntad<sup>15</sup>. Ha sostenido la tesis aquiliana la sentencia de 16 de mayo de 1988 (R.A.J. 4308), y, más recientemente, las de 14 de junio y 16 de diciembre de 1999 (R.A.J. 4105 y 8978, respect.)<sup>16</sup>.

### 2.1.4. El daño postcontractual

Si determinar cuál es el momento en el que comienza la vida del contrato plantea evidentes problemas de calificación, éstos no faltan tampoco a la hora de decidir en qué momento el contrato expira. El único que es contratado por una empresa y que hace uso ahora de una fórmula secreta conocida en el trabajo que desarrollaba para una empresa anterior (y siempre que en el contrato con ésta no se contuviese ninguna estipulación prohibitiva al respecto), ¿incurre en responsabilidad contractual o aquiliana? Ciertamente es que el primer contrato le obligaba no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1258 C.civ.), pero la expresión

<sup>13</sup> Ahora bien: doctrina y jurisprudencia españolas no han hecho suyas, con acierto, las expresiones de otros Derechos: cuando los autores franceses hablan de "*responsabilité précontractuelle*", no se están refiriendo a la que se origina como consecuencia del incumplimiento de lo que en España denominamos precontrato (para esta figura reservan la expresión de "*avant-contrat*"), sino también a la ruptura de los tratos preliminares ("*pourparlers préliminaires*" o "*accords préparatoires*"). La misma amplitud del término "responsabilidad precontractual" se aprecia, cuando menos, en la doctrina italiana y en la alemana. Entiendo que sería mucho más correcto diferenciar la culpa *in contrahendo* (tratos preliminares) del *pactum de contrahendo* (precontrato o contrato preliminar). Sobre el tema, GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991, págs. 125 y ss.

<sup>14</sup> Clara I. ASÚA GONZALEZ, *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989, pág. 259.

<sup>15</sup> CARRASCO PERERA, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, Madrid, 1989, págs. 428 y ss.

<sup>16</sup> De la de 14 de junio de 1999 hay comentario de FERNÁNDEZ AREVALO en Rev. Der. Pat., 2000-1, págs. 281 y ss.

"todas las consecuencias" ¿incluye aquellas que nazcan con posterioridad a la relación entre las partes? Me inclino a pensar que sí. JORDANO FRAGA ilustra muy bien esta conclusión: el obligado a la entrega de la cosa quedará liberado si se da un caso de imposibilidad sobrevenida; pero ha de notificar oportunamente al acreedor esta eventualidad liberatoria para que pueda procurarse un cumplimiento sustitutivo rápido que le evite los perjuicios de una espera infructuosa. De no ser así incurrirá en responsabilidad por incumplir un elemental deber, por así llamarlo, "post-contractual", que se determinará con arreglo a las normas contractuales.<sup>17</sup>

La sentencia de 14 de octubre de 1983 (R.A.J. 5326) resolvió un caso de defraudación de la propiedad intelectual: una editorial había editado más ejemplares de los que se habían hecho constar en el contrato de edición. Comentando el pronunciamiento del Tribunal Supremo, indica BERCOVITZ que "si los ejemplares no incluidos en el contrato de coedición se hubiesen realizado una vez extinguida la relación contractual entre las partes, la defraudación de la propiedad intelectual debería tener naturaleza extracontractual. Pero si los ejemplares de más se realizaron al mismo tiempo que los contratados, entonces creo que nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento del contrato pactado entre las partes".<sup>18</sup>

Da la impresión de que al hablar de la cuestión del comienzo y fin del contrato nos encontramos ante uno de los aspectos más resbaladizos y que mejor aconsejan un tratamiento jurídico unitario de la responsabilidad civil. Mientras no haya contrato y desde el instante en que ya no haya contrato, los problemas de responsabilidad que se originen con ocasión de un contrato futuro o pasado son problemas extracontractuales. Pero ¿cuándo comienzan y terminan los contratos? Imaginemos el supuesto del viajero de una empresa de autobuses. La obligación de seguridad derivada del contrato de transportes ¿comienza cuando se coloca un pie sobre el primer escalón del vehículo? ¿Se extiende a los minutos de estancia en la estación? ¿Concluye con la llegada a destino, o más bien cuando el viajero abandona las dependencias del transportista? Evidentemente, que existan diferentes plazos de prescripción o distintos alcances del resarcimiento para casos que se diferencian en unos minutos o en unos centímetros solamente puede calificarse de ridículo.

## 2.2. QUE EL CONTRATO SEA VÁLIDO

No basta, para poder hablar de responsabilidad contractual, con que exista entre la víctima y el causante del daño un contrato o relación precedente análoga. Se precisa que el contrato sea válido. La consecuencia general de la invalidez (provenga ésta de la concurrencia de una causa de nulidad o sea consecuencia de una causa de anulabilidad) es el considerar no nacidas las obligaciones previstas y producidas sin causa las atribuciones patrimoniales que hubieran podido operarse.

Sin embargo, tal ausencia de consecuencias se refiere a las que el contrato estaría llamado a tener en caso de ser válido, y en tal sentido viene construido el régimen de los arts. 1300 y ss. C.civ., pero nada impide que se desplieguen otros efectos diferentes, entre los que destaca el problema de la indemnización de daños y perjuicios. Y entonces habrá que distinguir entre las pretensiones impugnatorias del contrato, sometidas a su propio plazo<sup>19</sup>, de las pretensiones indemnizatorias que quepa ejercitar para devolver al contratante perjudicado, no a la posición en la que estaría si el contrato fuese válido, sino a la que ostentaría si no hubiese contratado ("*negative Vertragsverletzungen*": interés contractual negativo o interés de confianza).

<sup>17</sup> JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 139.

<sup>18</sup> BERCOVITZ, *Comentario a la sentencia de 14 de octubre de 1983*, C.C.J.C., nº 3, pág. 1000.

<sup>19</sup> Cuatro años en el caso de tratarse de contrato anulable, y quince si se trata de contrato radicalmente nulo (lo que en la nulidad radical es imprescriptible es la pretensión declarativa de la nulidad, no la de restitución de lo entregado; sobre el tema traté con detalle en *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, Madrid, 1998, págs. 129 y ss.).

Si la razón de la nulidad se encuentra en la conducta de un tercero que provocó el vicio del consentimiento (vgr., modificación del texto del contrato por el notario autorizante), su responsabilidad será claramente extracontractual (y sometida entonces al plazo anual). Pero si el contrato deviene nulo como problema inter partes (señaladamente, en caso de dolo, art. 1269 C.civ.) y la indemnización se solicita después ¿diremos que la eficacia retroactiva de la declaración de nulidad hace que el daño sólo pueda ser calificado de extracontractual? La dogmática nos dirá que sí, ya que el ordenamiento opta por solucionar las cosas como si el contrato no hubiera existido<sup>20</sup>, pero el resultado no puede ser más inseguro. Además, ¿desde cuándo comenzaremos a contar el plazo para exigir la responsabilidad? El comprador perjudicado que conoce el error padecido puede ejercitar la acción desde ese momento, tratando de recuperar los gastos que el contrato le generó sin necesidad de iniciar un litigio impugnatorio (en el que trataría también de obtener la devolución del precio), pudiendo ocurrir que cuando éste comience ya haya prescrito la acción indemnizatoria.

## 2.3. QUE EL CONTRATO VINCULE AL RESPONSABLE CON LA VÍCTIMA

Para que el régimen común de la responsabilidad extracontractual quede reemplazado por el específico de la contractual, no sólo es necesario que exista un contrato y que éste sea válido, sino que vincule efectivamente al responsable y la víctima. Así, si una de las partes contratantes ve, con ocasión del contrato, comprometida su responsabilidad con un tercero, éste solamente podrá fundamentar la eventual reclamación al amparo de las normas extracontractuales. Ello es consecuencia del principio de relatividad del contrato proclamado en el art. 1257 C.civ.<sup>21</sup> Sin embargo, es preciso plantearse ciertos interrogantes.

### 2.3.1. La estipulación en favor de tercero y el contrato en daño de tercero

- A. En primer lugar, hay que recordar que el propio art. 1257 prevé la posibilidad de que el contrato contenga alguna *estipulación en favor de un tercero*. En tal caso, tanto la redacción del precepto ("*éste podrá exigir su cumplimiento*") como su propia ubicación dentro del art. 1257, permiten dar una respuesta pacífica: el tercero beneficiario está asimilado a un contratante y, como tal, exigirá la responsabilidad por el incumplimiento al amparo de las normas reguladoras del contrato<sup>22</sup>. Desde un punto de vista técnico, sólo son *contratos en favor de tercero* aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta a un tercero un derecho subjetivo que le permita exigir el cumplimiento de la promesa. Y es que, de no ser así, el campo de aplicación de la figura sería absolutamente desmesurado, pues son innumerables los supuestos en que determinadas cláusulas se vienen a insertar en un contrato con miras a beneficiar a terceros, pero que no por ello van a proporcionar a éstos la posibilidad de exigir el beneficio. Así por ejemplo, no es contrato en favor de tercero un arrendamiento de local de negocio en el que se prohíbe al arrendatario la instalación de máquinas tragaperras, para asegurar con ello que no se le hará la competencia a los restantes bares de la zona.

<sup>20</sup> La indemnización por los daños que causa un contrato inválido constituyó el banco de pruebas sobre el que IHERING argumentó su teoría sobre la culpa *in contrahendo* (*supra*, 2.1.3.). La rigidez del sistema alemán de responsabilidad aquífiana estuvo, sin duda, en el fondo de la argumentación del maestro alemán, que prefería incardinar las soluciones alrededor de la órbita contractual. Y es que, de hecho, conducta contractual ha habido (aunque inválida). Así también DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, t. II, vol. 2º, Madrid, 1999, pág. 571. Sobre el tema es de provechosa consulta la obra de GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual...*, cit., págs. 227 y ss., así como la de ASÚA, *La culpa...*, cit., págs. 121 y ss.

<sup>21</sup> Últimamente, RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000.

<sup>22</sup> Sobre el tema, entre otros muchos, DE BUEN, *La estipulación en provecho de tercero*, en R.G.L.J., 1923, págs. 193 y ss. y MARTÍN BERNAL, *La estipulación en favor de tercero*, Madrid, 1985.

B. Lo contrario deberá decirse, en general, ante los llamados *contratos en daño de tercero*: la responsabilidad tendrá normalmente carácter extracontractual<sup>23</sup>, ya se reclame de manera autónoma, ya sea acumulando la pretensión a una acción de nulidad en aquellos casos en que, existiendo connivencia entre las partes para ocasionar el daño al tercero por medio de la celebración del contrato, pueda calificarse éste como nulo por ilicitud de la causa. Naturalmente, no todo contrato que ocasiona un perjuicio a un tercero o le coloca en una situación desfavorable puede calificarse de *contrato en daño de tercero*, sino sólo aquellos en que la producción del daño es consecuencia directa e inmediata del contrato, y venga a lesionar un interés digno de protección por el ordenamiento<sup>24</sup>.

Diferente será la respuesta cuando la celebración de un contrato en daño de tercero suponga al mismo tiempo el incumplimiento de otro previo: así, el incumplimiento de un pacto de exclusiva o el incumplimiento de la obligación de conservar la forma y sustancia por el usufructuario que contrata unas obras para demoler la vivienda objeto del usufructo, y siempre que éste hubiera tenido origen contractual (art. 468). Igualmente, la responsabilidad en la que pueda incurrir el transmitente de una finca sobre la que pesaba una prohibición de disponer no inscrita en el Registro, será contractual respecto del que estableció la prohibición (salvo que ésta procediera de título hereditario, claro está. Cfr. arts. 26 y 27 L.H.).

### 2.3.2. Víctima causahabiente de uno de los contratantes

A. Si el principio de relatividad del contrato hace que la eficacia de éste se limite a las partes "y a sus herederos" (art. 1257-1º), todo parece indicar que los causahabientes del contratante, al menos si lo son por título mortis causa, deberán actuar como si del propio causante se tratara. Y lo mismo si se trata de que la víctima ejercite sus derechos contra los herederos del obligado. Todo ello es consecuencia del principio por el cual en la transmisión hereditaria se comprenden las titularidades activa y pasiva de las obligaciones y claro está, siempre que tales derechos y obligaciones no sean intransmisibles.

La aplicación de la normativa del contrato a los herederos de las partes plantea en la práctica el delicado problema del fallecimiento de una persona que resulta del incumplimiento del contrato que ella misma celebró. Es el caso del comprador al que los vicios de la cosa comprada ocasionan la muerte, del viajero que fallece por la incompetencia del conductor, o del paciente que muere de resultados del incumplimiento negligente del contrato de servicios médicos. Una cosa será el daño que la muerte provoca en sus allegados *iure proprio* y otra los daños sufridos por el que luego murió, que ingresaron en su herencia y se transmitieron a los herederos *iure hereditatis*. El daño moral o material que la muerte provoca directamente en el hijo del fallecido es daño extracontractual. Pero los gastos clínicos del accidentado, reclamables al transportista de personas, entran en la herencia como daños derivados de contrato.

B. ¿Y si se trata de *causahabientes a título particular*? Piénsese que cuando el art. 1257-1º amplía el círculo del contrato a los causahabientes de las partes, no lo hace a cualesquiera causa-

<sup>23</sup> Es interesantísimo el pleito al que puso fin la sentencia de 13 de diciembre de 1984 (R.A.J. 6111): el padre de doña María Teresa Blasco Ranera había realizado con la Compañía Telefónica Nacional de España un contrato de abono telefónico y otro de publicidad. En este segundo contrato se señalaba que el nombre que figuraría en la guía telefónica no sería el del abonado, sino el de la hija. Esta reclamó a la Compañía los perjuicios que su fama había sufrido como consecuencia de haber aparecido en la Guía de 1976 un cambio en una estratégica consonante de su segundo apellido: "Ranera" se había convertido en "Ramera". La demanda se amparó en el art. 1902 C.civ., y tuvo éxito. Lo que interesa aquí destacar es que, ante la imposibilidad de combatir la realidad del perjuicio, la Compañía Telefónica intentó desviar la atención por la vía de negar la existencia de la *estipulación en favor de tercero*, para con ello negar también la posibilidad de toda reclamación directa por parte de la señorita Blasco. Aunque la indemnización fue concedida, el Tribunal Supremo entendió que no había, en efecto, tal *estipulación*, sino una *prestación a tercera persona*: "la persona beneficiaria de un contrato de publicidad con la Compañía Telefónica del que no es parte viene únicamente autorizada por esa convención para recibir la prestación establecida a su favor y en forma alguna adquiere el derecho estipulado sustituyendo al contratante acreedor. Por ello no puede dirigir contra la Compañía una acción de daños y perjuicios fundada en el incumplimiento de las obligaciones nacidas de aquel contrato, ya que no es parte interviniente".

<sup>24</sup> Sobre el tema, GULLÓN BALLESTEROS, *En torno a los llamados contratos en daño de tercero*, en R.D.N., 1958, 2, pág. 111.

habientes, sino tan sólo a los que lo son por título mortis causa. El problema no se plantea cuando un tercero asume la posición de parte merced a un negocio de *cesión de créditos* o a un supuesto de *subrogación legal*: tanto una como otra transfieren al, hasta entonces, tercero, el crédito con todos sus accesorios (arts. 1528 y 1212 C.civ., respectivamente). Como nuevo acreedor que es, exigirá el cumplimiento del contrato o en su caso la responsabilidad por el incumplimiento. Tampoco cuando se nos presenta un caso de ejercicio de *acción subrogatoria*, pues los terceros actúan contra los deudores de su deudor en nombre de éste y para que cumplan con éste (acción oblicua, no directa, del art. 1111), siendo un problema de simple legitimación procesal.

Ahora bien: imaginemos el caso, lamentablemente frecuente, de un edificio que, como consecuencia de un muy defectuoso cumplimiento del contrato de obra, ocasiona daños, no a quien contrató con la empresa constructora, sino a quien posteriormente compró la vivienda al cliente de ésta. O el del propietario de un automóvil que contrata unas reparaciones con un mecánico; en el curso de las mismas vende el vehículo a un tercero y cuando éste va a retirarlo, comprueba que el mecánico lo ha destrozado. Pensemos en el anfitrión de una fiesta que encargó la confección del menú con un restaurante, y cuyos invitados sufren una intoxicación por causa del mal estado de uno de los platos. Los ejemplos son numerosos ¿Puede el tercero, ajeno al contrato, fundar sobre la inejecución del mismo una acción de responsabilidad contractual?

La respuesta viene siendo afirmativa sólo de forma absolutamente excepcional: Como presupuesto para el juego de la excepción, debe tratarse de terceros que, habiendo a su vez contratado con una de las partes del "contrato primitivo", sufren las consecuencias del mal cumplimiento de éste (quedaría de este modo excluida la posibilidad de la acción contractual en el ejemplo propuesto de los invitados a la fiesta). Salvada tal condición, "únicamente quedan marginados de la eficacia de los contratos los terceros que son completamente extraños a los contratantes (...) por lo que el causahabiente a título particular está ligado por los contratos celebrados por el causante de la transmisión con anterioridad a ésta" (sentencia de 1 de abril de 1977, R.A.J. 1510).

Por ejemplo, en el terreno de la construcción es muy corriente que la jurisprudencia permita al subadquirente dirigirse directamente contra los participantes en la edificación por medio de una acción de responsabilidad contractual (no así, por supuesto, si se trata de viandantes que resultan heridos, o de vecinos perjudicados). Es muy conocida en este sentido la sentencia de 5 de mayo de 1961 (R.A.J. 2310). En efecto, para el ejercicio de la acción derivada de la ruina de edificios consagrada en el art. 1591, basta con ostentar la condición de propietario del edificio arruinado, siendo por tanto indiferente que el edificio haya cambiado o no de dueño entre el momento en que se concluyó y el momento en que la ruina se manifiesta. Sobre la responsabilidad por ruina de edificios, véase Capítulo IX, 4.

En cuanto a los subadquirentes de un bien que, aun no habiendo contratado con el fabricante sino con el intermediario (cosa que sucede en tantas ocasiones y con los productos del más elemental consumo diario) reclaman directamente de aquél, la solución contractual se encuentra en cambio muy limitada: no hay generalmente inconveniente en permitir al consumidor reclamar directamente del fabricante y a través de una acción contractual (la prevista para el saneamiento por vicios ocultos) responsabilidad por los defectos de la cosa que adquirió del revendedor; en cambio, para obtener el resarcimiento por los daños producidos en otras pertenencias o en su propia persona, deberá situarse en el terreno extracontractual: la cadena de transmisiones protege contractualmente al adquirente final en lo que se denomina "*derecho a la utilidad*", pero no la del "*derecho a la indemnidad*". Sobre la responsabilidad por productos defectuosos, véase Capítulo IX, 5.

### 2.3.3. Responsabilidad de los terceros para con los contratantes

Si en los apartados anteriores hemos visto el carácter de la responsabilidad de los contratantes para con terceros, la calificación que ha de darse a la *responsabilidad de los terceros para con los contratantes* sólo puede ser extracontractual. Cuando un tercero se inmiscuye en la esfera de los derechos de crédito ajenos y provoca con su actuar el incumplimiento de un contrato, no habrá responsabilidad del deudor si la conducta del tercero fue necesaria y suficiente para la pro-

ducción del daño al acreedor: en lo que se refiere al deudor, se rompe el nexo causal como si se tratase de un supuesto de fuerza mayor.

Cuestión distinta será la de decidir cómo y frente a quién habrá de responder el tercero. Para ello es preciso distinguir según el tercero actúe como *autor* del incumplimiento, o actúe como *cómplice* (valga aquí la terminología penal): *a*) si una persona ocasiona un accidente ferroviario, y el médico que viajaba en el tren no puede llevar a cabo una operación quirúrgica, está claro, por lo dicho, que no habrá responsabilidad del facultativo para con el paciente que le contrató. No menos claro que el causante del accidente vendrá obligado a resarcir los daños patrimoniales y morales sufridos por aquél. Pero el daño sufrido por el paciente no deberá ser tampoco resarcido por el tercero sino en la medida en que hubiera sido previsto tal resultado, pues sólo en esa medida el hecho que rompió el nexo causal y exoneró al deudor puede al mismo tiempo guardar relación de causalidad adecuada con un daño tan remoto o, al menos, tan indirecto, como es el ocasionado al acreedor. Lo que está fuera de duda es que la responsabilidad del tercero, cuando la haya (y ya sea frente a uno de los contratantes o frente a ambos) tendrá carácter extracontractual: *b*) Más fácil es determinar frente a quién se va a responder cuando el tercero es cómplice del incumplimiento, como ocurre cada vez que se incumple un pacto de exclusividad. El problema está en que, si como todo parece indicar, también aquí la responsabilidad del tercero es extracontractual, estamos ante un mismo hecho que genera ambos tipos de responsabilidad: la contractual del deudor que incumple el contrato por medio de la celebración de otro, y la extracontractual del tercero.

Es muy conocida la sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1921 (Col. Leg. 90). La conocida cantante Raquel Meller grabó con una compañía discográfica cuando todavía estaba vigente el pacto de exclusividad con otra. Comoquiera que la primera compañía había dado a conocer por conducto notarial la existencia de la exclusividad a todas las demás compañías, a la responsabilidad contractual de la cantante se unía la aquiliana de la segunda casa de discos.

Ni que decir tiene que todo viene una vez más a resolverse en la práctica por la vía de la acumulación de acciones, pero aun así, la existencia de tratamientos diferentes para lo que podría ser considerado un acto de violación conjunta del contrato (y como tal, sometido a un único régimen de responsabilidad) ocasiona evidentes problemas. No sorprende así la polémica suscitada por la viabilidad de lo que se ha dado en llamar "tutela aquiliana de los derechos de crédito", realmente interesante: ¿se encuentra legitimado el acreedor para exigir la responsabilidad aquiliana al tercero, teniendo así su derecho un *plus* de protección? VATTIER FUENZALIDA, en un documentado resumen de la cuestión, se muestra decididamente partidario de dar acogida a la teoría de la tutela aquiliana del acreedor para los casos de intervención de tercero que provoca el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer o de no hacer<sup>25</sup>. Entiendo por mi parte que ese *plus* de protección se dará cuando el tercero colabora en el incumplimiento, no cuando lo provoca de manera exclusiva, pues en tal caso, independientemente de la eventual responsabilidad en que el tercero pueda incurrir, lo que no habrá de ningún modo es responsabilidad del deudor, al haberse roto el nexo de causalidad por la intervención de aquél<sup>26</sup>.

#### 2.4. QUE EL DAÑO RESULTE DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. LAS LLAMADAS "OBLIGACIONES DE SEGURIDAD"

Por último, se perfila el ámbito de la responsabilidad contractual con el requisito que se examina a continuación. No será contractual el daño que experimenta el inquilino cuando quien le atropella por la calle es precisamente su arrendador, pues en este caso actúa como peatón y no

<sup>25</sup> VATTIER FUENZALIDA, *La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos*, en el libro homenaje al profesor Roca Juan, Murcia, 1989, págs. 845 y ss.

<sup>26</sup> La cuestión de la ruptura del nexo causal por intervención de tercero será tratada en el Capítulo VI, 3.2.

como arrendatario. El contrato válido que vinculaba a las partes ha de ocasionar un daño que es resultado precisamente del incumplimiento del contrato. Sin embargo, esta afirmación, que puede resultar hasta demasiado obvia, entraña enormes dificultades de precisión, y constituye probablemente el punto que mejor demuestra la existencia de zonas fronterizas entre las dos esferas de la responsabilidad civil.

##### 2.4.1. Casos en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca

Para comenzar por lo simple, pensemos en una disputa entre prestamista y prestatario que ocasiona lesiones a los contratantes. O un mecánico que realiza mejoras en un automóvil aprovecha para hurtar ciertos objetos de valor de su cliente. No cabe duda del carácter extracontractual del perjuicio: entre el daño y el contrato debe existir una relación que no sea puramente fáctica: no basta con comprobar que sin el contrato el daño "no se habría producido". Por mucho que se admita que los contratos obligan a más de lo expresamente pactado (art. 1258 C.civ.), no pueden jamás llegar a extender sus consecuencias a bienes o derechos absolutamente extraños a la prestación. Tal vez otra cosa sería si el contrato tenía obligación de custodia (contrato de garaje).

##### 2.4.2. Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad

En ocasiones he utilizado del retruécano "responsabilidad extracontractual derivada de contrato" para referirme a una teoría, ciertamente extendida, que me resulta absolutamente extravagante, y que se suele presentar en sede de contrato de servicios profesionales, y sobre todo en el terreno de la medicina.

Y es que no son pocos los autores que, avalada su opinión por una copiosa jurisprudencia, entienden que entre el médico y su paciente puede existir un contrato de servicios, pero cuando el incumplimiento del contrato trae consigo la lesión de los derechos de la personalidad del paciente, está justificado aplicar las reglas extracontractuales<sup>27</sup>. El razonamiento viene a ser el siguiente: cuando el profesional no hace uso de los recursos propios de la *lex artis*, no es que esté incumpliendo una obligación específica con el cliente, sino unos imperativos legales y profesionales que constituyen auténticos deberes de importancia general frente al público: el cliente, por su propia ignorancia en la esfera técnica, sólo puede conferir al profesional unas atribuciones genéricas e indeterminadas, dejando el ejercicio de la actividad librado al buen criterio y arbitrio de éste<sup>28</sup>.

Tampoco son escasos los litigios que, para reclamar los perjuicios derivados de una operación quirúrgica contratada, se plantean con éxito al amparo de las normas propias de la responsabilidad extracontractual. Prueba de ello, las sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1973 (R.A.J. 407), 20 de febrero de 1981 (R.A.J. 564) y 28 de marzo de 1983 (R.A.J. 1646), entre otras muchas. Por mi parte, no dudo que sea cómodo para la víctima ampararse en las normas de la responsabilidad aquiliana. Pero desde el punto de vista puramente técnico, la idea es rocambo-

<sup>27</sup> SANTOS BRIZ, muy especialmente en *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 715. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1983, pág. 133. Más información doctrinal sobre esta forma de pensar en mi *Responsabilidad civil contractual*..., cit., págs. 106 y 107.

<sup>28</sup> Hay quien ha llegado a decir -aunque se trata de razones hace ya tiempo dejadas de invocar- que las obligaciones contraídas por los profesionales liberales no pueden engendrar acciones contractuales porque se trata de actividades fuera del comercio de los hombres: "ni la inteligencia del hombre ni sus productos están en el comercio, no pudiendo ser objeto de un contrato civilmente obligatorio", decía GUILLOUARD, *Traité du contrat de louage*, II, Paris, 1887, nº 692.

lesca. Poco importa que los deberes y procedimientos a que deban sujetarse los contratantes se encuentren previstos en el pacto (cosa harta infrecuente, por cierto) o provengan de la ley, de los usos profesionales o de las reglas de la deontología. Si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible, y las normas han de ser las contractuales, pues el contrato crea una situación particular, querida explícitamente, la cual es absorbente y excluye aquella más general que la ley crea por su cuenta, a falta de pactos particulares.

Es cierto, en efecto, que pocas veces un contrato prevé absolutamente todas las conductas que deberán ser observadas. Más todavía si el contrato es de servicios profesionales, en el que los usos de la profesión y las normas corporativas componen, junto a la buena fe, un clima tan natural, que no se considera preciso consignar en el texto contractual lo que es práctica habitualmente observada (piénsese, por otra parte, la enorme cantidad de supuestos en que las partes de un contrato de este tipo ni siquiera redactan dicho texto, limitándose a perfeccionar el contrato por un simple consentimiento que es resultado de unas conversaciones en las que casi todo se da por sobreentendido). Pero si por ello hemos de deducir que sólo son contractuales los daños ocasionados como consecuencia de la no observancia de lo pactado, no logro entender a qué queda reducida la labor de integración contractual prevista en el art. 1258. Toda falta o insuficiencia de estipulaciones ha de verse completada imperativamente con la ampliación de lo pactado a todas las consecuencias que, según la naturaleza del convenio, "sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley", hasta el punto de que, en el caso de que las partes establecieran una cláusula contraria a alguna de estas pautas, no sólo sería lícito, sino obligado para el juez "buscar el derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes" (sentencia de 10 de diciembre de 1959, R.A.J. 4933).

Pero es que los partidarios de tan extravagante teoría no dudarán en afirmar que si el que incumple el contrato es el cliente, al no satisfacer el pago de los honorarios estipulados, entonces el profesional acudirá sin vacilación a la regulación contractual. ¿Cómo se puede entonces admitir que si quien incumple es éste y, como consecuencia, queda dañada la salud del paciente - vuelvo al ejemplo más cómodo de la relación entre médico y paciente - las normas aplicables van a ser las extracontractuales? Sería tanto como decir que sólo existe contrato para una de las partes.

La cosa está clara: no es la naturaleza del bien (material/moral o corporal) lo que decide si el daño es contractual o extracontractual, sino si existía entre agresor y víctima un contrato en cuyo círculo de previsiones, expresas o no, figuraba ese bien ahora dañado por el incumplimiento.

#### 2.4.3. Casos en los que el daño tiene lugar por el incumplimiento de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato. Las llamadas "obligaciones de seguridad"

El contenido del contrato, como se acaba de decir, va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes. Aunque nada se estipule, también el médico se encuentra obligado a no revelar el secreto profesional<sup>29</sup>. La compañía de transportes, no sólo se obliga a la prestación en que el transporte consiste, sino también a velar por la seguridad de los viajeros. Una cosa son los deberes de prestación a los que vienen inequívocamente obligadas las partes, y que salvaguardan el interés primario del acreedor, y otra los deberes de protección, que otros preservan frente al daño que se pueda producir en un interés creditorio distinto de la prestación. Tan autónomos son unos de otros, que pueden funcionar independientemente, hasta el punto de poder ocurrir que el deudor haya cumplido escrupulosamente la prestación propiamente dicha, y sin embargo, haya dejado de observar esos deberes de protección añadidos

<sup>29</sup> Se trata el secreto profesional de uno de los deberes contractuales a los que con más facilidad conviene la aplicación del art. 1258 C.civ.: aunque nada se haya dicho en el contrato, el deber de secreto lo exige la buena fe, los usos (el secular juramento hipocrático) y la ley (arts. 199.2 C.pen. y 7.4 L.O. 1/1982, por no hablar de los Códigos deontológicos).

A partir de tales consideraciones, la casuística es amplísima. En relación con el contrato de transporte, una importante sentencia de la Corte de Casación de 21 de noviembre de 1911 determinó que la doctrina francesa, tras las iniciales vacilaciones e incluso negativas, conviniera en que el viajero puede intentar una acción de responsabilidad contractual no sólo cuando el transporte se incumple, sino también cuando resulta herido como consecuencia de un accidente provocado por el transportista, o caiga enfermo por causa de una insuficiente calefacción.

Otro lugar en el que resulta fácil la aplicación de la teoría de las obligaciones de seguridad lo encontramos nuevamente en el terreno de las actividades profesionales: el principio de la buena fe asegura al cliente que el profesional no sólo se compromete a cumplir sus deberes puramente técnicos, sino también a tenerle informado, no violar el secreto profesional, no enriquecerse a sus expensas, evitarle perjuicios al resolver el contrato, etc. En suma, a desenvolver los deberes de prestación dentro de un clima de *fair play* o proceder leal.

También el contrato de trabajo ha dado lugar a similares consideraciones: sin perjuicio de que los accidentes de trabajo se encuentren mayoritariamente regidos por leyes especiales, se admite que son compatibles la indemnización que proceda por aplicación de las mismas (a determinar por la jurisdicción laboral) y la procedente del incumplimiento por parte del empresario de su deber de garantizar a sus empleados el trabajo en condiciones de seguridad. El empresario se encuentra obligado en virtud del contrato de trabajo a adoptar las precauciones necesarias para que los accidentes no se produzcan.

Se afirma de igual modo la existencia de obligaciones contractuales de seguridad en cuanto a la persona en los contratos de enseñanza celebrados con centros escolares y similares, en los celebrados con empresarios de clubs deportivos para la práctica de un deporte o con ferias, zoológicos y parques de atracciones, en el contrato de hospedaje, en el de hospitalización, y hasta en el de compraventa (respecto de los daños que el uso o consumo de la cosa adquirida pueda producir al comprador). También, respecto de los bienes, en los contratos de arrendamiento (vgr., daños por el mal estado de la vivienda), comodato y depósito<sup>30</sup>.

Lamentablemente, y a juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial diaria, la teoría de la obligación de seguridad no está llamada a tener mucho éxito en España, pues no parece que se desee dar al art. 1258 C.civ. todo el juego que merece. Se comprenderá que, si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una prestación claramente pactada, se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a cierta categoría de bienes (los de la personalidad, vid. *supra*, 2.4.2.), con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio viene a causarse como consecuencia del incumplimiento de una obligación accesoria no expresamente pactada. Así, discurrieron por la vía extracontractual, por ejemplo, los casos del viajero al que el accidente de autobús acarreó la pérdida de la facultad sexual como consecuencia del golpe recibido en una vértebra lumbar (sentencia de 9 de diciembre de 1949, R.A.J. 1463), o el que perdió la visión de un ojo por astillamiento de un vidrio (sentencia de 30 de abril de 1959, R.A.J. 1981). Extracontractual fue también la demanda contra un colegio en la sentencia de 15 de junio de 1977 (R.A.J. 2883), para un caso de muerte de los escolares que estudiaban en él en régimen de internado.

<sup>30</sup> Sobre el tema, MAZEAUD, *Tratado...*, cit., números 150 a 171; VINEY, ob. cit., págs. 597 y ss.; LETOURNEAU, *La responsabilité civile*, Paris, 1982, números 1502 y ss. Todas contienen un abundantísimo aparato bibliográfico. En la doctrina italiana, MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, en Riv. Dir. Com., 1954-I, y allí págs. 368 y ss.; VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, págs. 138 y ss. En España, JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 141 y ss. (véase también la copiosa bibliografía que cita). En relación con el contrato de trabajo, ALDARRIERA, *La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa*, R.D.P., págs. 245 y ss, y allí, pág. 251. Para el de transporte, RUSSO, *Concorso di azione aquiliana e contrattuale nel contratto di trasporto*, en *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, t. II, Bologna, 1953, págs. 593 y ss. Ha tratado el tema de manera sistemática en Argentina VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil*, Rosario, 1987.

Seguramente fue con la sentencia de 9 de marzo de 1983 (R.A.J. 1463) cuando el Tribunal Supremo comenzó a utilizar la "teoría de la rigurosa órbita de lo pactado" de una manera bastante sorprendente. Aquel obrero había fallecido como consecuencia de la falta de medidas de seguridad del empresario para el que trabajaba, cosa que, a mi juicio, no deja de ser sino una violación netamente contractual. Sin embargo; dijo el Supremo que "no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial". Lo mismo en la sentencia de 6 de mayo de 1985 (R.A.J. 6319).

Peró todavía sorprende más el que se utilice el mismo argumento, con inclusión de la frase transcrita, para un caso como el de la sentencia de 10 de mayo de 1984 (R.A.J. 2405): No se comprende que unos daños sufridos por las mercancías transportadas debido a la conducción negligente del vehículo se califiquen de extracontractuales y se diga que eso no formaba parte de la "rigurosa órbita de lo pactado". O que se diga lo mismo en la sentencia de 19 de junio de 1984 (R.A.J. 3250), para un caso en el que se reclamaba una indemnización por los daños que el incendio provocado por el hijo del arrendatario había producido en el inmueble arrendado cuando procedió en su interior a soldar el depósito de gasolina de una motocicleta. La sentencia dice que "tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código civil", y vuelve a la carga con la consabida *muletilla*: "no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana...". La verdad, no entiendo que se pueda decir con tanta alegría que la falta de cuidado en el uso de la cosa arrendada no constituye una transgresión de las obligaciones derivadas del contrato de arrendamiento.

En alguna ocasión encontramos alguna sentencia que permite albergar la esperanza de que la jurisprudencia entienda en sus justos términos la posibilidad de que una correcta aplicación de los factores de integración del contrato determine que no sea necesario recurrir a las normas extracontractuales para resolver supuestos de auténtica responsabilidad contractual. Tal es el caso de la sentencia de 9 de mayo de 1984 (R.A.J. 2403). Un abogado de Lérida había ejercitado una acción indemnizatoria de daños morales, pretendidamente sufridos como consecuencia de haberse omitido en la Guía Telefónica de la provincia todos sus datos, personales y profesionales. El contrato de suplemento publicitario había quedado incumplido. Pues bien, para conceder la indemnización reclamada por los "daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela...", al Supremo le basta con afirmar que si bien es cierto que "el solo incumplimiento contractual no genera el deber de indemnizar", no se puede generalizar esta máxima: más bien se trata con ella de indicar que hay ocasiones en que no procederá indemnizar, bien porque el incumplimiento viene a subsanarse con la obligación de cumplimiento específico o bien porque el acreedor sólo consigue demostrar perjuicios meramente contingentes o ganancias dejadas de obtener que son meras expectativas. Puede así suceder que el incumplimiento constituya *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, "pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrán de tener ninguna repercusión, contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1258 del Código civil".

Aún hay más; la sentencia afirma que la prueba de este tipo de daños es "paradójicamente, más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en el curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva; una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (artículos 7.1 y 1258 del Código civil) y aunque una concepción economicista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada (...) gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o irrupción de la ética (Exposición de Motivos del Título Preliminar del Código civil de 1974) en el campo de las relaciones jurídicas..."

Más recientemente, resulta también ejemplar la sentencia de 23 de marzo de 1988 (R.A.J. 2226), que trató de un caso en el que un esquiador resultó gravísimamente lesionado en la estación de Baqueira. El Supremo decide que el contrato de transporte obligaba también, como uso integrador (art. 1258), a informar sobre el estado de las pistas: "las obligaciones asumidas por Baqueira Beret S.A., y aceptadas por sus clientes, no se circunscriben como aquella entiende a un típico contrato de transporte, sino que el transporte en sí, con la finalidad determinada de tener acceso sus usuarios a las pistas de nieve para practicar el deporte del esquí, comprendía la accesoria de tenerle puntual y verazmente informados del estado de dichas pistas".

Curiosamente, la sentencia anterior sí entiende que la desinformación sobre el estado de las pistas es constitutiva de infracción contractual. Pero para un caso en el que el accidente del esquiador se había debido a un defectuoso funcionamiento de las instalaciones, que motivó el descarrilamiento del cable del telesquí, la sentencia de 10 de junio de 1991 (R.A.J. 4434) volvió con el lugar común "no es suficiente que haya contrato para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana..." para concluir que la culpa del demandado "no nace de un defectuoso cumplimiento de las obligaciones originadas en el contrato de transporte (...) sino de un accidente sobrevenido por un funcionamiento defectuoso de las instalaciones (...) de todo lo cual se desprende que no obstante la existencia de una relación contractual, el hecho causante del daño no pueda incardinarse como producido dentro de la órbita de esa relación...". Sorprendente: no es infracción contractual en la sentencia de 1991 tener en mal estado las instalaciones (cuestión claramente inherente al transporte), y sí lo es en cambio, en la de 1988, no informar sobre el estado de las pistas. Verdaderamente insólito. La que bien podría denominarse ya "teoría de la rigurosa órbita de lo pactado" se ha acabado convirtiendo en algo verdaderamente estomagante.

### 3. ¿PUEDE UN DAÑO SER CONSIDERADO CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL AL MISMO TIEMPO? EL PROBLEMA DE LA CONJUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES

Después de todo lo dicho, es fácil comprender que desde antiguo se haya planteado la cuestión de qué acción corresponde entablar cuando un daño es susceptible de ser encuadrado en ambas esferas de responsabilidad.

No me refiero en este punto a los supuestos, de fácil solución, originados en estas situaciones:

- El daño ha sido causado por distintas personas, de las cuales una era el contratante de la víctima y la otra no. En tal caso, procede la acción de responsabilidad contractual contra la primera y la de responsabilidad aquiliana contra la segunda. Un mismo hecho, protagonizado por una pluralidad de agentes, hace generar en cada uno de ellos una especie distinta de responsabilidad.
- El incumplimiento del contrato, además de ocasionar un perjuicio al cocontratante, daña también a un tercero extraño (no, por tanto, al causahabiente de la víctima, que no es extraño) a la relación. Un mismo hecho, de autor único, genera responsabilidad de ambos tipos y por distintos títulos.

En nuestro país es ya clásico el trabajo de GARCÍA VALDECASAS, que presentaba como pretendidos ejemplos de casos que pueden reunir caracteres de infracción contractual el del depositario que, intencionadamente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada: "El depositario, en tal caso, no sólo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...). Cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en doble responsabilidad, la contractual y la delictual (y) si, por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer de ambas acciones contra el deudor"<sup>31</sup>.

Adelanto ya que el punto de partida me parece equivocado. Creo que en el ejemplo propuesto y en tantísimos otros hay daño contractual y sólo contractual. Es incorrecto decir, por ejemplo, que como el dolo y el fraude se oponen "a todas las reglas del derecho contractual, no está ya el culpable bajo la

<sup>31</sup> GARCÍA VALDECASAS, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español*, en R.D.P., 1962, págs. 831 y ss.

protección del contrato y deberá sufrir la aplicación del derecho delictual" (entiéndase, extracontractual), debiéndose así dar a la víctima la posibilidad de optar por una u otra vía porque "el sentido de la justicia reclama una mayor protección". Y es incorrecto porque el dolo y el fraude aludidos, como también la negligencia o la mora pueden encontrar perfectamente su acomodo en las reglas de la responsabilidad contractual, y no hay necesidad de buscar mayor protección fuera de ellas. Otra cosa será que resulte muy conveniente buscarla, pues la práctica evidencia que querer lograr el resarcimiento integral de los daños a través de las normas contractuales es casi la pretensión de un imposible.

En cualquier caso, el punto de partida está ahí: hay regulaciones distintas para ambas esferas de responsabilidad y zonas de discusión y polémica entre ambas. Y como mientras no se produzca una moderada unificación normativa, no dará lo mismo aplicar una normativa que aplicar la otra (plazos de prescripción diferentes, extensión distinta del *quantum* resarcitorio, etc.), ¿qué acción ejercitaremos ante un daño situado en esas pretendidas "zonas fronterizas"?

### 3.1. TEORÍA DEL CONCURSO DE PRETENSIONES

#### 3.1.1. Teoría de la opción

En muchas ocasiones ha entendido la jurisprudencia que se trata de dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas (*Anspruchskonkurrenz*). La víctima debe entonces escoger entre una u otra vía, y una vez efectuada la opción, no podrá posteriormente ampararse en la posibilidad excluida: ello supondría venir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*, cosa inaceptable en un sistema de justicia rogada (por lo mismo, tampoco podrá plantear recurso ante la instancia superior cambiando la calificación). La opción vincula igualmente al juez, que no podrá aplicar las normas contractuales si la víctima situó su pretensión en el terreno aquiliano, pues ello supondría dictar una sentencia con vicio de incongruencia.

Si la demanda es rechazada, la víctima podrá en un nuevo proceso utilizar la vía que excluyó primitivamente, pues, si según esta teoría, se trata de pretensiones diferentes, no hay cosa juzgada. En definitiva, los partidarios de la teoría de la opción vienen a entender que la existencia de contrato no excluye la tutela aquiliana del crédito: pero ésta se da, no para reforzar la protección normativa del acreedor (eso sería hablar de *concurso de normas*), sino para permitirle la opción por la vía que desee: la normativa contractual viene a ser un añadido de la protección aquiliana creada por la ley, no pudiendo los contratantes eliminar la tutela general, que no hacen más que reproducir en sus convenciones<sup>32</sup>.

En los primeros años noventa, encontramos algunas sentencias bien explícitas. La de 2 de enero de 1990 (R.A.J. 30) trató de un caso que, a mi juicio, era de carácter contractual: la pérdida de la mercancía en el curso de un transporte por mar. Sin embargo, el Supremo señala: "es lícito a los actores apoyar su pretensión en el art. 1902 del Código civil, pues se trata de uno de los casos en los cuales el acreedor puede elegir entre la culpa contractual y extracontractual, tan difíciles de deslindar en aquellos casos en los que, principalmente en contratos de resultado, su cumplimiento depende de la pericia del deudor, en situaciones en las que existen variados, frecuentes y graves riesgos, como ocurre en la navegación marítima y en el transporte, en general".

<sup>32</sup> Esta opinión de GARCÍA VALDECASAS, compartida por tantos otros (véase mi *Responsabilidad civil contractual...*, cit., pág. 117); puede encontrarse, implícita o explícitamente, en las sentencias que se citan a continuación. Alguna se refiere a la opción, pero casi todas eluden el problema y se limitan a declarar la aplicación de las reglas extracontractuales a la materia de los contratos: 13 de junio de 1942 (R.A.J. 767), 2 de enero de 1945 (R.A.J. 117), 9 de diciembre de 1949 (R.A.J. 1463), 21 de marzo de 1950 (R.A.J. 394), 17 de febrero de 1956 (R.A.J. 1103), 2 de abril de 1957 (R.A.J. 2149), 30 de abril de 1959 (R.A.J. 1981), 2 de mayo de 1961 (R.A.J. 1850), 16 de abril de 1963 (R.A.J. 1970), 20 de mayo de 1964 (R.A.J. 2729), 10 de febrero y 3 de noviembre de 1966 (R.A.J. 450 y 4838, respect.), 22 de diciembre de 1967 (R.A.J. 5174), 24 de junio de 1969 (R.A.J. 3635), 23 de enero de 1974 (R.A.J. 259), 30 de diciembre de 1980 (R.A.J. 4815), 20 de febrero y 14 de abril de 1981 (R.A.J. 564 y 1539), 8 de noviembre de 1982 (R.A.J. 6534), 9 de marzo, 5 de julio, 18 de octubre y 16 de noviembre de 1983 (R.A.J. 1463, 4072, 5332 y 6116, respect.), 10 de mayo y 19 de junio de 1984 (R.A.J. 2405 y 3250, respect.), 9 de enero de 1985 (R.A.J. 167), 16 de diciembre de 1986 (R.A.J. 7447) y 19 de octubre de 1987 (R.A.J. 7300).

En la sentencia de 7 de febrero de 1990 (R.A.J. 668) el Tribunal Supremo casa la sentencia de la Audiencia por entender que el cirujano no había sido negligente en su actuación profesional, pero, en lo que aquí importa, es importante que el Supremo diga: "en el supuesto de pretendida responsabilidad del médico concurren, conjuntamente, los aspectos contractual y extracontractual, ya que el médico, además de cumplir las obligaciones derivadas del contrato ha de observar la obligación genérica de no dañar a otro (*alterum non laedere*), dando origen a que la jurisprudencia española, admitiendo dicho concurso, se muestre, por modo general, inclinada a conferir al perjudicado la elección entre aplicar las normas contractuales y las extracontractuales, con posibilidad de acogimiento, según las características y circunstancias de la relación jurídica a que afecte, de las ventajas que ambas normativas ofrecen".

Lo mismo, para un caso de pérdida de unos productos almacenados en una cámara frigorífica propiedad de un Ayuntamiento, contratada por una sociedad, la de 30 de abril de 1991 (R.A.J. 3109).

Una cosa está clara: detrás de toda la polémica está el problema de que la responsabilidad extracontractual tiene asignado un plazo brevísimo. Para tratar de escapar de él, la víctima que ve horrorizada que la acción se encuentra prescrita, tratará de encajar el supuesto en el molde de la responsabilidad contractual, que cuenta con un generoso plazo de prescripción, si bien ello podrá traer consigo un tratamiento menos favorable en cuanto a la extensión del resarcimiento, viéndolo limitado sólo a aquellos daños que, siendo consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento, hayan sido previstos por las partes o hubieran podido serlo (art. 1107, p<sup>o</sup> 1<sup>o</sup> C.civ.).

#### 3.1.2. Teoría de la absorción o incompatibilidad

La opinión que entiende que responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual constituyen pretensiones resarcitorias distintas e independientes admite una segunda variante, por la que, *de lege lata*, comienzo tomando partido: si se trata de pretensiones distintas y con regímenes jurídicos separados, no cabe la opción, sino sólo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde. El demandante ve excluida la acción extracontractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado: la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido la deseada por las partes. Si éstas han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente, no puede ser jurídicamente serio el que, según las necesidades o conveniencias, la víctima opte por situar su pretensión en la órbita extracontractual, en la que obtendrá un mayor resarcimiento si todavía no ha transcurrido el breve plazo prescriptivo, o por resignarse a una indemnización sólo del daño contractual previsible (cicateramente entendida esa previsibilidad) si el plazo ha transcurrido ya.

Merced a la entrada en juego de los factores de integración contractual (art. 1258 C.civ.) y a la invocación en más de un caso de la noción de las *obligaciones de seguridad* (noción que entiendo tan sumamente útil, pero que GARCÍA VALDECASAS no dudaba de calificar de ficción, "pues presume en las partes la voluntad de contraer una obligación que la mayor parte de las veces ni siquiera pasó por su imaginación"), el contrato absorbe todo aquello que se encuentra en su órbita natural, y los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual. Si los jueces estuviesen firmemente dispuestos a dar al art. 1258 la aplicación que merece, no haría falta, para lograr la realización diaria de lo que sea más justo, que los demandantes jugasen con los dos regímenes, extrayendo los preceptos que más interesan de uno o de otro como "el murciélago del fabulista, que mostraba u ocultaba sus alas a voluntad y según las necesidades de la causa"<sup>33</sup>.

La tesis de la absorción ha encontrado mucho éxito en Italia (donde no pocos partidarios tiene también la teoría de la opción), pero sobre todo en Francia (principio de "*non cumuli*"), donde los Tribunales han tomado firmemente partido contra las tentativas de intrusión de la normativa extracontractual en el ámbito de la contractual, por la amenaza que ello supone en cuanto a la nada deseable

<sup>33</sup> PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual*, Barcelona, 1990, págs. 55 y 56.

modificación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato y del particular régimen que éstas poseen. En nuestro país ha tenido repercusión jurisprudencial en no pocas ocasiones. Particularmente, me parece la teoría dogmáticamente correcta, si bien muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar un resarcimiento tan amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales. No otra explicación tiene el frecuente uso y abuso que se hace del art. 1902, precepto que, si sirve para invocarlo en las pretensiones indemnizatorias derivadas del incumplimiento contractual al socaire de un mal entendido carácter general, bien podría valer también para que se suprimiera buena parte del Código civil y se reemplazara por el indicado precepto<sup>34</sup>.

### 3.2. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS: LA YUXTAPOSICIÓN DE RESPONSABILIDADES Y LA DENOMINADA "UNIDAD DE LA CULPA CIVIL"

En la segunda mitad de los años ochenta fue cuajando una nueva teoría. El demandante no ha de etiquetar la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. El no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo pretendido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

Se trata de la doctrina que se contiene, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986 (R.A.J. 7447). Se invocaron en el recurso reglas contractuales y extracontractuales; en concreto, el recurrente indica que la *causa petendi* se encuentra tanto en el art. 1554-2º como en el 1902, añadiendo que "no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes". Pues bien, la sentencia parece jugar la doble baraja de la tesis de la opción y la del concurso de normas:

- por una parte se dice que, aun existiendo contrato, el actor ha alegado, y el demandado aceptado, el art. 1902, por lo que "el Tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual" (o lo que es lo mismo, no juega el iura novit curia porque el juzgador se ve vinculado por la relación jurídico-procesal establecida por las partes), "máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa" (pronunciamiento éste último descorazonador, pues parece negar que el daño moral contractual sea indemnizable); teoría de la opción, por tanto,...
- pero por otra parte, entiende lícito alegar ambos bloques normativos, y dice que "está bien aplicado el art. 1902 aunque en la demanda por argumento *ad maiorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual" (teoría del concurso de normas). Más todavía: "la obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual".

En materia de responsabilidad médica, la sentencia de 18 de febrero de 1997 (EDE 326) acoge esta tesis que se ha venido a denominar del concurso de normas, y que, en definitiva, parte de la

<sup>34</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana*, en R.D.P., 1972, pág. 982. Véanse, entre las sentencias que niegan la aplicabilidad de las normas extracontractuales, las de 13 de noviembre de 1901 (R.A.J. 110), 1 de febrero y 22 de abril de 1910 (R.A.J. 34 y 119), 3 de mayo y 31 de octubre de 1924 (R.A.J. 70 y 57, respect.), 12 de marzo de 1926 (R.A.J. 30), 10 de junio de 1929 (R.A.J. 119), 13 de junio de 1962 (R.A.J. 3168), 8 de octubre de 1968 (R.A.J. 4166), 12 de mayo de 1969 (R.A.J. 274), 26 de junio de 1975 (R.A.J. 2613), 7 de abril y 5 de octubre de 1983, (R.A.J. 2104 y 5228, respect.), y sobre todo la de 9 de mayo de 1984 (R.A.J. 2403). Véase mi *Responsabilidad civil contractual*, cit., pág. 119. Se muestran partidarios de la tesis de la absorción: PANTALEÓN, en numerosos comentarios doctrinales publicados en C.C.J.C., y particularmente los contenidos en los números 4 (págs. 1257 y ss.), 5 (págs. 1545 y ss.), 6 (págs. 1869 y ss.) y 8 (págs. 2609 y ss.). Véanse también, en la misma publicación, los comentarios de BERCOVITZ (nº 3, págs. 993 y ss.), IGARTUA ARREGUI (nº 5, págs. 1631 y ss. y nº 7, págs. 2235 y ss.) y VILA RIBAS (nº 13, págs. 4297 y ss.); DE COSSÍO, *El dolor en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 105; MAZBAUD, *Tratado*, cit., en especial, nº 192; VINEY, *Tratado*, en especial págs. 262 y ss. BARASSI, *Teoría generale delle obbligazioni*, Madrid, 1955, pág. 105; MORELLO, *Profilo comparatistico, en Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, pag. 176; CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*; culpa extracontractual, t. 1, trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978, págs. 63 y ss.; RUSSO, *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*, en Riv. Trim. Dir. Proc. Civ., 1950, págs. 962 y ss. (y allí, 986 y ss.); CARADONNA, *Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale*, en Riv. Dir. Com., 1922, I, págs. 270 y ss.; PERETTI CRIVA, *Inammissibilità del concorso dell'azione aquiliana e contrattuale*, en Riv. R.C.P., 1933, págs. 215 y ss.

base de que no existen dos pretensiones independientes. El paciente murió tras contraer el sida y la hepatitis C después de que se le tratara con anticoagulante la trombosis venosa consecutiva a la artroscopia realizada en su rodilla.

El actor sustentó su reclamación sobre los arts. 1902 y ss. C.civ. Sin embargo, la sentencia condenatoria argumentó en todo momento con base en los preceptos reguladores de la responsabilidad contractual, entendiendo que de carácter efectivamente contractual es la relación existente entre un paciente y la entidad gestora de la prestación de asistencia sanitaria, en tanto que aquél sea persona afiliada al régimen general de la Seguridad Social. En nuestro caso, si se admite esto, el Instituto Catalán de Salud estaba obligado contractualmente a proporcionar la asistencia sanitaria en sus centros, y precisamente lo que vino a darse fue un incumplimiento contractual, o mejor un cumplimiento defectuoso, "pues quien prestó asistencia médica al actor originario le administró un medicamento a tal punto deteriorado que determinó la inoculación en el organismo del paciente de dos enfermedades gravísimas, como son la hepatitis C y el síndrome de inmunodeficiencia adquirida".

Pues bien, gran parte de la argumentación mantenida por el Instituto Catalán de la Salud en el recurso de casación consistía precisamente en lo que a su juicio constituía el vicio de incongruencia de la sentencia recurrida: planteada una acción extracontractual, ¿es lícito que el juzgador modifique la calificación? ¿No significa ello una mutación del objeto litigioso?

Dice la sentencia: "*Con excepciones, la doctrina civilista actual sostiene que sería erróneo considerar que si el perjudicado ha fundamentado su demanda de indemnización sólo en normas de responsabilidad extracontractual o sólo en normas de responsabilidad contractual, el órgano jurisdiccional incurre en incongruencia por cambio de la causa de pedir si funda la decisión en normas de culpa distintas de las invocadas. La "causa petendi" que con el "petitum" configuran la pretensión procesal se define por el relato de hechos y no por la fundamentación jurídica, que, en casos de culpa, no vincula al Tribunal ni en la calificación de la relación jurídica controvertida, ni en las normas de aplicación, de manera que el órgano jurisdiccional actúa dentro de los límites de la congruencia, aunque cambie el punto de vista jurídico*".

Yo creo que la teoría del concurso de normas no es viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No debe olvidarse que es la demanda lo que identifica las pretensiones jurídicas, y *de lege lata*, no parece bueno para la seguridad jurídica el que el demandante o el propio órgano jurisdiccional, y hasta en pleno curso procesal del pleito, puedan variar los fundamentos de derecho "a modo de un libro de hojas intercambiables según los intereses o la discrecionalidad del Juez" (PASCUAL ESTEVILL). Desde luego, no parece muy correcto que en la sentencia de 26 de enero de 1984 (R.A.J. 386) cambiase la calificación que de relación extracontractual había dado la Audiencia y aceptado los litigantes, para afirmar que se trataba de un caso de responsabilidad contractual.

Nuevamente el Tribunal Supremo incidió en esta tesis con la sentencia de 6 de mayo de 1998, EDE 3157<sup>35</sup>. Lo curioso del caso era que en la sentencia de Primera Instancia se puede leer que el diagnóstico de la enfermedad del niño, en el que todos los informes médicos coincidían, databa de finales de 1987, y la reclamación, de ochenta millones de pesetas, fue presentada el 28 de octubre de 1991. Y eso era así porque "mi mandante, por ignorancia de la ley, ha permanecido inactivo en lo relacionado con el daño moral y material recibido tanto por su hijo como por los padres". La demanda, a pesar de todo, se amparaba en los arts. 1902 y 1903 C.civ., sin invocarse para nada la normativa contractual. Sólo faltaba, en fin, admitir expresamente que el tiempo

<sup>35</sup> Sobre esta sentencia, puede verse mi trabajo *Ceguerras producidas en niños nacidos prematuramente. (Las sentencias del Tribunal Supremo de 10 de febrero (Sala Sexta) y 6 de mayo (Sala Primera) de 1998*, en Actualidad de Derecho Sanitario, núm. 40, 1998, p. 275.

había transcurrido con creces, y pedir perdón por no conocer el "pequeño detalle" de la prescripción anual. Y fue después, al contestar a la excepción de prescripción opuesta por el INSALUD, cuando el demandante procedió a modificar la acción, diciendo ahora que ésta se basaba en la culpa contractual. Pero el art. 1101 no había sido ni citado en la demanda. Semejante cambio en la relación jurídica procesal ya constituida no fue admitido por la sentencia del Juzgado, pero tampoco por la que dictó en grado de apelación la Audiencia Provincial de Badajoz con fecha 25 de enero de 1994.

Pero la cosa cambió en casación: "...la moderna jurisprudencia ha acunado (sic) la doctrina de la unidad de culpa civil, que permite, sin que ello suponga incongruencia de la resolución ni indefensión en los demandados, en determinadas ocasiones, y siempre que, como sucede en el presente caso, los hechos sirvan de fundamento para cualquiera de ambas acciones, la de responsabilidad contractual y la extracontractual, admitir una u otra acción, siquiera, insistimos, no hubiera sido calificada acertadamente en la demanda, pues lo importante e inmutable son los hechos, en tanto que la cita legal es alterable por el principio contenido en el brocardo *da mihi factum, dabo tibi ius*".

Y, a renglón seguido, la sentencia cita la doctrina contenida en la de 18 de febrero de 1997, "trampeando" con el consabido principio de la unidad de la culpa civil: Principio que nadie discute, pero sucede que una cosa es que el concepto de culpa del art. 1104 C.civ. valga para definir también la culpa extracontractual y otra bien distinta que cada vez que nos situemos ante un supuesto de los pretendidamente borrosos (que, siendo muchos, no son ni de lejos tan numerosos como quiere hacernos creer tanto demandante mal asesorado, despistado o listillo), se pueda ejercitar una acción determinada, darle cumplido "etiquetaje", configurar la litis y, de repente, como quien no quiere la cosa, caer en la cuenta de que en realidad se desea ejercitar una acción distinta. Si, por ejemplo, el hijo extramatrimonial no reconocido quiere, como hijo único que es, heredar de su padre una finca que constituye el único elemento activo de la herencia, y desplazar con ello de la sucesión intestada a los colaterales del causante, lo que no vale es que el letrado ejercite una acción reivindicatoria o de petición de herencia y luego, en trámite de réplica, diga: "mi mandante, que lo único que desea es esa su finca, por ignorancia de la ley ha permanecido inactivo y no ha ejercitado la acción de filiación, pues ignorábamos ambos que la acción real no puede prosperar sin demostración del justo título de dominio, y éste difícilmente podía obtenerse sin un previo reconocimiento del parentesco". Desde luego que no vale, pero los jueces no parecen tener mucho inconveniente en reemplazar con un abuso manifiesto del principio "*iura novit curia*", ora la incompetencia de los letrados, ora las disfunciones del sistema legal.

Ultimamente, el Supremo se ha mostrado particularmente decidido a admitir esta tesis de la "unidad de la culpa civil" en materia sanitaria. Puede verse la sentencia de 8 de febrero de 2000 (EDE 603), pero más elocuente, por lo disparatado, es lo que dice la de 30 de diciembre de 1999 (R.A.J. 39950): La niña había fallecido después de que en el Hospital del INSALUD no se le detectase a tiempo la apendicitis. Tras el sobreesimiento penal, la demanda se presentó casi siete años después, entendiendo el Juzgado y la Audiencia que la acción estaba prescrita. Pero el Tribunal Supremo prefiere entender que la relación entre el INSALUD y el afiliado (padre de la menor) tiene carácter "propriadamente contractual" (cosa de la que, según la sentencia, "no cabe duda"), y que el plazo aplicable era el de quince años. El Voto Particular de Gullón Ballesteros recuerda, con citas concretas de jurisprudencia constitucional, que las prestaciones de la Seguridad Social no se apoyan en un marco contractual, cosa que después ha reiterado la sentencia de 12 de febrero de 2000 (EDE 865), que por lo mismo aboga por la aplicación del plazo de un año. Una sentencia que, para huir de la polémica suscitada por la teoría de la "unidad de la culpa civil", prefiere hablar de la "tutela procesal unitaria de la culpa civil".

Por mucho que las dos esferas de la responsabilidad cuenten con conceptos comunes, dos acciones que cuentan con dos plazos distintos de prescripción son dos acciones que, por mucho que se parezcan, son aprehendidas por el legislador como de distinta naturaleza y fundamento. Otra cosa es

que merezca la pena aproximar los diferentes regímenes, como sin duda viene sucediendo en los moldes de la responsabilidad civil de este fin de siglo. Y, desde luego, la diferencia de los plazos es la que urge modificar, pues no cabe duda de que, superada esa abismal diferencia que mantiene incomprensiblemente nuestro Derecho, son muchos los problemas que quedarían superados<sup>36</sup>.

#### 4. LA UNIFICACIÓN DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD. REFLEXIÓN FINAL

Ni que decir tiene que si desaparecieran las razones por las que el daño contractual y el aquiliano vienen a ser tratados de manera tan diferente, el problema ya no se plantearía en términos de concurso: ni de pretensiones ni de normas. Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar el resarcimiento de aquellos daños que guardan una adecuada relación de causalidad con la conducta del agente convertiría a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos, no ya a reglas comunes (eso y no otra cosa son, por cierto, los arts. 1101 y ss. C.civ.), sino a la misma normativa. A juzgar por los movimientos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos que recientemente se vienen produciendo en el Derecho comparado y hasta en el comunitario europeo, puede que nos encontremos ante la inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divissio* de la responsabilidad civil<sup>37</sup>.

Las razones que siempre se seguirán dando en favor de la diversificación se pueden encontrar en el hecho de que quien se obliga voluntariamente está en situación de calcular el riesgo que asume en el caso específico de incumplimiento, mientras que, en general, fuera de una específica obligación es menos verosímil la posibilidad de calcular los innumerables riesgos de resarcimiento por daños causados a terceros como consecuencia de nuestro actuar. Pero hay que hacer ver que la proliferación de los contratos de adhesión, contratos-tipo, contratos normativos, y tantas formas de contratación que poco o nada se parecen al modelo romano (o lo que es lo mismo, al que los codificadores tenían presente) acercan considerablemente la esfera de la contratación al ámbito de la responsabilidad aquiliana. Cuando los contratantes tienen la ocasión de pactar, de asumir los riesgos conscientemente, de "verse las caras", en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar). En un contrato "a la romana" cada cual tiene el deudor que buscó y quiso, y el factor de atribución presentará matices que no presenta la responsabilidad extracontractual. Pero tanto más nos alejamos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas.

Así por ejemplo, cuando se trata de una actividad profesional, las posibilidades de efectuar ese cálculo de riesgos parecen las mismas, haya o no contrato entre el profesional y el favorecido por sus servicios. Muchas veces a cada paciente le corresponderá ser tratado no precisamente por el médico en quien más confía, sino por aquel a quien corresponda en función de un dato de adscripción territorial o corporativa. "No vemos por qué en caso de faltas profesionales la prescripción, la evaluación de los daños y los demás elementos del régimen de la acción no deban ser los mismos en todos los casos", dice TUNC<sup>38</sup>. El contenido de las obligaciones debe venir impuesto

<sup>36</sup> Particular interés tienen en nuestro país las obras de BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid, 1996, y de CAVANILLAS y TAPIA, *Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992. Esta última constituye el único intento en nuestra doctrina de acometer el problema en su doble vertiente sustantiva y procesal.

<sup>37</sup> Así, VINEY, vid. nota 5 de este Capítulo.

<sup>38</sup> TUNC, *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pág. 41.

por cada tipo de actividad, sin que sea relevante la existencia o no de contrato. Como afirma LAMBERT-FAIVRE, la existencia de dos prescripciones para faltas profesionales idénticas carece de fundamento<sup>39</sup>. También en Italia BARCELLONA habla de la evolución de la materia de la responsabilidad hacia la uniformidad, como exigencia propia de los reales problemas originados por el modelo de la sociedad post-industrial<sup>40</sup>.

Es ejemplar en este sentido lo que dispone el art. 99-3<sup>o</sup> del Código suizo de las Obligaciones: "las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual". O el art. 294 del Código civil cubano: "las normas relativas a la responsabilidad por actos ilícitos se aplican, en lo pertinente, en los casos de incumplimiento de las obligaciones". En el mismo sentido se expresaba el § 93 del Código de la República Democrática Alemana: "a la responsabilidad de una parte de prestar el resarcimiento de los daños por la violación de obligaciones que nacen de contrato deben aplicarse las disposiciones sobre la responsabilidad por daños extracontractuales". Tal es también el caso de Polonia, cuyo Derecho común de la responsabilidad civil procede del Código de las Obligaciones de 1933; hoy ya integrado en el Libro III del vigente Código civil de 1964; sobre lo que SPUZNAR explicó: "esta estructura parece apoyarse sobre la idea de una unidad, al menos en cuanto a la reglamentación de sus efectos, de las dos formas de responsabilidad civil"<sup>41</sup>.

Palabras aparte merece la experiencia argentina, pues en los últimos veinte años viene la doctrina trabajando sobre el particular, con plasmación en diferentes Proyectos de reforma del Código civil (1987 y 1998) que unifican los plazos de prescripción e iguala la extensión del resarcimiento, cosa que en un país con ordenamiento civil "de corte latino" es sin duda algo espectacular. Al fin y al cabo, las legislaciones de los países socialistas que han optado por la unificación de regímenes parten de la base de que el daño moral no es indemnizable ("daño es la desventaja material que deriva para la víctima..."; decía el § 336 del Código civil de la República Democrática Alemana). Y así, en un sistema de "café para todos", es fácil unificar. El mérito está en hacer equivalentes los resarcimientos partiendo del concepto de daño en un sentido integral<sup>42</sup>.

## SEGUNDA PARTE

### ELEMENTOS DE LA RESPONSABILIDAD

<sup>39</sup> LAMBERT-FAIVRE, *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979, págs. 619 y ss.

<sup>40</sup> BARCELLONA, *Scopo della norma violata. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana*, Riv. Dir. Civ., 1973, págs. 311 y ss.

<sup>41</sup> SPUZNAR, *La place de la responsabilité civile en droit polonais*, en Rev. Int. Dr. Comp., 1967, págs. 861 y ss. Referencias, entre otras, a la legislación yugoslava y checa, con algunas referencias doctrinales interesantes, en *mi Responsabilidad...*, cit., págs. 123 y 124. Especialmente interesante la cita de la Exposición de Motivos del Código de Hungría, que enfatiza los puntos comunes entre ambas formas de responsabilidad.

<sup>42</sup> Son abundantes los exponentes doctrinales sobre la unificación de regímenes en Argentina. Una buena y reciente síntesis en PIZARRO y VALLESPINOS, *Instituciones de Derecho privado. Obligaciones*, 2, Buenos Aires, 1999, págs. 468 y ss.