ISBN 978-84-606-8828-4

Roberto Pirozzi, Mariano Yzquierdo Tolsada. *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano*

50

Roberto Pirozzi
Mariano Yzquierdo Tolsada

Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

MADRID

ROBERTO PIROZZI. Es Profesor de Derecho Comercial Internacional en la Universidad Libera Maria Ss. Assunta (Lumsa) di Roma. Profesor de Derecho Comercial Internacional y Derecho Comercial estadounidense en la Universidad Americana de Roma. Abogado habilitado para ejercer en Italia y en Nueva York. Sus principales áreas de actividad son: 1) La Ley de Comercio Internacional; 2) Italiana y el arbitraje internacional; 3) la legislación antimonopolio; Derecho de sociedades.

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA. Es Catedrático de Derecho Civil de la Universidad Complutense, ha impartido su docencia también en las Universidades de Extremadura, ICADE y La Laguna. Académico Correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación. Autor de numerosas publicaciones en variados temas del Derecho Civil, pero ha sido en el ámbito de la responsabilidad civil donde más se ha centrado su producción científica, una materia por la que además ha obtenido importantes premios de investigación jurídica como el de MAPFRE (2002), el de la Fundación Arte y Derecho (2006) o el del Diario La Ley (2011). Destacan sus Aspectos civiles del nuevo Código penal (1996), sus capítulos en el Tratado de Responsabilidad Civil, o su Responsabilidad civil extracontractual. Parte general (2015). Por razón de esta especialización ha impartido ya más de un centenar de conferencias en España y también en Universidades extranjeras en temas de Responsabilidad civil.

Presidente
Ernesto Garzón Valdés

Secretario
Fernando P. Méndez

Patronos
Gonzalo Aguilera
Benito Arruñada
María José Añón
Manuel Atienza
Francisco José Bastida
Paloma Biglino
Françesc de Carreras
Pedro Cruz
Juan M.ª Díaz Fraile
Jesús González Pérez
Vicente Guilarte
Liborio L. Hierro
Antonio Manuel Morales
Victoria Ortega
Fernando Pantaleón
Celestino Pardo
Antonio Pau
Juan José Pretel
Carmen Tomás-Valiente
Fernando Vallespín

Gerente
M.ª Isabel de la Iglesia

Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano

Roberto Pirozzi
Mariano Yzquierdo Tolsada

Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano



FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
MADRID

© 2016 FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO
© Roberto Pirozzi, Mariano Yzquierdo Tolsada

I.S.B.N.: 978-84-608-8828-4
Depósito Legal: M-21697-2016
Imprime: J. SAN JOSÉ, S.A.
Manuel Tovar, 10
28034 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 47).

ÍNDICE

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL EN EL SISTEMA ITALIANO *(Roberto Pirozzi)*..... 13

1) Elementos relevantes de la responsabilidad contractual y extracontractual. 13

2) La responsabilidad contractual..... 17

2.a) Sobre el incumplimiento contractual..... 20

2.b) Noción de incumplimiento..... 23

2.b.1) Las tesis objetivistas... 25

2.b.2) Las tesis subjetivistas. 26

2.b.3) Las tesis de Michele Giorgianni..... 29

2.c) Sobre la resolución por incumplimiento 31

3) La responsabilidad extracontractual .. 39

3.a) Menciones históricas sobre la responsabilidad extracontractual 40

3.b) Los elementos de la responsabilidad extracontractual 43

3.b.1) El hecho ilícito 47

3.b.2) El daño injusto 48

3.b.3) El nexo causal 50

La culpabilidad 51

La responsabilidad objetiva 52

La imputabilidad 52

3.c) Evolución del concepto de responsabilidad extracontractual .. 54

4) Diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual 57

4.1) La carga de la prueba 57

4.2) El resarcimiento del daño 58

4.3) Prescripción 59

5) Conclusiones 60

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL *(Mariano Yzquierdo Tolsada)* 63

I. La polémica sobre la Actualidad de la Distincion 63

1. Examen de los conceptos y cuestiones terminológicas 63

2. Las concretas diferencias de régimen. 67

3. Razones para una *moderada* unificación 73

II. El ámbito de las responsabilidades contractual y extracontractual 81

1. Que exista un contrato 82

1.1. El caso de la «relación jurídica precedente análoga» 83

1.2. El daño «in contrahendo» 88

1.3. El daño postcontractual 91

2. Que el contrato sea válido 95

3. Que el contrato vincule al responsable con la víctima 97

3.1. La estipulación en favor de tercero 97

3.2. El contrato en daño de tercero. 98

3.3. Víctima causahabiente a título universal de uno de los contratantes 99

3.4. Víctima causahabiente a título particular de uno de los contratantes 100

3.5. Responsabilidad de los terceros para con los contratantes... 102

4. Que el daño resulte del incumplimiento del contrato. Las llamadas «obligaciones de seguridad» 105

4.1. Casos en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca 105

4.2. Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad 106

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» ... 110

III. ¿Puede un daño ser considerado contractual y extracontractual al mismo tiempo? 117

1. Teoría del concurso de pretensiones.. 120

1.1. Teoría de la opción 121

1.2. Teoría de la absorción o incompatibilidad..... 124

2. Teoría del concurso de normas: la yuxtaposición de responsabilidades y la denominada «unidad de la culpa civil» 128

IV. La unificación de regímenes de responsabilidad. Reflexión final 138

V. Bibliografía utilizada..... 144

LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL EN EL SISTEMA ITALIANO

Prof. Roberto PIROZZI

1) Elementos relevantes de la responsabilidad contractual y extracontractual

El ordenamiento jurídico italiano se distingue por dos supuestos diferentes de responsabilidad civil: una de tipo contractual, como consecuencia del incumplimiento de una obligación (artículo 1218 del Código civil); la otra, extracontractual o aquiliana, como consecuencia de la violación del principio *neminem laedere* (artículo 2043 del Código civil).[1]

En otras palabras, la responsabilidad contractual es la responsabilidad que se deriva del incumplimiento, del cumplimiento incorrecto

[1] La diferencia de la que se habla no tiene un valor meramente teórico: en efecto, la regulación a la que está sometida cada una de sus formas tiene características diferentes, aunque existan normas comunes como el artículo 2056 del Código civil que, en relación con la determinación del resarcimiento, remite a los criterios establecidos en materia de responsabilidad contractual.

o del cumplimiento tardío de una obligación preexistente independientemente de la fuente (con exclusión del hecho ilícito).

Por lo tanto, la responsabilidad contractual se diferencia de la responsabilidad extracontractual en que esta última se deriva de la violación de la obligación genérica de no dañar a nadie sin que antes de la violación sea posible identificar una obligación; es decir, se está en presencia de una responsabilidad extracontractual cuando alguien causa a otro un daño injusto sin estar vinculado a este último por ninguna relación.

La terminología utilizada no debe engañar ni es necesario pensar que la responsabilidad contractual nace solo en presencia de un contrato: en efecto, lo que cuenta es la existencia de una relación obligatoria entre el autor del daño y el que lo sufre que puede derivarse también de una de las otras fuentes indicadas en el artículo 1173 del Código civil.[2]

---

[2] Cfr., artículo 1173 del Código civil, «*Las obligaciones se derivan de un contrato, de un hecho ilícito o de cualquier otro acto o hecho adecuado para producirlas de acuerdo con el ordenamiento jurídico*». La norma hace referencia al contrato en su acepción más amplia, que incluye tanto los supuestos típicos como los atípicos siempre y cuando merezcan la tutela de acuerdo con lo establecido por el artículo 1322 del Código civil. Son fuente de obligación también los contratos nulos (ver artículo 1418 y siguientes del Código civil). Además, la obligación presupone un comportamiento voluntario del hombre y, por lo tanto, la norma habría debido hablar de «acto ilícito» más que de «hecho».

En general, la responsabilidad puede incluirse fácilmente en una u otra tipología; sin embargo, no faltan los casos en los que surgen problemas. Por ejemplo, es suficiente pensar en la responsabilidad precontractual, sobre cuya inclusión se divide la doctrina. Algunos autores la incluyen en el área de la responsabilidad extracontractual; otros, en la contractual; incluso existe quien habla al respecto de *tertium genus*.

Recordando las palabras exactas utilizadas por los jueces de la Corte de Casación, *«el elemento diferencial típico (entre las dos responsabilidades) es, no la predeterminación o la posibilidad de predeterminar las personas respecto a las cuales existe la obligación, sino la fuente, contractual o no, de esa obligación.»*[3]

A pesar de que una parte relevante de la doctrina está a favor de superar la distinción tradicional entre los dos tipos de responsabilidad para una uniformidad de la regulación, es decir se discuta la posibilidad de configurar un concurso de las dos responsabilidades, estas poseen diferencias que no pueden obviarse desde el punto de vista de la capacidad del sujeto agente, de la carga de la prueba o del

---

[3] Cfr., Corte de casación, sentencia n.º 4051 de 1990. Dicha sentencia es muy relevante puesto que ha especificado que la responsabilidad extracontractual se califica como responsabilidad por hecho ilícito y, en consecuencia, el derecho a hacer valer dicha responsabilidad está sometido a la prescripción quinquenal ex artículo 2947 del Código civil.

plazo de prescripción, puesto que se basan en presupuestos diferentes.

Además, no puede obviarse que también a nivel europeo (por ejemplo, Francia y Holanda) se está observando una evidente tendencia a superar las diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual.[4]

El elemento más evidente que sirve para unir los dos ámbitos es el propio concepto de responsabilidad, entendido como obligación impuesta a un sujeto de hacer frente a las consecuencias perjudiciales determinadas por su propia conducta.[5]

Otros elementos de semejanza están constituidos (1) por la relevancia del elemento subjetivo del dolo o la culpa y (2) por la posible configuración de causas de justificación (fuerza mayor, caso fortuito). A pesar de ello, son mu-

---

[4] En ámbito europeo, como ha reconstruido correctamente Giovanna Visintini en su *Trattato della responsabilità contrattuale*, volumen 1, la tendencia a preguntarse qué categorías de daños y qué categorías de responsables deben identificarse en el análisis de una conducta más que la responsabilidad que puede verificarse ha supuesto prestar una mayor atención a las exigencias de resarcimiento de las específicas tipologías de daño que a una diferenciación concreta entre responsabilidad contractual y extracontractual.

[5] Cfr., Ravazzoni, *Responsabilità contrattuale e responsabilittà extracontrattuale*, en Studi in memoria de G. Donatuti, vol. II, Milán, 1973, pág. 987, para el que se trataría de una única figura de responsabilidad, aunque regulada de forma diferente.

cho más relevantes las diferencias existentes entre las dos responsabilidades.

Dichos elementos se analizarán más adelante.

2) La responsabilidad contractual

De acuerdo con los principios generales, la responsabilidad contractual está regulada por el artículo 1218 del Código civil que establece textualmente que «[e]*l deudor que no lleve a cabo exactamente la prestación debida estará obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o su retraso*[6] *se han producido por la imposibilidad*[7] *de la prestación derivada de una causa que no le es imputable*[8]».

---

[6] El retraso genera incumplimiento relativo que puede transformarse en un incumplimiento definitivo o bien en un incumplimiento tardío.

[7] Para que la imposibilidad sea adecuada para liberar al deudor debe ser absoluta, insuperable, y objetiva, es decir reconocible en función de criterios objetivos.

[8] El ilícito contractual también exige, como el aquiliano, la existencia del elemento subjetivo. Por lo tanto, no todos los incumplimientos lo generan, sino solo aquellos que estén acompañados por una conducta no diligente, donde el grado de diligencia exigido dependa del carácter profesional o no de la actividad en cuyo ámbito se incluye la obligación (artículo 1176 del Código civil). Sin embargo, existen casos para los que, prescindiendo de la culpa, el legislador configura una responsabilidad objetiva: por ejemplo, esto sucede en el caso del depósito en hotel (artículo 1783 del Código civil). En estos casos, la prueba liberatoria se limita al caso fortuito o de fuerza mayor.

La norma, dirigida expresamente a garantizar la tutela de la parte acreedora, está sujeta a ajustes fruto de la coordinación. En primer lugar, con la disposición que se menciona en el artículo 1176 del Código civil en materia de diligencia en el cumplimiento de la obligación. El deudor que, a pesar de haber actuado con la diligencia exigida, no haya podido cumplir la obligación, quedará exonerado de la responsabilidad resarcitoria. La diligencia a la que hace referencia el primer apartado del artículo 1176 del Código civil es la media del «buen padre de familia», mientras que la del segundo apartado, relativa al cumplimiento de las obligaciones relativas al ejercicio de una actividad profesional, se valora en relación con el tipo de la actividad ejercida (diligencia del «deudor calificado»).

En el cumplimiento de la obligación, el deudor debe mantener un comportamiento conforme a la diligencia del buen padre de familia para no incurrir en responsabilidad contractual. Si el obligado tiene un comportamiento negligente será culpable del eventual incumplimiento, cumplimiento inexacto o incumplimiento tardío y deberá resarcir los daños causados a la parte activa.

Para eliminar las posibles dudas, se menciona que, como prevé el artículo 1175 del Código

civil, la diligencia representa un concepto diferente de la corrección o buena fe.[9]

En efecto, la corrección o buena fe imponen a las partes un comportamiento correcto al realizar la propia prestación, pero no se refieren a intereses específicamente predeterminados, sino a la relación obligatoria en su conjunto. Por el contrario, la diligencia indica las modalidades de ejecución de la prestación y obliga al deudor a realizar todo lo necesario para satisfacer el interés del acreedor en el exacto cumplimiento.

En relación con la prueba que el deudor debe proporcionar para liberarse de las consecuencias que el código prevé en caso de incumplimiento, es necesario subrayar que el reparto de la carga de la prueba ha sido correctamente indicado por la jurisprudencia.[10]

---

[9] El artículo 1175 del Código civil establece que «[e]*l deudor y el acreedor deben comportarse de acuerdo con las reglas de la corrección.*» Dicho artículo hace referencia al concepto de corrección, al que puede unirse el de buena fe en sentido objetivo, es decir el deber de comportarse con lealtad y honestidad. Ambos conceptos son genéricos, sin contenido específico; este deberá atribuirlo el juez cuando alcance una decisión en los casos concretos sometidos a su juicio. De estas cláusulas se deriva: para el deudor, el deber se llevar a cabo todas las prestaciones funcionales o accesorias necesarias para satisfacer de manera completa el interés del acreedor; para el acreedor, el deber de cooperar con el deudor para evitar que el cumplimiento sea excesivo o inútilmente oneroso para este último.

[10] Cfr., Casación civil, sala unificada, sentencia n.º 13533 del 30 de octubre de 2001.

En efecto, el Tribunal Supremo ha sancionado que, mientras que el acreedor debe probar el título constitutivo de la relación y, si existe un plazo, que este ha vencido, pudiéndose limitar a alegar el incumplimiento, es el deudor el que debe demostrar que ha cumplido o bien que el incumplimiento no se le puede imputar a él. La regla se invierte si la obligación es negativa: no pudiendo atribuir al acreedor la carga de la prueba de no haber tenido ninguna de las conductas (positivas) que habrían violado la obligación de no hacer, es el acreedor el que deberá demostrar que el deudor ha realizado el hecho lesivo.

2.a) Sobre el incumplimiento contractual

En el derecho italiano, el incumplimiento es la falta o inexacta ejecución de la prestación debida. En ese caso, se deberá valorar en qué medida el riesgo debe soportarlo el deudor y, por lo tanto, en qué medida debe resarcir al acreedor y, por el contrario, en qué medida el riesgo se atribuye al acreedor. El incumplimiento contractual de una obligación se produce cuando, incumpliendo una obligación jurídica concreta, el deudor no cumple o no satisface, en la forma y en el plazo debidos, el interés del acreedor.

En cualquier caso, si la obligación se refiere a la actividad profesional del sujeto en la

ejecución de la prestación objeto del vínculo, no deberá utilizar la diligencia media, la del buen padre de familia, sino que deberá tener un comportamiento profesional y una diligencia superior respecto a la exigida en las relaciones obligatorias normales.

Si, para la ejecución de la prestación, el sujeto se sirve de terceros, es decir de personas que cumplen en su nombre e interés, el obligado será responsable también por los posibles actos ilícitos, dolosos o culposos, cometidos por estos (ex artículo 1228 del Código civil). El artículo 1228 del Código civil especifica que «*excepto voluntad en contrario de las partes, el deudor que se sirva de terceros para cumplir la obligación*[11] *responderá también por los hechos dolosos o culposos cometidos por estos.*»

Por lo tanto, se deduce que, mientras que el comportamiento de los terceros debe ser doloso o por lo menos culposo, el deudor responde de la conducta de estos únicamente por el hecho de haberse servido de ellos. Esta responsabilidad está justificada por el principio en virtud del

[11] Una previsión similar se encuentra en el artículo 2049 del Código civil para el caso de responsabilidad extracontractual. Sin embargo, mientras que esta última norma utiliza la expresión «*empleados del hogar y empleados*», la norma en cuestión se refiere a «terceros». Por lo tanto, se puede considerar que, en el ilícito contractual, el deudor responde por los hechos llevados a cabo por cualquier tercero, mientras que en el extracontractual es necesario un vínculo de efectiva subordinación.

cual la ampliación de la esfera jurídica y de los intereses del deudor o de una persona en general no puede perjudicar a terceros.

En honor a la verdad, el término «contractual» no es adecuado puesto que no hace referencia exclusivamente a un contrato, sino a las otras fuentes de obligación diferentes del hecho ilícito. Por lo tanto, además del incumplimiento de obligaciones que se derivan de contratos, también da lugar a una responsabilidad contractual el incumplimiento de obligaciones que se derivan de la ley y de otras fuentes atípicas (por ejemplo, títulos de crédito, pago sin obligación, enriquecimiento sin causa, gestión de negocios, alimentos y contacto social)

En el sistema de *Common Law* la violación del contrato no depende de la culpa, sino exclusivamente de la falta de ejecución de la prestación y no se exige un juicio sobre la presencia de causas de justificación.

El *Common Law* carece de un concepto general de obligación y cualquier forma de responsabilidad diferente a los *torts* queda absorbida por la violación del contrato, noción ultrageneral que incluye cualquier supuesto de no ejecución o ejecución defectuosa de las obligaciones atribuibles a contratos. También en los principios UNIDROIT (relativos a los contratos comerciales internacionales) se ha adoptado dicha noción,

que incluye tanto las formas de no ejecución justificables como las no justificables. En el Código civil alemán (BGB), la responsabilidad contractual se refiere al caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación. Cuando la prestación sea todavía posible, existe lugar solo para el resarcimiento. El modelo italiano de responsabilidad contractual contiene algunas similitudes con el francés, aunque el actual artículo 1218 del Código civil se haya alejado bastante de los artículos derogados 1225 y 1226 del código de 1865, los cuales, a su vez, se habían diseñado en función de las respectivas disposiciones del Code Civil.

2.b) Noción de incumplimiento

Dicha noción se define en el ordenamiento jurídico italiano en el artículo 1218 del Código civil, cuyo contenido se ha analizado en el párrafo anterior.

Partiendo de dicho artículo, la doctrina ha propuesto algunas distinciones en el ámbito del concepto unitario de incumplimiento; la primera distinción se realiza entre incumplimiento total e incumplimiento parcial. En el primer caso, la prestación falta completamente; en el segundo caso, la prestación se ha llevado a cabo, pero en circunstancias tales que se considera cualitativa o cuantitativamente inexacta. En este último caso se incluye el retraso, definido como

violación de una modalidad temporal de ejecución de la prestación.

Como ya se ha mencionado, el presupuesto del incumplimiento es la existencia de una obligación, en virtud de la cual un sujeto, llamado deudor, está obligado a realizar una determinada prestación a favor de un sujeto, llamado acreedor. Por lo tanto, la falta de ejecución de una obligación natural o el incumplimiento de un deber no determina un supuesto de incumplimiento.

La ley realiza otra distinción, dependiendo de que la falta de ejecución sea imputable o no al deudor. Es preciso subrayar que solo el primer supuesto merece la calificación de incumplimiento; este implica la responsabilidad del deudor obligado al resarcimiento del daño.

Sin embargo, en relación con la interpretación de dicha norma, que se basa en la integración del artículo 1218 del Código civil con los artículos 1175 (deber recíproco de corrección) y 1176 (criterio de la diligencia) del Código civil, y con la «imputabilidad» de la falta de perfeccionamiento de la relación, la doctrina todavía está dividida. Pueden identificarse dos grandes líneas de pensamiento, una de tipo subjetivista (que exige la culpa como elemento psicológico de la falta de perfeccionamiento), la otra objetivista (según la cual el incumplimiento se basa solo en el elemento material de

la falta de perfeccionamiento de la relación – la llamada responsabilidad objetiva).

2.b.1) Las tesis objetivistas

Las tesis objetivistas han encontrado su mejor elaboración teórica en las obras de Giuseppe Osti. En la teoría de este ilustre autor, la única norma competente para establecer el incumplimiento es el artículo 1218 del Código civil. Para el mencionado autor, la imposibilidad sobrevenida eximente debe ser objetiva y absoluta, además de total y definitiva. Dicha imposibilidad no debe, a su vez, derivar de causa imputable al deudor. El criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida es de tipo subjetivo; es decir, no debe depender de dolo o culpa del deudor para que este quede exonerado de la responsabilidad (o, si se prefiere, debe depender de dolo o culpa para que el deudor deba resarcir los daños).

Por lo tanto, en la teoría clásica, el dolo y la culpa hacen referencia a la imputación de la imposibilidad sobrevenida y no directamente al incumplimiento.

Osti, en calidad de prestigioso miembro de la subcomisión ministerial para la redacción del libro IV del Código civil, promovió, además del texto del artículo 1218, el traslado de la norma relativa a la medida de diligencia, y esto para

subrayar la diferente función de dicha norma. En su opinión, el mencionado artículo sirve, en gran parte, para desarrollar una función integrativa del contenido de la obligación. Así como el artículo 1178 establece y define el contenido de la obligación de dar cosas genéricas, el artículo 1176 establece y define el contenido de las obligaciones no determinadas suficientemente: especialmente las de medios.

Pensemos en la obligación del profesional: el acuerdo se limita a describir el tipo de prestación. En este caso, es necesario identificar con exactitud los comportamientos incluidos en la obligación (qué medios de diagnóstico utilizar, qué medicinas recetar, qué artículos de ley citar, etc.).

Una vez definido con exactitud el contenido de la relación, la falta de perfeccionamiento de esta se valorará de acuerdo con el artículo 1218 del Código civil. Ahora queda establecer las características de la imposibilidad. Para Osti, como ya se ha mencionado, debe ser objetiva y absoluta. La imposibilidad es absoluta cuando el impedimento no se puede eliminar con ninguna intensidad de esfuerzo; es objetiva cuando «se refiere a la prestación considerada en sí».

2.b.2) Las tesis subjetivistas

La mejor teoría en defensa de las tesis subjetivistas es la propuesta por Natoli. Según Ugo

Natoli, teniendo en cuenta que el artículo 1218 del Código civil no establece la medida de la imposibilidad eximente, corresponde al intérprete identificarla. Por ello, considera que dicha medida puede determinarse sin duda de conformidad con el artículo 1176 del Código civil, el cual, exigiendo al deudor que el cumplimiento se realice con una diligencia no superior a la de un buen padre de familia, permite argumentar a favor de la relevancia de la imposibilidad relativa y subjetiva.

En efecto, observa Natoli, frente a un impedimento superable, pero solamente con un compromiso superior al mencionado, el deudor ya no está obligado a llevar a cabo la prestación de acuerdo con el artículo 1176 del Código civil. Y puesto que dicho obstáculo redunda en una imposibilidad relativa y subjetiva, lo establecido por esta última disposición y el artículo 1218 del Código civil permite concluir que dicha imposibilidad no imputable constituye el límite de la responsabilidad deudora.

Sin embargo, hasta ahora no se ha demostrado que el límite de la responsabilidad sea la prueba de haber sido diligente, puesto que, *prima facie*, falta de culpa e imposibilidad parecen ser conceptos diferentes.

Sin embargo, Natoli demuestra la coincidencia lógica entre los dos conceptos. Él recuerda que para la doctrina más antigua era verdadera

la ecuación *non culpa = casus*. En realidad, la locución «caso fortuito» es ambigua, pudiendo referirse tanto al elemento material como al psicológico de un ilícito. Para que la ecuación sea verdadera, por caso fortuito deben entenderse solamente los eventos que impliquen una imposibilidad al menos subjetiva y relativa. Por lo tanto, la ecuación es «no culpa = imposibilidad subjetiva y relativa». Reflexionemos: si un deudor, realizando un esfuerzo equivalente a la diligencia media, no consigue cumplir una obligación que normalmente se lleva a cabo con ese mismo esfuerzo, quiere decir que un evento contingente ha impedido funcionar a la «máquina organizativa» preparada por el propio deudor. Por lo tanto, quiere decir que, a pesar del esfuerzo diligente, en ese momento para él era imposible cumplir con esa intensidad de esfuerzo. El fracaso del cumplimiento es la prueba lógica de que, en ese momento, para ese deudor era imposible cumplir con la diligencia normal. El uso en vano de la diligencia normal coincide, por lo tanto, con una imposibilidad al menos relativa y subjetiva. En consecuencia, es verdadera la ecuación no culpa= imposibilidad relativa y subjetiva (no culpa=casus).

Planteada la ecuación, Natoli consigue demostrar que el deudor no deberá ni siquiera indicar y probar el impedimento concreto: el artículo 2727 del Código civil permite al juez llegar a un hecho desconocido (la imposibili-

dad relativa y subjetiva) desde uno conocido (la diligencia, una vez probada).

Y, entonces, la combinación de los artículos 1176, 1218 y 2727 del Código civil permite reescribir el contenido del artículo 1218 de la siguiente manera: «*El deudor que no lleve a cabo correctamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retraso no se han producido por su culpa*».

2.b.3) Las tesis de Michele Giorgianni

Es conveniente mencionar también la tesis de Michele Giorgianni. La solución propuesta por Giorgianni es extremamente simple: en su opinión, el artículo 1218 del Código civil se deriva únicamente del artículo 1298, ya derogado, del Código civil «*[c]uando una determinada cosa que formaba el objeto de la obligación desaparece, queda fuera de comercio o se pierde de forma que se ignore completamente su existencia, la obligación se extingue si la cosa ha desaparecido, queda fuera de comercio o se pierde sin culpa del deudor y antes de que este sea puesto en mora.*»

Sin embargo, el artículo 1176 tendría su origen en el derogado artículo 1224 del Código civil (cuyo contenido es muy similar al actual 1176 del Código civil) al cual seguía el artículo

1225 del Código civil derogado (*el deudor estará condenado al resarcimiento de los daños, tanto por el incumplimiento de la obligación como por el retraso en la ejecución, cuando no pruebe que el incumplimiento o el retraso se derivan de una causa ajena que no le es imputable, aunque no haya tenido mala fe*).

La cercanía de los dos artículos permitía comprender que tenía lugar una «causa ajena no imputable» cada vez que el deudor no fuese culpable. Por último, el artículo 1226 confirmaba el mismo concepto haciendo referencia al caso fortuito o a la fuerza mayor, también apreciables de conformidad con el criterio del artículo 1224 del Código civil derogado. Por ello existía «caso fortuito y fuerza mayor» cuando el deudor hubiese demostrado su diligencia.

Por lo tanto, para el autor el actual artículo 1218 del Código civil debería aplicarse solo a las obligaciones de custodiar cosas ciertas o que presupongan dicha custodia; todas las demás obligaciones estarían reguladas por el artículo 1176 del Código civil. Y, concluye, puesto que la imputación de la imposibilidad respecto a las prestaciones de entregar cosas ciertas se basa en la culpa, el criterio de imputación del incumplimiento en todas las obligaciones es siempre el mismo, es decir, el basado en la culpabilidad.

En los sistemas de imputación por culpa pueden encontrarse subsistemas con inversión

de la carga de la prueba. Aceptando la tesis en la que se basa la responsabilidad contractual en nuestro ordenamiento.

2.c) Sobre la resolución por incumplimiento

En este contexto se sitúa la figura jurídica de la resolución por incumplimiento, introducida por el legislador de 1942 en el artículo 1453 del Código civil que, sin embargo, no es aplicable a todos los contratos. En efecto, la figura en cuestión es aplicable solo a una categoría concreta de estos, es decir a los contratos de prestaciones recíprocas o contratos «sinalagmáticos», tanto si son típicos como atípicos, llamados innominados. Por lo tanto, lo que justifica a la parte a solicitar y obtener la resolución del contrato por incumplimiento es el desequilibrio de la relación contractual que es la unión recíproca que une la prestación con la contraprestación. Para aplicar la regulación inherente a la resolución por incumplimiento no es necesario que se trate de un contrato con efectos exclusivamente obligatorios.

El efecto jurídico de la resolución es el de resolver y, por lo tanto, hacer que concluya la relación obligatoria entre las partes, normalmente con efecto retroactivo y, en consecuencia, con eficacia *ex tunc* entre las partes. Por el contrario, la resolución en los contratos de tracto sucesivo o periódico no extiende sus efectos jurídicos a

las prestaciones realizadas anteriormente y, en consecuencia, tiene eficacia *ex nunc*.

La solicitud de resolución, de acuerdo con el segundo apartado del artículo 1453 del Código civil, podrá realizarse también cuando el juicio se ha iniciado para obtener el cumplimiento. Sin embargo, el segundo apartado del mencionado artículo añade que no puede solicitarse el cumplimiento cuando se ha solicitado la resolución.

En resumen, en función de los apartados segundo y tercero del artículo 1453 del Código civil, la solicitud de resolución tiene también un efecto de preclusión. En efecto, para ello, «a partir de la fecha de la proposición de la solicitud de resolución, la parte que ha incumplido no podrá cumplir su obligación».

La resolución por incumplimiento se verifica cuando la obligación que vincula al deudor no se cumple por parte de este.

El primer apartado del artículo 1453 del Código civil concede a la parte que ha cumplido el derecho a intervenir en juicio para solicitar al juez el resarcimiento de los daños a la parte que ha incumplido; dicho resarcimiento se refiere al llamado «interés positivo». La solicitud de resarcimiento de los daños por incumplimiento contractual puede realizarse de manera conjunta o separada respecto a la de resolución,

puesto que el artículo 1453 del Código civil, exceptuando en cualquier caso el resarcimiento del daño, excluye que la acción resarcitoria presuponga el inicio necesario de la acción de resolución del contrato o su aceptación.[12]

La resolución por incumplimiento, aunque es una regla general, puede derogarse, de acuerdo con el artículo 1455 del Código civil, con la condición específica de que *«el incumplimiento de una de las partes del contrato tenga escasa importancia, teniendo en cuenta el interés de la otra»*.

Además, la jurisprudencia afirma que el juez no puede dictar la resolución judicial del vínculo contractual por incumplimiento en caso de que los incumplimientos sean equivalentes entre las partes. En consecuencia, los incumplimientos recíprocos no son el presupuesto para la resolución del contrato, excepto cuando un incumplimiento prevalezca sobre el otro.

Los criterios para valorar la importancia del incumplimiento son dos: uno, de carácter objetivo, el otro, de carácter subjetivo.

Se puede afirmar que la resolución del contrato es una reacción acordada por el orde-

---

[12] Cfr., Casación civil, sección I, sentencia del 27 de octubre de 2006, n.º 23273.

namiento jurídico frente a una alteración del equilibrio sinalagmático.

La diferencia entre el retraso en el cumplimiento y el incumplimiento definitivo es de especial importancia. La primera situación todavía se puede recuperar y, por lo tanto, debe desarrollarse necesariamente para concluir en la prestación de lo debido o bien en el cumplimiento. Por el contrario, el incumplimiento definitivo supone la preclusión para el deudor de la posibilidad de cumplir el contrato.

En efecto, para que se produzca el incumplimiento definitivo, el artículo 1453 del Código civil presupone que el incumplimiento debe realmente ser válido, culposo y grave, de manera que justifique la resolución del contrato.

Además, en materia de prueba del incumplimiento de una obligación, el acreedor que desea la resolución del contrato, el resarcimiento del daño o bien el exacto cumplimiento de la prestación establecida en la relación negocial debe únicamente probar *iuris et de iure* la fuente de su derecho y el correspondiente plazo de vencimiento. Más concretamente, se debe limitar a la simple alegación de la circunstancia del incumplimiento de la parte contraria. Sin embargo, el deudor-demandado tiene la carga de la prueba de haber llevado a cabo la pretensión del otro de manera satisfactoria, es decir haber «cumplido» la prestación

del contrato y, por lo tanto, el objeto de la obligación.

Por último, el plazo de prescripción de la resolución por incumplimiento es el normal de diez años, puesto que normativamente no se ha expresado un plazo especial diferente. El *dies a quo* para el mencionado plazo se calcula partir del momento del incumplimiento.

En conclusión, se debe afirmar también que la proposición de la solicitud de resolución del contrato por incumplimiento no posee una eficacia limitada únicamente a las partes contractuales, sino que es capaz de extender los efectos incluso frente a terceros.

En caso de incumplimiento contractual, la parte que ha cumplido tiene derecho al resarcimiento de todos los perjuicios sufridos como consecuencia de la conducta de la parte que ha incumplido, incluido el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de su cumplimiento y, en concreto, cuando el contrato en cuestión esté formado por una parte preliminar cuyo objeto sea la cesión de una cosa determinada, los pagos realizados para llevar a cabo esta última o, en cualquier caso, destinados a adaptarla al objeto de los acuerdos contractuales.[13]

---

[13] Cfr., Casación civil, sección II, sentencia del 31 de agosto de 2005, n.º 17652.

En materia de incumplimiento contractual, el resarcimiento tiene naturaleza y desarrolla una función sustitutiva de la prestación no realizada y los efectos de la situación perjudicial permanecen hasta que el daño se resarce, es decir hasta la fecha de la sentencia si la reparación se ha solicitado al juez; así, el perjuicio derivado de la falta de adquisición de un bien debe ser resarcido con la prestación de su equivalente en dinero, determinado en referencia al momento en que se produce la liquidación y no a aquel en el que se produce la violación contractual.[14]

El cumplimiento contractual que se verifique después de la solicitud de resolución del contrato no es válido para detener los efectos de dicha solicitud, pero debe ser examinado por el juez para que valore la importancia del incumplimiento, pudiendo constituir una circunstancia decisiva para que el incumplimiento tenga escasa importancia, precluyendo la posibilidad de resolver el contrato.[15]

En el contrato de licitación, en caso de que se deban llevar a cabo trabajos con cemento armado, la obligación de declarar ante la oficina de Ingeniería Civil competente por territorio los correspondientes trabajos acompañados por los

---

[14] Cfr., Casación civil, sección II, sentencia del 29 de abril de 2003, n.º 6651.

[15] Cfr., Casación civil, sección III, sentencia del 1 de junio de 2004, n.º 10490.

cálculos, será a cargo del contratista, de acuerdo con lo establecido por el artículo 4 de la ley n.º 1086 del 1971, y no del cliente. De esto se deriva que el comportamiento del contratista, que empieza los trabajos con cemento armado sin haber procedido al depósito previo de los cálculos en la oficina de Ingeniería Civil y sin proporcionar ninguna justificación apreciable al respecto, constituye incumplimiento de no poca importancia para la aceptación de la acción de resolución contractual.[16]

En materia de prueba del incumplimiento de una obligación intelectual, el profesional deberá demostrar el cumplimiento o el exacto cumplimiento de la prestación, tanto bajo el perfil de la obligación de diligencia y competencia, como de la conformidad cuantitativa o cualitativa de los resultados que se han derivado. Será a cargo del cliente la alegación del incumplimiento o de inexacto cumplimiento y la demostración del perjuicio sufrido y del nexo causal entre dicho perjuicio y la actividad del profesional.

En el supuesto, relativo a una solicitud de compensación por prestación odontológica, el Tribunal Supremo ha anulado la sentencia sobre el fondo que, al aceptar la solicitud del médico, había atribuido al cliente que había perdido la omisión de demostración de la existencia

[16] Cfr., Casación civil, sección II, sentencia del 27 de febrero de 2007, n.º 4433.

de vicios y deformidades no eliminables de la prótesis objeto de la prestación y en concreto la falta de reclamación de vicios mediante un peritaje, considerando irrelevantes los testimonios aportados para demostrar las úlceras y las hinchazones de la encías causadas al paciente por el implante de la prótesis.[17]

La comprobación de la resolución del contrato por mutuo disentimiento constituye apreciación fáctica del juez, que no puede someterse a la Corte de Casación en presencia de una motivación adecuada.[18]

En cuanto a la prueba del incumplimiento de una obligación, el acreedor que solicite la resolución contractual, el resarcimiento del daño o bien el cumplimiento debe solamente probar que su derecho tiene una base legal y el correspondiente plazo de vencimiento, limitándose a alegar el incumplimiento de la parte contraria; el deudor demandado tiene la carga de la prueba del hecho que extingue la pretensión de la otra parte, constituida por la efectiva «realización» de la prestación.[19]

En materia de resolución del contrato por incumplimiento, mientras que con la acción de

---

[17] Cfr., Casación civil, sección II, sentencia del 31 de julio de 2006, n.º 17306.

[18] Cfr., Casación civil, sección III, sentencia del 27 de noviembre de 2006, n.º 25126.

[19] Cfr., Tribunal civil de Lodi, sentencia del 23 de julio de 2006, n.º 440.

cumplimiento la parte solicita la prestación debida en función del acuerdo concluido con el sujeto incumplidor, con la de resolución solicita la disolución de la relación; incluso presentando diferencias de *petitum*, ambas acciones están dirigidas a proteger el mismo derecho a la prestación, con la consecuencia de que la solicitud de cumplimiento interrumpe la prescripción, incluso en referencia al derecho a solicitar la resolución del contrato, el cual podrá ejercerse mientras que el plazo de prescripción no haya transcurrido de nuevo completamente.[20]

3) La responsabilidad extracontractual

La responsabilidad extracontractual es la que se produce cuando un sujeto viola, no un deber específico derivado de una relación obligatoria preexistente (en cuyo caso se configuraría la responsabilidad «contractual»), sino un deber genérico que, normalmente, se denomina en la doctrina con la máxima latina *neminem laedere.*

La norma fundamental a la que es preciso hacer referencia es el artículo 2043 del Código civil, en función del cual «cualquier hecho doloso o culposo que provoca a otros un daño injusto, obliga al que ha cometido el hecho a resarcir el daño».

---

[20] Cfr., Casación civil, sala unificada, sentencia del 10 de abril de 1995, n.º 4126.

3.a) Menciones históricas sobre la responsabilidad extracontractual

La regulación de la responsabilidad extracontractual o responsabilidad aquiliana tiene su origen en el año 286 a. C.,[21] año en el que se promulgó la *lex Aquilia de damno* (*iniuria dato*). La mencionada ley se llama Aquilia porque fue propuesta por el tribuno de la plebe C. Aquilio.

En la evolución de la regulación de los hechos ilícitos, la votación de la ley Aquilia representa el momento en el que se reelaboran las antiguas normas decenvirales y posdecenvirales en materia de daño. Se trata de un famoso plebiscito, cuya fecha de aprobación (el año 286 a. C.) ha sido muy debatida por la romanística,[22] pero en cualquier caso puede situarse en un periodo entre el siglo IV a. C. y la primera mitad del siglo II a. C.[23]

---

[21] Basándose en la Paráfrasis de Teófilo, que actualmente no se considera fiable en relación con este argumento. Cfr. S. SCHIPANI, *L'interpretazione della lex Aquilia nei giuristi repubblicani e il problema della culpa, ora in ID., Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Turín, 2009, pág. 63-65.

[22] Sobre el problema de la fecha de la ley Aquilia ver M. F. CURSI, *Iniuria cum damno. Antigiuridicità e colpevolezza nella storia del danno aquiliano,* Milán, 2002, pág. 147 y siguientes.

[23] En este sentido M. F. CURSI, *Danno e responsabilità extracontrattuale nella storia del diritto privato*, Nápoles, 2010, pág. 44 que no comparte la posición de la datación «baja» de la ley Aquilia (finales del siglo III y principios del siglo II a. C.) sostenida por último por A. FRANCIOSI, *Il*

La finalidad de la ley Aquilia fue la de derogar las leyes anteriores y atribuir al titular de bienes económicos el derecho a obtener el pago de una sanción pecuniaria por parte de quien hubiese destruido o deteriorado dichos bienes.[24]

Por lo que respecta al texto del plebiscito, este, como ya se sabe, se compone de tres capítulos que contienen cada uno de ellos disposiciones específicas. Las fuentes que nos han devuelto el texto, que corresponde al menos en esencia al original, son las Instituciones de Gayo y la compilación de Justiniano.[25]

---

problema delle origini del plebiscito Aquilio. Una messa a punto in tema di datazione, en Philia. Escritos por Gennaro Franciosi, vol. II, Nápoles, 2007, pág. 935 y siguientes.

[24] Para una rápida panorámica, ver S. SCHIPANI, *Dalla legge Aquilia a D. 9: prospettive sistematiche del diritto romano e problematiche della responsabilità extracontrattuale*, ahora ID., *Contributi romanistici al sistema della responsabilità extracontrattuale*, Turín, 2009, pág. 133-137; ID., *El sistema romano de la responsabilidad extracontractual: el principio de la culpa y el método de la tipicidad*, en La responsabilidad. Homenaje H. Goldenberg, Buenos Aires, 1995, pág. 21-36.

[25] Al respecto, ver C. A. CANNATA, *Sul testo della lex Aquilia e la sua portata originaria*, en L. VACCA (a cargo de), *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, (actas del I Congreso Internacional ARISTEC, Madrid, 7-10 octubre de 1993), Turín, 1995, pág. 25-57; ID., Sobre el texto original de la ley Aquilia: premisas y reconstrucción del primer punto, en SDHI, 58 (1992), pág. 194-214; ID., *Considerazioni sul testo e la portata originaria del secondo capo della "lex Aquilia"*, en Index, 22 (1994), pág. 151-162; S. SCHIPANI, *Responsabilità "ex lege Aquilia". Criteri di imputazione e problema della "culpa"*, Turín, 1969, pág. 41-44.

Esta introdujo en el derecho romano la responsabilidad *ex delicto*, es decir el principio en virtud del cual la lesión de un derecho subjetivo absoluto (o *erga omnes*, es decir oponible a cualquiera, por ejemplo, el derecho a la vida y el de la persona, la propiedad y los derechos reales) obliga al autor de la lesión a resarcir los daños patrimoniales y no patrimoniales.

En principio, el daño se puede resarcir si el autor ha actuado con dolo o culpa, es decir cuando el evento se ha producido intencionalmente (dolo) o bien si se ha verificado a causa de una negligencia, imprudencia, incapacidad o incumplimiento de normas.

El fundamento de la responsabilidad aquiliana es el principio de convivencia del *neminem laedere* que esencialmente se corresponde con (*«no hagas a los demás lo que no quieras que te hagan a ti»*) el que está presente también en el pensamiento oriental (Lao Tze) de un par de siglos antes e, incluso, en el lejano código de Hammurabi, hasta llegar a la posterior y, probablemente, más conocida cita evangélica.

En el principio establecido por el derecho romano se confirma, en términos y con efectos menos filosóficos y más jurídicos, la responsabilidad que cada individuo asume por cualquier daño causado a otros como consecuencia de su comportamiento reprobable, puesto que lesiona un derecho de terceros, y culpable, puesto que

se ha deseado directamente o bien es fruto de una voluntad «indirecta», es decir no suficientemente consciente, prudente o cauta.

Para la ley Aquilia y para los ordenamientos jurídicos modernos, en esta desaprobación y en esta culpabilidad se justifica la sanción (el resarcimiento del daño) dirigida a restablecer los derechos lesionados, pero también a garantizar el respeto.

Con una histórica sentencia de la Corte de Casación de 1971 («Caso Meroni»), esta responsabilidad se extiende también a los hechos que dañan los derechos subjetivos relativos (como los derechos de crédito) y, en consecuencia, también los intereses subjetivos y las posiciones o expectativas jurídicas tuteladas por el ordenamiento.

3.b) Los elementos de la responsabilidad extracontractual

El texto del artículo 2043 del Código civil establece el fundamento de la responsabilidad extracontractual en *«cualquier hecho doloso o culposo que causa a los demás un daño injusto»*.

Dada la generalidad de la expresión, la doctrina considera la mencionada disposición una especie de cláusula general del ordenamiento,

realizada a través de la llamada «atipicidad del ilícito civil». En efecto, será la autoridad judicial la que decidirá si, teniendo en cuenta la evolución de la sociedad, con sus escalas de valores y exigencias variables, un determinado comportamiento puede considerarse que lesiona o no la regla básica de la convivencia pacífica que hemos visto, verificando, también, la existencia de todos los elementos estructurales identificados por el artículo 2043 del Código civil.

En nuestro sistema jurídico, los supuestos de responsabilidad extracontractual, consiguientes al hecho ilícito, son atípicos puesto que no existe una lista de los supuestos en los que un daño causado fuera de la responsabilidad contractual deba considerarse «injusto». El artículo 2043 del Código civil, en torno al cual se construye la responsabilidad extracontractual, constituye una «cláusula general» susceptible de encontrar aplicación siempre y cuando existan los siguientes requisitos que componen la estructura del hecho ilícito: evento dañoso; acción del autor del daño vinculada por una relación de causalidad con el evento dañoso (por brevedad, se omite en este momento la mención a las teorías inherentes al mencionado nexo de causalidad); elemento subjetivo caracterizado por culpa o dolo del autor del daño (en la práctica, es necesario que en el caso concreto se pueda imputar al agente intencionalidad del evento dañoso o bien negligencia, imprudencia, impericia o in-

cumplimiento de normativas); daño «injusto» (sobre este último aspecto, que en realidad es el único respecto al cual es apropiado hablar de «cláusula general», es conveniente subrayar que es «injusto» el daño antijurídico, por lo tanto, no permitido por normas jurídicas, por ejemplo: las causas de justificación). El Código civil también prevé, en su caso, ulteriores supuestos agravados de responsabilidad extracontractual (artículo 2048 y siguientes del Código civil), a los que se añaden los supuestos previstos por normas especiales, entre ellos aquellos en materia de daño causado por productos, incluidos, en concreto, en el Código de Consumo.[26]

Todavía hoy, la doctrina y la jurisprudencia debaten sobre el ámbito de la responsabilidad civil; este también está abierto a continuas evoluciones, directamente vinculadas con el mutable contexto social de aplicación de la regulación, configurándose ésta como una de las válvulas que vinculan el ordenamiento jurídico con la realidad concreta.

A lo largo de los años, el significado y la amplitud de dicha noción han sido objeto de múltiples cambios. En épocas pasadas, con especial referencia a la tradición romanística, la

---

[26] Cfr., decreto legislativo n.º 206 del 6 de septiembre de 2005, de conformidad con el artículo 7 de la ley n.º 229 del 29 de julio de 2003, publicado en la Gazzetta Ufficiale n.º 235 del 8 de octubre de 2005, supl. ord. n.º 162.

responsabilidad extracontractual se incluía en los supuestos de ilícito de origen penal (*delictum*) o de un ilícito cercano al penal (*quasi delictum*). Por lo tanto, el fundamento de dicha tipología de responsabilidad se encontraba en el juicio de desaprobación que el ordenamiento jurídico realizaba en relación con el comportamiento del agente, frente al cual, como consecuencia de dicho comportamiento con el que despreciaba los valores y los bienes jurídicos tutelados por el ordenamiento, se preveía una sanción resarcitoria. Por lo tanto, el análisis del ordenamiento se concentraba en el comportamiento mantenido por el autor del daño, asumiendo una función claramente sancionadora, con una perspectiva muy cercana a la penal.

El propio Código civil de 1865 acogió completamente dicha teoría, cuyo cambio se registró solo como consecuencia de la promulgación del Código civil de 1942.

En efecto, como consecuencia de la entrada en vigor del actual código, la doctrina y la jurisprudencia atribuyen, de manera gradual, un significado diferente al concepto en cuestión, trasladando el ámbito de estudio, anteriormente centrado en la conducta del transgresor, al análisis del perjuicio sufrido por la esfera jurídica de la persona dañada, perjuicio que es necesario para la configuración del «daño injusto». Por lo tanto, es necesario subrayar el paso de una

concepción sancionadora a una concepción preceptiva de la responsabilidad aquiliana, actualmente orientada para cumplir el deber fundamental de restablecer adecuadamente la esfera jurídica de la persona dañada en relación con la tipología de la lesión sufrida y su entidad.

Efectivamente, del texto de la norma emergen los elementos fundamentales para hacer surgir la responsabilidad extracontractual, es decir: 1) el hecho ilícito, 2) el daño injusto, 3) el nexo de causalidad (jurídica y material) entre el hecho y el daño, 4) la culpabilidad del agente y 5) la imputabilidad del hecho lesivo.

Cuando existan los requisitos legales, corresponderá siempre al juez cuantificar el importe debido, considerando que el artículo 2059 del Código civil legitima a la persona que ha sufrido el daño a pretender el resarcimiento de las consecuencias negativas, incluso de tipo no patrimonial.

3.b.1) El hecho ilícito

El primer elemento que caracteriza la responsabilidad aquiliana es el hecho ilícito, es decir cualquier hecho, acto o comportamiento humano doloso o culposo (es decir, realizado con la intención de dañar o bien con imprudencia, desatención o impericia) capaz de causar a otros un daño injusto.

En la noción de hecho ilícito pueden incluirse tanto las conductas de comisión como las de omisión, siempre que se puedan relacionar, de conformidad con el nexo de causalidad, con el evento dañoso y exista una auténtica obligación jurídica de impedirlo.

Como ya se ha confirmado, a diferencia del ordenamiento penal donde rige la tipicidad de los hechos ilícitos, en el ordenamiento civil el ilícito es atípico, en el sentido de que las violaciones del principio del *neminem laedere* capaces de causar un daño injusto a otros (que corresponde a una lesión de un derecho o de un interés protegido por el ordenamiento) se resarcen. En consecuencia, corresponderá al juez identificar en cada momento si un hecho, en función de los elementos estructurales establecidos por el artículo 2043 del Código civil, puede considerarse adecuado para incluirse en la responsabilidad aquiliana ex artículo 2043 del Código civil.

3.b.2) El daño injusto

Obviamente, no todos los hechos que causan un daño generan una obligación de resarcimiento, sino solamente un daño «injusto», en contraste con un deber jurídico.

La interpretación evolutiva de doctrina y jurisprudencia (cfr. nota sentencia Casación, sala unificada, n.º 500/1999) ha ampliado a lo

largo de los años la noción de «injusticia del daño». De esta forma ha dilatado los límites de la responsabilidad extracontractual más allá de la sola función sancionadora de la violación de los preceptos existentes en el ordenamiento jurídico, que coincide con la lesión de los derechos subjetivos absolutos, e incluyendo (sobre todo a través de la identificación de los valores esenciales sancionados por la Constitución susceptibles de convertirse en situaciones subjetivas protegidas) cualquier conducta culpable de haber causado un daño injusto a una posición de interés jurídicamente apreciable y merecedora de tutela por parte del ordenamiento, tanto bajo el perfil del daño patrimonial como no patrimonial (lesión de un derecho de crédito por parte de un sujeto diferente del deudor, daño por la muerte de un sujeto, lesión de los valores existenciales del individuo, etc.).

De conformidad con lo afirmado por la orientación consolidada de la jurisprudencia, la injustica del daño se entiende en la doble acepción de daño producido *non iure,* es decir en ausencia de causas que justifiquen el hecho dañoso, y *contra ius,* es decir que lesiona una posición o un interés tutelados por el ordenamiento (cfr. ex multis Casación, sala unificada n.º 500/1999), puesto que ambas, en esencia, son expresión de la valoración «bifásica» de comparación de los intereses del autor de los daños y de la persona dañada que lleva a la calificación de un daño como injusto.

En cualquier caso, debe subrayarse que el daño injusto queda excluido en caso de que exista una causa de justificación como el estado de necesidad (artículo 2045 del Código civil) y la legítima defensa (artículo 2044 del Código civil).

3.b.3) El nexo causal

En el ámbito de la responsabilidad extracontractual, el nexo de causalidad representa un papel esencial. Para que el sujeto agente tenga la obligación de resarcir el daño, será necesario que éste sea causalmente reconducible al hecho ilícito, o bien que exista una relación de causa-efecto tal que el evento dañoso pueda considerarse causado por el hecho que ha tenido lugar (Cas. n.° 7026/2001; Cas. n.° 12431/2001; Cas. n.° 2037/2000).

Para comprobar que existe la obligación de resarcir, el nexo de causalidad se examina bajo un doble perfil: el de la causalidad material, es decir la existencia de una relación entre la conducta ilícita y el evento dañoso, y el de la causalidad jurídica, es decir la comprobación de una relación jurídica entre el evento lesivo y sus consecuencias dañosas, con la finalidad de delimitar el contenido de la obligación resarcitoria.

En referencia a la causalidad jurídica, el artículo 1223 del Código civil (extendido a la responsabilidad extracontractual del artículo

2056 del Código civil) establece que el daño resarcible debe ser la consecuencia directa e inmediata de la conducta ilícita, mientras que por lo que se refiere a la causalidad material, no existe una disposición concreta en el Código civil, por lo que se hace referencia a las teorías desarrolladas en ámbito penal (teoría de la causalidad adecuada; de la subsunción en leyes científicas o estadísticas, etc.).

La culpabilidad

El enésimo requisito del ilícito aquiliano es el de la culpabilidad, es decir el del nexo psíquico que vincula la conducta al agente.

Para configurar la responsabilidad extracontractual, el artículo 2043 del Código civil diferencia los elementos de la culpa y del dolo, sin proporcionar, por otro lado, ninguna definición.

En consecuencia, para ello son útiles las definiciones proporcionadas por la normativa penal (cfr. artículo 43 del código penal) según la cual el evento doloso es el previsto y deseado por el sujeto como consecuencia de su acción u omisión; mientras que el evento culposo es el no deseado por el agente, aunque previsto, que se verifica por negligencia, imprudencia e incapacidad (la llamada culpa genérica) o bien por violación de reglas de conducta específicas (llamada culpa específica).

La responsabilidad objetiva

Aunque, para la configuración de una responsabilidad extracontractual, el artículo 2043 del Código civil exige el requisito de la culpabilidad (en las formas de culpa y dolo), existen supuestos en los que esta no es necesaria.

Se trata de la llamada «responsabilidad objetiva» que se caracteriza por el hecho de que las consecuencia dañosas de un determinado evento lesivo se ponen a cargo de un determinado sujeto exclusivamente en función del nexo etiológico con la conducta del agente, prescindiendo de cualquier investigación en relación con el perfil de la culpabilidad (por ejemplo, la responsabilidad de los empleadores y jefes por los hechos ilícitos cometidos por sus empleados ex artículo 2049 del Código civil; la responsabilidad por custodia ex artículo 2051 del Código civil encuadrada por la jurisprudencia como responsabilidad objetiva, exceptuando la prueba del caso fortuito, etc.).

La imputabilidad

Otro requisito para la atribución de la responsabilidad extracontractual es la imputabilidad, o bien la vinculación de la conducta culpable con un sujeto con la adecuada capacidad cognitiva y volitiva.[27]

---

[27] Cfr., Casación civil, sentencia n.º 814 del 1967.

En efecto, según el artículo 2046 del Código civil «*estará exento de responsabilidad por el hecho dañoso, quien no tenga capacidad cognitiva y volitiva en el momento en el que lo ha realizado, excepto cuando el estado de incapacidad se derive de su culpa*».

En consecuencia, el sujeto incapaz de decidir libre y conscientemente no podrá ser sometido ni a sanción penal (artículo 85 del Código penal) ni a responsabilidad civil; tampoco podrá ser imputado para el resarcimiento del daño causado a terceros.

Sin embargo, a diferencia de la normativa penal, que enumera taxativamente las causas en las que un sujeto debe considerarse que no tiene capacidad cognitiva o volitiva (desorden mental, intoxicación etílica, etc.), en ámbito civil, el requisito de incapacidad es más elástico y el juez civil valorará cada caso en función de las reglas de experiencia común y de las nociones científicas proporcionadas por los expertos, relacionando la sanción con el ilícito, con la gravedad del hecho y con la personalidad de su autor.

Además, en ámbito civil, como confirma la jurisprudencia, la incapacidad cognitiva y volitiva del sujeto que ha contribuido a causar el hecho dañoso ex artículo 2046 del Código civil excluye la imputabilidad, pero no priva

de relevancia jurídica dicha contribución en la producción del evento.[28]

3.c) Evolución del concepto de responsabilidad extracontractual

Dicha norma, que identifica de manera atípica el supuesto de ilícito por dolo o culpa, ha resultado ser ineficaz en relación con el problema, para los que han sufrido el daño, de probar tanto el elemento subjetivo del dolo o de la culpa, como el propio defecto que causa el daño: pensemos en el caso en el que un producto se destruye por un vicio intrínseco. La casuística más relevante muestra un primer paso evolutivo que consiste en recurrir a la presunción de culpa. En el plano histórico es necesario recordar que el derecho civil italiano tuvo un peso especialmente decisivo al proponer una auténtica superación, incluso conceptual, de la regla de la culpa. También de acuerdo con las enseñanzas de los *scholars* y, en concreto, a través de las contribuciones de Trimarchi, Castronovo y Carnevali, así como gracias a los estudios de Alpa y Bessone, se denunciaron las

---

[28] Cfr., en caso de concurso en el evento lesivo de la persona que ha sufrido el daño, la incapacidad del sujeto agente implica la reducción proporcional de la responsabilidad de la persona que ha sufrido el daño, que responde solamente dentro de los límites de la incidencia causal de su conducta, como se lee en la sentencia de la Corte de Casación, sentencia n.º 5024 del 1993.

Lo que sirvió para determinar una ulterior apertura a los criterios probatorios subsumibles del artículo 2043 del Código civil y a un consiguiente mayor favor hacia el consumidor que ha sufrido un daño. Fue la conocida decisión Saiwa con la que el Tribunal Supremo, con acuerdo de la doctrina, estableció dos importantes principios: (1) el de la responsabilidad directa del productor hacia la persona dañada, dando preferencia a la vía extracontractual respecto a la contractual que, por el contrario, habría evocado la función del proveedor o revendedor del producto; y (2) el de una presunción de culpa, basada en el criterio lógico-presuntivo que quiere al productor responsable de manera casi automática, cuando sea posible excluir *prima facie* la culpa del revendedor y sea razonable rechazar una culpa de la persona que ha sufrido el daño.[30]

La presunción utilizada se desarrolla, no tanto en función de elementos indiciarios positivos, sino más bien al contrario: se confirma la culpa presunta del productor puesto que es más probable excluir la culpa de otros sujetos. En otros términos, estadísticamente es más probable que el defecto se pueda relacionar con la esfera organizativa del productor. Aplicando esta regla, en el conocido caso Saiwa se afirmó que «(...) 1) en caso de daños causados por

[30] Cfr., Casación civil, sentencia del 25 de mayo de 1964, n.º 1270.

ineficiencias de un modelo de responsabilidad por culpa, mostrando la casuística en la que la responsabilidad objetiva se presenta como solución preferible para una distribución de los costes de la actividad en el mercado y para una mejor tutela de la víctima. El progresivo cambio hacia una regla de responsabilidad objetiva, que encontró su consagración general con la normativa de trasposición de la directiva 85/374/CEE, ha pasado a través de una previa objetivación del criterio de la culpa cuando se discutía el daño reconducible a una empresa y de una clara inversión de la carga de la prueba respecto a lo previsto en función del artículo 2043 del Código civil. En consecuencia, es preciso dar cuenta de dichos pasos.

La objetivación de la culpa. La llamada objetivación por sectores de referencia del criterio de culpa no pertenece solo al tema del daño causado por un producto, sino que, obviamente, es sintomática de una serie de evoluciones en el sector de la responsabilidad civil. Es preciso recordar al respecto una importante, aunque antigua, decisión de la Corte de Casación que confirmó que «*Cuando se trate de empresa, el criterio de la diligencia, tanto en ámbito contractual como extracontractual, debe relativizarse necesariamente en función de la naturaleza de la relación y de la actividad desarrollada por el sujeto autor del daño*».[29]

---

[29] Cfr., Casación civil, sentencia n.º 4004 del 1957.

el consumo de alimentos defectuosos que han salido de la fábrica en un envase sellado, no puede existir responsabilidad aquiliana del revendedor excepto cuando se demuestre su culpa en la mala conservación o en la venta después de los plazos de caducidad de la mercancía; 2) excluida la culpa del revendedor, es legítimo vincular la causa de la alteración con la negligencia del fabricante a través de un proceso lógico-presuntivo, remitido a la discrecionalidad del juez y, por lo tanto, quitado al control de la Casación (...)».[31] El revendedor al por menor no responde por responsabilidad aquiliana de los daños causados por la ingestión de alimentos o dulces defectuosos en envases sellados vendidos por él, tal y como los ha recibido del fabricante, cuando no se haya demostrado su culpa respecto al defecto (mala conservación de la mercancía, venta después de los límites temporales de garantía, etc.).

4) Diferencias entre responsabilidad contractual y extracontractual

4.1) La carga de la prueba

Respecto a la responsabilidad aquiliana ex artículo 2043 del Código civil, en la que la persona que ha sufrido el daño es la que debe

---

[31] Cfr., Casación civil, sentencia del 25 de mayo de 1964, n.º 1270.

probar todos los elementos que constituyen el hecho ilícito, incluso el dolo o la culpa del autor del daño «injusto», en la responsabilidad contractual, en virtud de una «injusticia» del daño en *re ipsa* causado por el incumplimiento (por parte del deudor de una prestación a la que se había comprometido anteriormente), sancionado prescindiendo de la verificación de la existencia del elemento psicológico del dolo o de la culpa, se asiste a una inversión de la carga de la prueba.

Efectivamente, en la responsabilidad contractual encuentra aplicación el principio de la presunción de la culpa, correspondiendo al actor/acreedor solo la carga de la prueba del incumplimiento y de la entidad del daño, mientras que, por el contrario, al deudor corresponderá, para liberarse de la obligación resarcitoria, demostrar la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causas que no le son imputables.

4.2) El resarcimiento del daño

De acuerdo con lo establecido por el artículo 1223 del Código civil, el resarcimiento del daño debido al incumplimiento o al retraso debe incluir tanto la pérdida sufrida por el acreedor (daño emergente) como la falta de ganancias (lucro cesante) cuando estas sean una consecuencia inmediata y directa (nexo de causalidad entre incumplimiento y daño). Al contrario que

en la responsabilidad extracontractual en la que son resarcibles todos los daños, previsibles y no previsibles, en la responsabilidad contractual, cuando el incumplimiento o el retraso no tengan carácter doloso, el resarcimiento se limitará únicamente al daño previsible en el momento en el que ha surgido la obligación, de acuerdo con lo establecido por el artículo 1225 del Código civil.

4.3) Prescripción

A diferencia del resarcimiento del daño por ilícito extracontractual sujeto a la prescripción breve que se menciona en el artículo 2947 del Código civil, al ilícito contractual se le aplica el artículo 2946 del Código civil que prevé el plazo ordinario de diez años, excepto plazos más breves previstos para específicas tipologías de contratos.

La prescripción del derecho al resarcimiento del daño causado por un hecho ilícito «*comienza a partir del momento en el que el daño se manifiesta en el exterior siendo objetivamente perceptible y reconocible.*»[32]

En efecto, el principio aceptado en jurisprudencia es aquel según el cual cuando «*la percepción del daño no sea manifiesta y evidente,*

---

[32] Cfr., Casación civil, sentencia n.º 12666 de 2003 y casación civil, sentencia n.º 5913 de 2000.

el plazo de prescripción del derecho al resarcimiento del daño por hecho ilícito, así como el dependiente de responsabilidad contractual, comienza, no en el momento en el que el hecho del tercero determina ontológicamente el daño al derecho de otra persona, sino a partir del momento en el que la producción del daño se manifiesta en el exterior, siendo objetivamente perceptible y reconocible.»[33]

5) Conclusiones

En el plano subjetivo es donde se realiza la distinción puesto que se puede afirmar que la responsabilidad contractual no se preocupa de tutelar la integridad de los bienes o la lesión de los sujetos (ni, evidentemente, las consecuencias económicas que se derivan de dicha lesión), sino que el contrato es, por excelencia, el instrumento a través del cual se pueden tutelar los intereses patrimoniales en relación con supuestos específicos. Los supuestos de coincidencia son absolutamente posibles puesto que, efectivamente, en muchas situaciones existe una afinidad entre responsabilidad contractual y extracontractual.

Además, es preciso señalar que el derecho italiano permite tanto el concurso entre las acciones, como la auténtica acumulación entre la

[33] Cfr., Casación civil, sentencia n.º 10072 de 2010.

acción contractual y la acción extracontractual, sin perjuicio de que el sujeto dañado obtenga posteriormente el resarcimiento en virtud de una u otra acción concretamente ejercida y para la cual se hayan comprobado los fundamentos objetivos y subjetivos sobre la culpa.

En conclusión, la responsabilidad es contractual, por incumplimiento de una obligación, o extracontractual, dependiendo de si la violación se refiere a un vínculo jurídico anterior (independientemente de la fuente de la que este se deriva) o al precepto genérico del *neminem laedere* (artículo 2043 del Código civil). Mientras que en la responsabilidad contractual no se prescinde del elemento subjetivo, en la responsabilidad extracontractual existe una fuerte tendencia a vincular la responsabilidad con la existencia del daño y esto, sobre todo, en relación con el ejercicio de determinadas actividades. Normalmente, la responsabilidad es directa: es decir, el sujeto que tiene capacidad cognitiva y volitiva responde por el daño que ha causado con su acción u omisión. Sin embargo, un sujeto también puede estar obligado por el hecho ilícito de terceros (incapaz, hijos menores no emancipados, personas sometidas a tutela, empleados, empleados del hogar, etc.). Esta es la que se denomina responsabilidad indirecta, cuyo fundamento antes se vinculaba a una culpa *in vigilando* o a una culpa *in eligendo*, pero que la doctrina más reciente vincula con más exactitud a una responsabilidad

sin culpa. En otras palabras, estamos ante una situación completamente idéntica a la de los casos en los que, de acuerdo con la doctrina tradicional, se configura la *responsabilidad objetiva*.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRACONTRACTUAL EN EL SISTEMA ESPAÑOL

Mariano YZQUIERDO TOLSADA

Acerca de la actualidad de la distinción (con esporádicas incursiones en Derecho civil italiano)

I. LA POLÉMICA SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA DISTINCION

1. Examen de los conceptos y cuestiones terminológicas

Es una realidad en cualquier sistema jurídico, e incluso en aquellos que han optado por la unificación de los dos tipos de responsabilidad. Como nos ha recordado el profesor PIROZZI desde la perspectiva del Derecho italiano, 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 las consabidas dos categorías que dan título a esta Jornada nº 62 del Coloquio Jurídico Europeo:

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 incumplimiento 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 *neminem lædere* 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*». El precepto tiene su correlativo en el art. 1218 del Código civil italiano (CCIt., en lo sucesivo): «*Il debitore che non esegue esattamente (1307, 1453) la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è*

stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

Interesa advertir que en lo que concierne a esta distinción, sólo es responsabilidad contractual en sentido estricto la que obliga a resarcir los daños causados por la conducta incumplidora. Otra cosa es que, *en un sentido amplio*, el deudor incumplidor pueda verse obligado a soportar una serie de consecuencias bien diferentes y variadas. Por ejemplo, si un promotor de viviendas incumple su compromiso de entregar las de una determinada promoción en una determinada fecha, podrá encontrarse con que unos compradores le sigan exigiendo la entrega, y puede que otros le exijan la resolución del contrato porque ya no les interese el cumplimiento. Pero ni la pretensión de cumplimiento ni la de resolución son propiamente «responsabilidad civil».

Eso sí, una y otra solución se ven acompañadas en el art. 1124 C.civ. del añadido del «resarcimiento de daños y abono de intereses en ambos casos». Esto segundo es la responsabilidad civil contractual *en sentido estricto*. Lo mismo sucede en el art. 1438 CCIt.: «*Nei contratti con prestazioni corrispettive, quando uno dei contraenti non adempie le sue obbligazioni, l'altro può a sua scelta chiedere l'adempimento o la risoluzione del contratto, salvo, in ogni caso, il risarcimento del danno*». Así, la entrega tardía ocasiona al comprador como daño

resarcible el coste de alojamiento y de guardamuebles. Y en caso de resolución de la venta por impago del precio, es daño resarcible para el vendedor (aunque cueste creer que el Fisco insaciable llegue a estos extremos) el hecho de que el regreso de la finca a su patrimonio pueda constituir para él un nuevo hecho imponible (y ello, aunque el comprador haya pagado ya el impuesto de transmisiones patrimoniales).

> La distinción entre responsabilidad civil en sentido estricto y responsabilidad civil como conjunto de consecuencias que le pueden venir encima a todo deudor que incumple (o que cumple tarde, o que cumple mal), es muy importante también desde el punto de vista práctico. Piénsese, por ejemplo, que la indemnización de daños y perjuicios (cosa compatible –repito– con la acción de cumplimiento) requiere la prueba del daño sufrido, pues no es remedio automático, sino más bien eventual: al comprador que quiere que ese promotor moroso le entregue el chalet, aunque sea diez meses más tarde de lo previsto, le será suficiente con probar la existencia del contrato. Pero si quiere que le concedan una indemnización por los gastos de hotel y guardamuebles, tendrá que alegar tales daños moratorios y el resto de los elementos de la responsabilidad.

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. En ella el acreedor lo es muy a su pesar, y no se trata de una persona concreta y determinada, pues el deber de no dañar vincula 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*». De manera semejante, y prescindiendo ahora de los detalles, el art. 2043 establece: «*Qualunque fatto doloso o colposo, che cagiona ad altri un danno ingiusto, obbliga colui che ha commesso il fatto a risarcire il danno*».

2. Las concretas diferencias de régimen

Admitida en nuestros días la distinción que nos ocupa, y superadas entonces las viejas dis-

cusiones 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 cosa diferentes y con diferencias irreductibles, en la actualidad se conviene en que, siendo cosas distintas, tampoco es que vengan a conformar compartimentos estancos.

Sólo a modo de simple índice de diferencias entre las dos esferas, cabe apuntar las siguientes (puede verse al respecto MIQUEL GONZÁLEZ [1993], pgs. 59 y ss.):

a) Se dice que en la esfera contractual existe la presunción de culpa (bastando al acreedor, con arreglo a lo que dispone el art. 217 LEC, que pruebe la obligación preexistente), mientras que la aquiliana hay que probarla. Hemos podido ver hoy gracias al profesor PIROZZI que la misma idea se maneja en Italia. Esta diferencia es hoy día bastante ficticia y sumamente discutible, 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.

> Y precisaría de muchas más líneas para demostrarlo cumplidamente. Valgan aquí las siguientes reflexiones para vislumbrar que el contraste no es tan brusco entre las dos esferas. Por lo pronto, el modelo de obligación que manejan los Códigos civiles en sede de teoría general de la obligación tiene presente

al acreedor que busca exclusivamente un fin, para lograr el cual no le interesa examinar los medios de que se valga el deudor (que serán, por lo general, los relativos a toda profesión o industria). El acreedor reclama solamente un resultado económico determinado, siendo para él irrelevantes los caminos que la otra parte recorra para procurárselo, los riesgos que empeñe en la empresa y las demás contingencias del cumplimiento contractual. El deudor debe un resultado, y en este tipo de obligaciones es fácil hablar de un incumplimiento objetivo y material como paso previo a la imputación de los eventuales daños: se ha incumplido porque «la mercancía no está entregada», «la renta no se ha pagado», «el capital no se ha devuelto», «la edificación no se ha concluido». En esta primera secuencia, está claro que hay incumplimiento y que el deudor no va a cobrar la contraprestación convenida, sea cual sea la razón del incumplimiento. Probado éste, el acreedor completa la carga de la prueba de cara a la discusión sobre si la obligación subsiste insatisfecha o si se ha extinguido por una imposibilidad no imputable al deudor. Y, en efecto, se presume lo primero.

Sin embargo, la responsabilidad por los daños que provoque el incumplimiento ya es otra cosa. El asesor fiscal no cobra su retribución si no entrega a su cliente la declaración de impuestos que comprometió, pero si logra demostrar la fuerza mayor (vgr., el incendio en su despacho) u otra causa ajena, no será responsable de la sanción que la Hacienda pública imponga al contribuyente. No cobra, pero tampoco responde.

Pero es que no todas las obligaciones tienen ese aspecto, pues la cuestión cambia cuando el deudor se compromete solamente a desplegar una actividad diligente para procurar al acreedor la prestación que éste espera, pero sin comprometer el resultado. Así sucede cuando un abogado asume un pleito de su cliente o cada vez que un médico se compromete a tratar una enfermedad. Cierto que todos, acreedor y deudor, cliente y profesional, desean el éxito, pero el compromiso no es el de procurar, cueste lo que cueste, ese resultado, sino el de actuar diligentemente. La actividad diligente pasa a ser el propio objeto de la obligación. Y si el deudor ha sido diligente, le será debida la contraprestación y además no será responsable de los daños que sufra el cliente por el fracaso de su actuación profesional. En las obligaciones de actividad o de medios, habrá incumplimiento, y siempre imputable, cada vez que la actividad no haya sido diligente; y cuando el deudor haya observado la diligencia debida, no es que el deudor se libere de responsabilidad por ser inimputable el incumplimiento, es que, sencillamente, ha cumplido su obligación. Y ello, aunque el abogado haya perdido el pleito o el médico no haya logrado la curación del paciente.

Y en estas obligaciones, la culpa asume el mismo papel protagónico que en materia extracontractual.

b) 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 in-

tensidad 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). La tendencia es muy visible en la jurisprudencia, y también en Italia parece que el resarcimiento debido por el deudor contractual no doloso se limita a los daños previsibles (arts. 1223 y 1225 CCIt.), lo que no sucede en el terreno extracontractual, como también hemos oído al profesor PIROZZI. 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. 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.

c) 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 o subordinación para responder del hecho de otro.

d) 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. De hecho, el Código italiano establece la solidaridad en ambas esferas (arts. 1294 y 2055 CCIt.).

e) La capacidad de obrar, como presupuesto de la libertad para obligarse, es sólo requisito de la responsabilidad contractual. Creo que esta di-

ferencia es clara. Puede haber casos en los que un menor o un 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.

f) En caso de concurso de acreedores del responsable, el perjudicado por el daño extracontractual ostenta un crédito con privilegio general (art. 91.5º Ley Concursal) del que no disfrutan los deudores contractuales.

g) La diferencia más ostensible es la que se refiere a los plazos de prescripción: cinco años para la responsabilidad contractual (art. 1964 C. civ.) y tan sólo un año para la extracontractual (art. 1968, nº 2º). Y téngase en cuenta de que el plazo de aquélla ha sido de 15 años hasta que tuvo lugar la modificación del art. 1964 C.civ. por obra de la Disposición final 1ª de la Ley 42/2015, de 5 de octubre, de reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

3. Razones para una *moderada* unificación

Vaya por delante que es tradicional 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 tiende inexorablemente a ser casi 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.

La consecuencia es que 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, cfr. art. 1107, pº 2º C.civ.), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a *todas* las consecuencias conocidas. Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata 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 cinco 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 quién sabe si pudiera lograr hasta otra por daños morales (eso sí, para reclamar sólo habrá un año, art. 1968, pº 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 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 cauces contractuales en los 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 cuatro 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 cabrá cuando no existió 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 hace más de un cuarto de siglo (YZQUIERDO, 1989), pero después consideré preferible hablar de una «moderada» unificación o acercamiento, y lo sigo haciendo. Básicamente, hay tres bloques de razones a favor de esa 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 espe-

cialización. 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*. Geneviève VINEY llega a decir incluso que la distinción tiende a perder su posición de *summa divissio* de la responsabilidad civil (1982, pg. 299), pues no ve una 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».

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 achacaba a las teorías dualistas el que en esta materia se haya caído en la más absoluta oscuridad, al pretender servirse

de la distinción 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.

Vistas así las cosas, es fácil entender que los autores no suelan 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 requisitos deben darse cita 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. Desde la STS de 5 enero 1949 (RJ 1949, 83) hemos podido leer en la jurispru-

dencia que «el artículo 1101 sancionador de la infracción contractual es aplicable a toda clase de obligaciones cualquiera que sea su origen».

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, ésa 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 contrapuestos: 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.

II. EL ÁMBITO DE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

La expresión «responsabilidad extracontractual» tiene carácter negativo, pues su objeto aparece 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, que concede 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 del Código civil 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:

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. Como señaló la STS

de 4 marzo 2009 (RJ 2009, 1873), una acción de responsabilidad que se imputa a Tabacalera (hoy Altadis) por la viuda e hijos de un fallecido por adenocarcinoma de pulmón asociado al consumo de tabaco no puede estar sometida al plazo de prescripción de quince años, dada la inexistencia de vínculo contractual, pues éste solamente estuvo constituido en su momento entre el fallecido y los expendedores de tabaco.

Este primer requisito o condición puede parecer casi una perogrullada, pero existen zonas fronterizas que conforman una rica y amplia casuística. Sin ánimo de ser exhaustivo, ofrezco estas manifestaciones:

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 más amplio el de la contractual (cinco años, art. 1964), la tendencia a *contractualizar* daños extracontractuales para escapar de la prescripción resulta verdaderamente interesante.

Es curiosa la STS de 26 enero 1984 (RJ 1984, 386; comentario de PANTALEÓN [1984], pgs. 1257 y ss.): 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 causación material de la recurrente sino que deriva de la *relación jurídica previa existente* entre ambas».

La idea de que no es preciso para estar ante un caso de responsabilidad civil contractual que exista propiamente un contrato, sino que basta con una relación análoga, es reiterada en la STS de 9 julio 1984 (RJ 1984, 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 la razón que sea?

Con alguna frecuencia, y a fin de que los demandantes se escapen del brevísimo plazo anual, la jurisprudencia civil ha entendido no pocas veces 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 o las Administraciones sanita-

rias autonómicas se han declarado sometidas al plazo de quince años (ahora de cinco, desde la reforma introducida en el art. 1964 C.civ.). Muy elocuente, por lo extravagante, es la STS de 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9496). La niña había fallecido después de que en el Hospital del INSALUD no se le detectase a tiempo la apendicitis. Tras el sobreseimiento 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 «propiamente 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, porque no existe la relación jurídica previa de carácter contractual (otra cosa es que la haya, claro está, entre el afiliado perjudicado por el servicio de salud y el empresario que le tiene como trabajador), y porque además la relación existente es de puro Derecho público. Me parece claro que las Administraciones sanitarias se ven sometidas al régimen especial previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el plazo de prescripción, también anual, es el previsto en el art. 142.5.

Recientemente, ha dicho la STS de 14 septiembre 2015 (RJ 2015, 3719) que, existiendo un contrato entre el paciente y el Hospital, entonces el concreto facultativo cuya responsabilidad por negligencia profesional se postulaba no deja de ser un auxiliar del Hospital, que es el único deudor contractual. Se declara la responsabilidad de éste, pero también se entiende prescrita la acción contra el médico, por ser extracontractual su responsabilidad y haber transcurrido más de un año entre el fallecimiento y la presentación de la demanda. Lo mismo sucede cuando el contrato existe con el asegurador de asistencia sanitaria: las clínicas contratadas por éste son auxiliares del cumplimiento, y si se demanda solamente a ellas por la negligencia de sus facultativos (que a su vez, actúan como los auxiliares del cumplimiento de las mismas), el plazo aplicable será el anual (STS de 19 diciembre 2008 [RJ 2009, 536]). Al tiempo y por lo mismo, la responsabilidad civil del facultativo incluido en el cuadro médico del asegurador de asistencia sanitaria también es extracontractual y prescribe por el transcurso de un año, pues el contrato a quien vincula es al paciente con el asegurador (STS de 17 julio 2012 [RJ 2012, 8027]).

Basten estas referencias para hacer ver que la diferencia en cuanto a la prescripción –aunque en la actualidad se encuentre suavizada al haberse reducido el plazo común de las acciones personales a cinco años– solamente conduce a una auténtica «guerra de plazos», brillando por su ausencia la seguridad jurídica. En Italia las dificultades se suelen salvar admitiendo a

cargo del médico que es dependiente de un hospital una responsabilidad también contractual en relación con el perjudicado (Cas. 589, 22 enero 1999), implicando al profesor en la responsabilidad contractual frente al alumno lesionado en la escuela (Cas. 9346, 27 junio 2002) e incluso entendiendo que la responsabilidad de la Administración por la adopción de actos ilegítimos es también contractual merced a una suerte de *roussoniano* «contacto social» (Consejo de Estado 6 agosto 2001, 20 enero 2003, y 2 septiembre 2005).

1.2. El daño «in contrahendo»

La culpa precontractual es el caso más típico de zona fronteriza entre ambas esferas de la responsabilidad civil. 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. 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). La corriente contraria entiende que el daño ocasionado mediante la formación iniciada de un contrato que luego no llega a perfeccionarse sólo puede encontrar su encaje en la violación del genérico «*nœminem 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.

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 cooperación 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?

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 (1989, pg. 259), 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, *tiñendo* 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). Sea como fuere, parece –como señala CARRASCO PERERA (1989, pg. 428) jugando con las palabras– 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, o practicar un contractualismo *light* poco tolerable, en graciosa expresión de DE LOS MOZOS (2001, pg. 185). De hecho, la maestra italiana Giovanna VISINTINI prefiere pensar que la responsabilidad precontractual, prevista en los arts. 1337 y 1338 CCIt., nos encontramos ante un *tertium genus* (2015, pg. 20).

1.3. El daño postcontractual

La cuestión del comienzo y fin del contrato constituye 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?* Desde hace treinta años he manejado con mis alumnos el ejemplo del viajero de una empresa de autobuses: la obligación de seguridad derivada del contrato de transporte de personas ¿comienza cuando se coloca un pie sobre el primer escalón del

vehículo, de modo tal que hasta ese momento uno es *peatón* y desde ese momento pasa a ser *cliente*? ¿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.

> Para un caso de arrollamiento por el convoy de una viajera que trató de acceder al mismo cuando las puertas ya se cerraban, la STS de 6 noviembre 2003 (RJ 2003, 8270) entiende que la responsabilidad es contractual. La STS de 20 diciembre 2004 (RJ 2004, 8132) trata de un caso en el que la asesinada había sufrido una agresión en el interior de las dependencias del Metro, sin que hubiera vigilantes que la hubiesen podido auxiliar a pesar de que en esa concreta estación ya se habían producido repetidamente agresiones, robos, violaciones, lesiones y asesinatos. Murió después de recorrer, agonizante, cuarenta y cinco metros en el vestíbulo de la estación. Pues bien, ante la reclamación planteada por el viudo y la perplejidad que provoca la sentencia recurrida de que entre la víctima y la compañía del Metropolitano no existía relación contractual alguna porque ella todavía no había introducido su billete en el dispositivo de control cuando fue agredida, el Tribunal Supremo entendió (sin duda, para evitar la aplicación del plazo de un año de la responsabilidad extracontractual) que las obligaciones contractuales del transportista

comienzan a ser efectivas, no durante el trayecto estricto, sino antes, ya cuando se accede a sus dependencias.

Tres días después, la STS de 23 diciembre 2004 (RJ 2005, 82), para el caso de una caída en las escaleras mecánicas de acceso a los andenes de la estación, dice que RENFE no puede argumentar que, si el núcleo esencial del negocio es el viaje en tren, ello no puede significar que queden limitadas «todas sus posibles responsabilidades única y exclusivamente al trayecto en ferrocarril, pues de ella dependía la estación con todas sus instalaciones, de ella dependía la opción por unos u otros medios de acceso a los andenes y de ella dependía, en suma, la seguridad de tales medios de acceso».

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 químico 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? Cierto 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 «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 (1987, pg. 139): 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, «postcontractual», que se determinará con arreglo a las normas contractuales.

La STS de 14 octubre 1983 (RJ 1983, 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 (1983, pg. 1000) 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».

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 (DELGADO ECHEVERRÍA [2011], pg. 564). Y entonces habrá que distinguir entre las pretensiones impugnatorias del contrato, sometidas a su propio plazo en lo que toca a la restitución de prestaciones, 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).

De hecho, 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*. La rigidez del sistema alemán de responsabilidad aquiliana 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. Sobre el tema es de provechosa consulta la obra de GARCÍA RUBIO (pgs. 227 y ss.) y la de ASÚA (pgs. 121 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 de declarada la nulidad, ¿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, 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.

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. Sin embargo, es preciso plantearse ciertos interrogantes.

3.1. La estipulación en favor de tercero

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. 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.

3.2. El contrato en daño de tercero

Lo contrario deberá decirse, en general, ante los llamados *contratos en daño de tercero*: la responsabilidad tendrá normalmente carácter

extracontractual, 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 (GULLÓN BALLESTEROS [1958]).

3.3. Víctima causahabiente a título universal de uno de los contratantes

Si el principio de relatividad del contrato hace que la eficacia de éste se limite a las partes «*y a sus herederos*» (art. 1257, pº 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 resultas 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.

3.4. Víctima causahabiente a título particular de uno de los contratantes

Piénsese que cuando el art. 1257 amplía el círculo del contrato a los causahabientes de las partes, no lo hace a cualesquiera causahabientes, 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 al 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» (STS de 1 abril 1977 [RJ 1977, 1510]).

3.5. Responsabilidad de los terceros para con los contratantes

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 producción 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 lle-

var 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 exclusiva. 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 STS 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 exclusiva con otra. Comoquiera que la

primera compañía había dado a conocer por conducto notarial la existencia de la exclusiva 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 (1989, pgs. 845 y ss.) 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. 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.

En la doctrina española, son muy importantes las aportaciones de FERNÁNDEZ ARÉVALO (1996) y de PÉREZ GARCÍA (2005) al respecto, que contienen unos análisis rigurosos y muy trabajados de la enorme casuística que plantea la lesión del derecho de crédito por un tercero.

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 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.

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

Pensemos en una disputa entre prestamista y prestatario o entre un arrendador y su inquilino, que ocasionan lesiones a uno o a los dos los contratantes. Pienso que se trata de daños extracontractuales, pues 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». A mi entender, el clásico ejemplo, propuesto en su día por VON TUHR (edic. de 2013, pg. 463) del hurto cometido por el albañil es también un caso de responsabilidad extracontractual, pero confieso que no lo digo con la misma rotundidad, y lo mismo si mi amable lector me pregunta qué clase de daño hay cuando un mecánico que realiza mejoras en un automóvil aprovecha para hurtar ciertos objetos de valor que había en el interior del mismo. En principio, hay que recordar que los contratos obligan a más de lo expresamente pactado (art. 1258 C.civ.), pero no es fácil extender sus consecuencias a cualesquiera bienes o derechos que son absolutamente extraños a la prestación. Aunque tal vez otra cosa haya que decir si el contrato contenía obligación de custodia, como sucede en el contrato de garaje, por ejemplo.

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 fórmula o 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.

Ha habido 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 (así SANTOS BRIZ [1981], pg. 715 o PUIG BRUTAU [1983], pg. 133). 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.

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 son las SSTS de 7 febrero 1973 (Rj 1973, 407), 20 febrero 1981 (RJ 1981, 564) y 28 marzo 1983 (RJ 1983, 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 rocambolesca. Poco importa que los deberes y procedimientos a que deban sujetarse los contratantes se encuentren previstos en el pacto (cosa harto 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 C.civ. 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» (STS de 10 diciembre 1959 [RJ 1959, 4933).

Pero es que los partidarios de tal fórmula que critico 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 conclusión está, a mi juicio, muy 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.

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. De hecho, es éste 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). 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. El Código italiano establece: «*Il contratto obbliga le parti non solo a quanto è nel medesimo espresso, ma anche a tutte le con-*

seguenze che ne derivano secondo la legge, o, in mancanza, secondo gli usi e l'equità». 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.

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*.

> La doctrina sobre los deberes de protección es abundante (sobre el tema, y a título de ejemplo, pueden consultarse MAZEAUD [cit., nº 150 y ss], VINEY [cit., pgs. 597 y ss.; LE TOURNEAU [1982], nº 1502 y ss., todas con abundante aparato bibliográfico. En la doctrina italiana, MENGONI [1954], pgs. 366 y ss.; VISINTINI [1979], pgs. 138 y ss. En España, JORDANO FRAGA [1987], pgs. 141 y ss. En relación con el contrato de trabajo, ALDAR RIERA [1980], pg. 251. Para el de transporte, RUSSO [1953], pgs. 593 y ss. Ha tratado el tema de manera sistemática en Argentina VÁZQUEZ FERREYRA [1987]).

Lamentablemente, y a juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial diaria, la teoría de la obligación de seguridad no ha comenzado a tener alguna acogida en España hasta hace pocos años, pues no se daba al art. 1258 C.civ. todo el juego que merece. En efecto, no es difícil entender 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*, 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 (STS de 9 diciembre 1949 [RJ 1949, 1463), o el que perdió la visión de un ojo por astillamiento de un vidrio (STS de 30 abril 1959 [RJ 1959, 1981]). Extracontractual fue también la pretensión deducida en la demanda contra un colegio en el caso que concluyó con la STS de 15 junio 1977 (RJ 1977, 2883), para un caso de muerte de los escolares que estudiaban en él en régimen de internado.

Seguramente fue con la STS de 9 marzo 1983 (RJ 1983, 1463) cuando el Tribunal Supremo comenzó a utilizar la «doctrina de la rigurosa órbita de lo pactado» de una manera sorprendente por su frecuencia. 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 STS de 6 mayo 1985 (RJ 1985, 6319).

Pero todavía sorprende más el que se utilice el mismo argumento, con inclusión de la frase transcrita, para un caso como el de la STS de 10 mayo 1984 (RJ 1984, 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 STS de 19 junio 1984 (RJ 1984, 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, o que los desperfectos en las mercancías transportadas no violan el contrato de transporte de mercancías.* Ver para creer...

A la contra, resulta muy ejemplar la STS de 23 marzo 1988 (RJ 1988, 2226), que trató de un caso en el que un esquiador resultó gravemente

lesionado en la estación de Baqueira Beret. 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 aquélla 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 STS de 10 junio 1991 (RJ 1991, 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 senten-

cia 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 «doctrina de la rigurosa órbita de lo pactado» se ha acabado convirtiendo en algo verdaderamente estomagante.

Con posterioridad, aplica decididamente el art. 1258 C.civ. la STS de 20 diciembre 2004 (RJ 2004, 8132), cuyos hechos se relataron *supra*, II.1.4: la Compañía de Metro de Barcelona se encuentra obligada contractualmente a proporcionar seguridad, y no sólo transporte, a los usuarios. Y si quien ha fallado es la empresa de seguridad contratada para ello, responde también contractualmente por incumplir su obligación accesoria, aunque lo haya hecho esa empresa, que no deja de ser un auxiliar del deudor, como dice, también para un caso de agresión en el Metro de Madrid, la STS de 24 noviembre 2008 (RJ 2008, 6061).

III. ¿PUEDE UN DAÑO SER CONSIDERADO CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL AL MISMO TIEMPO?

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 al supuesto, de fácil solución, del incumplimiento del contrato que, además de ocasionar un perjuicio al cocontratante, daña también a un tercero extraño a la relación. Un mismo hecho, de autor único, genera responsabilidad de ambos tipos y por distintos títulos. Tampoco me refiero aquí al caso de que el daño 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. *Vid. supra*, 3.5, y particularmente el ejemplo de la STS de 23 de marzo de 1921 (ruptura del pacto de exclusiva por aquella conocida tonadillera).

En nuestro país es ya clásico el trabajo de GARCÍA VALDECASAS (1962, pgs. 831 y ss.), que presentaba como pretendidos ejemplos de casos fronterizos 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».

El punto de partida me parece por completo equivocado. 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 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 encuentran su lugar propio 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 a veces imposible.

En cualquier caso, el punto de partida está ahí: existen 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»?

1. Teoría del concurso de pretensiones

La polémica tiene que arrancar de una previa toma de partido: responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual ¿constituyen pretensiones de distinta naturaleza y fundamento o son en realidad la misma pretensión, a saber, la que tiene como finalidad ni más ni menos que el resarcimiento de un daño? En la dogmática procesal, la primera posibilidad –el concurso de pretensiones– se basa en la «doctrina de la individualización», y supone que toda «*causa petendi*» se integra por el elemento fáctico y el normativo o propiamente jurídico. Trasladados al terreno de los litigios de responsabilidad civil, aunque el actor siempre busque quedar resarcido de su perjuicio, no es indiferente que base su reclamación en el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato por parte del demandado o que lo haga al amparo del incumplimiento de un genérico deber de no dañar al prójimo. Mientras, la segunda posibilidad –el concurso de normas– se sustenta sobre la denominada «doctrina de la sustanciación», que presenta la «*causa petendi*» como algo exclusivamente integrado por el elemento fáctico o relato histórico sobre el que el actor ha querido basar su pretensión. Se comprenderá, en fin, que cuestiones tan importantes como pueden ser la litispendencia o la cosa juzgada están en juego en esta polémica procesal, ya más que centenaria (TAPIA FERNÁNDEZ [1992], pgs. 209 y ss.).

La teoría del concurso de pretensiones presenta a su vez dos posibilidades: la que concede al actor una opción por la utilización de una vía o de la otra, a su conveniencia, y la que entiende que no solamente son dos pretensiones diferentes, sino también incompatibles.

1.1. Teoría de la opción

En muchas ocasiones ha entendido la jurisprudencia que en esos casos fronterizos estamos ante 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 que, desde los postulados de la teoría de la individualización, supone una inaceptable «*mutatio libelli*». 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. Por lo mismo, tampoco podrá plantearse recurso ante la instancia superior cambiando la calificación dada inicialmente a los hechos.

Si la demanda es rechazada, la víctima podría en un nuevo proceso utilizar la vía que excluyó primitivamente, pues, si según esta teo-

ría, se trata de pretensiones diferentes, no hay cosa juzgada ni litispendencia. 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.

Con todo, hay que decir que esta consecuencia de la teoría de la opción, una vez fuera aprobada la vigente Ley de Enjuiciamiento Civil, no dejó de ser desde entonces un ejercicio puramente teórico, pues el art. 400 LEC es claro al respecto: «*1. Cuando lo que se pida en la demanda pueda fundarse en diferentes hechos o en distintos fundamentos o títulos jurídicos, habrán de aducirse en ella cuantos resulten conocidos o puedan invocarse al tiempo de interponerla, sin que sea admisible reservar su alegación para un proceso ulterior*».

> La tesis de la opción, tan defendida en su día por GARCÍA VALDECASAS, 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: SSTS de 13 junio 1942 (RJ 1942, 767), 2 enero 1945 (RJ 1945, 117), 9 diciembre 1949 (RJ 1949, 1463), 21 marzo 1950 (RJ 1950, 394), 17 febrero 1956 (RJ 1956, 1103), 2 abril 1957 (RJ 1957, 2149), 30 abril 1959 (RJ 1959, 1981), 2 mayo 1961 (RJ 1961,1850), 16 abril 1963 (RJ 1963, 1970), 20 mayo 1964 (RJ 1964, 2729), 10 febrero 1966 (RJ 1966, 450), 3 noviembre 1966 (RJ 1966, 4838), 22 diciembre 1967 (RJ 1967, 5174), 24 junio 1969 (RJ 1969, 3635), 23 enero 1974 (RJ 1974. 259), 30 diciembre 1980 (RJ 1980, 4815), 20 febrero de 1981 (RJ 1981, 564), 14 abril 1981 (RJ 1961 1539), 8 noviembre 1982 (RJ 1982, 6534), 9 marzo 1983 (RJ 1983, 1463), 5 julio 1983 (RJ 1983, 4072), 18 octubre 1983 (RJ 1983, 5332), 16 noviembre 1983 (RJ 1983, 6116), 10 mayo 1984 (RJ 1984, 2405), 19 junio 1984 (RJ 1984, 3250), 9 enero 1985 (RJ 1985, 167), 16 diciembre 1986 (RJ 1986, 7447), 19 octubre 1987 (RJ 1987, 7300).

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, pº 1º C.civ.).

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 es ni tan siquiera serio 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.

Como puede leerse en la STS de 9 julio 1984 (RJ 1984, 3802), «cuando los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito o incluso presunto, (...) no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y ss.), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez».

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. Ha indicado DÍEZ-PICAZO (2011, pg. 228) que le falta solidez a todo punto de vista que quiera situar fuera de la esfera contractual los daños generados por la inobservancia de los deberes contractuales de protección, y que distinguir ambas esferas con ese criterio de calificar como contractual eso que repite *ad nauseam* la jurisprudencia de la «rigurosa órbita de lo pactado» es un «intento baldío».

Si los jueces estuviesen siempre 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» (metáfora que se atribuye a PASCUAL ESTEVILL [1990], pgs. 55 y 56). A mí no me parece de recibo que se pueda decir sin sonrojo, como hace la STS de 30 enero 1993 (RJ 1993, 3551), que «el deber de cumplir los contratos sin causar daños permite admitir la compatibilidad de los arts. 1104 y 1902».

Niegan la aplicabilidad de las normas extracontractuales las SSTS de 13 noviembre 1901, 1 de febrero y 22 de abril de 1910, 3 mayo y 31 octubre 1924, 12 marzo 1926, 10 junio 1929, 13 junio 1962 (RJ 1962, 3168), 8 octubre 1968 (RJ 1968, 4166), 12 mayo 1969 (RJ 1969, 2474), 26 junio 1975 (RJ 1975, 2613), 7 abril y 5 octubre 1983, (RJ 1983, 2104 y 1983, 5228, respect.), y sobre todo la de 9 mayo 1984 (RJ 1984, 2403).

> La tesis de la absorción o incompatibilidad ha encontrado mucho éxito en Italia, aunque no pocos partidarios tiene también la teoría de la opción (BARASSI [1955], pg. 105; MORELLO [1984], pg. 176; CHIRONI [1978], pgs. 63 y ss.; RUSSO [1950], pgs. 962 y ss.; CA-

RADONNA [1922], pgs. 270 y ss.; PERETTI GRIVA [1933], pgs. 215 y ss), pero sobre todo en Francia, donde recibe el nombre de principio de «*non cumul*» (por todos, MAZEAUD, cit., en especial, nº 192, y VINEY, cit., en especial pgs. 262 y ss.), 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 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 (SÁNCHEZ VÁZQUEZ [1972], pg. 982).

En nuestro país, ya se mostró partidario de esta tesis DE COSSÍO (1955), pg. 105. Más modernamente, PANTALEÓN, en numerosos comentarios doctrinales publicados en C.C.J.C. (nº 4 [pgs. 1257 y ss.], nº 5 [pgs. 1645 y ss.], nº 6 [pgs. 1869 y ss.] y nº 8 [pgs. 2609 y ss.]). Véanse también, en la misma publicación, los

comentarios de BERCOVITZ (nº 3, pgs. 993 y ss.), IGARTUA ARREGUI (nº 5, pgs. 1631 y ss. y nº 7, pgs. 2235 y ss.) y VILA RIBAS (nº 13, pgs. 4297 y ss.).

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. No hay dos pretensiones, sino una sola, pues si, en general, cabe decir que la «*causa petendi*» está integrada exclusivamente por el elemento fáctico o conjunto de hechos (teoría de la sustanciación), entonces el demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. Él 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.

No es de extrañar entonces que en la ya citada STS de 26 enero 1984 (RJ 1994, 386) se cambiase la calificación que de relación extracontractual había dado la Audiencia *y aceptado los litigantes*, para afirmar que el daño

provocado en el local comercial por aquellas filtraciones de aguas fecales era de naturaleza contractual. Pero es en materia de responsabilidad médica donde más visible resulta el desafuero. Así, la STS de 18 febrero 1997 (RJ 1997, 1240) acoge esta tesis que se ha venido a denominar del concurso de normas, y que, en definitiva, parte de la 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».*

La teoría del concurso de normas se ha podido ver invocada por doquier desde la década

de los noventa. Lo es en las SSTS de 6 octubre 1992 (RJ 1992, 7529), 15 junio 1996 (RJ 1996, 4774), 19 mayo 1997 (RJ 1997, 1240) y 15 julio 2002 (RJ 2002, 5911) para casos de accidentes laborales; en las SSTS de 1 febrero 1994 (RJ 1994, 854) y 8 abril 1999 (RJ 1999, 2660), para sendos supuestos de sustracción de un vehículo en el aparcamiento de un hotel; en la STS de 5 julio de 1994 (RJ 1994, 5602) para un caso de fumigación aérea con daños en las cosechas causados por el fumigador contratado; en la STS de 29 octubre 2008 (RJ 2008, 5801), para un caso de compraventa de suelos contaminados; en la STS de 21 abril 1998 (RJ 1998, 2056) para un litigio por pretendida extralimitación del usufructuario en relación con las obras permitidas en el título constitutivo... No alcanzo a entender, en fin, dónde está la responsabilidad extracontractual cuando el hijo del arrendatario provoca el incendio del inmueble arrendado (caso de la STS de 19 junio 1984 [RJ 1984, 3250]) o cuando el arrendador derriba el cobertizo que formaba parte del conjunto arrendado, causando daños materiales al arrendatario (caso de la STS de 29 noviembre 1994 [RJ 1994, 9165]). Si no había incumplimiento de deberes contractuales, no sé entonces qué es lo que había.

En materia de *responsabilidad médica* la idea se repite de modo casi sistemático. La podemos ver en las SSTS STS de 29 octubre 1992 (RJ 1992, 8178), 28 junio 1997 (RJ 1997,

5151), 31 diciembre 1997 (RJ 1997, 9493), 9 junio 1998 (RJ 1998, 3717), 18 junio 1998 (RJ 1998, 5290), 16 octubre 1998 (RJ 1998, 7565), 28 diciembre 1998 (RJ 1998, 10160). En la STS de 6 mayo 1998 (RJ 1998, 2934; comentario en YZQUIERDO [1998], pgs. 275 y ss.), 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 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 jurídico 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.

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.

Hay que lamentar que durante bastante tiempo, el Tribunal Supremo se ha mostrado particularmente decidido a admitir la tesis de la «unidad de la culpa civil» en materia sanitaria. Muy elocuente, por lo extravagante, es la STS de 30 diciembre 1999 (RJ 1999, 9496). La niña había fallecido después de que en el Hospital del INSALUD no se le detectase a tiempo la apendicitis. Tras el sobreseimiento 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 «propiamente 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, porque no existe la relación jurídica previa de carácter contractual (otra cosa es que la haya, claro está, entre el afiliado perjudicado por el servicio de salud y el empresario que le tiene como trabajador), y porque además la relación existente es de puro Derecho público. Me parece claro que las Administraciones sanitarias se ven sometidas al régimen especial previsto en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y el plazo de prescripción, también anual, es el previsto en el art. 142.5.

La opinión de GULLÓN sirvió para que la Sala cambiara su opinión en la STS de 12 febrero 2000 (RJ 2000, 820, aunque cuatro días antes había insistido en la equivocada tesis tradicional la STS de 8 febrero 2000 [RJ 2000, 840]), que aboga por la aplicación del plazo de un año y 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». También se asumió la idea

en la STS de 11 junio 2001 (RJ 2001, 5674): «no puede decirse (...) que la naturaleza contractual de la relación y consiguiente aplicabilidad del plazo de prescripción de quince años constituyan verdadera jurisprudencia». Pero se trató de un espejismo: la yuxtaposición de responsabilidades se proclama como doctrina de la Sala en la STS de 10 junio 2004 (RJ 2004, 3605), con cita de las sentencias aquí criticadas (y aunque en el caso se tratara de una clínica privada). Así que la doctrina jurisprudencial ha alcanzado una posición que puede calificarse de predominante, con referencia a la teoría denominada de «la unidad de la culpa civil», en cuya virtud el perjudicado por un comportamiento dañoso puede basar su pretensión contra el dañador con la invocación conjunta o cumulativa de la fundamentación jurídica propia de la responsabilidad extracontractual (arts. 1902 y concordantes del Código civil) y la de la responsabilidad contractual (arts. 1101 y concordantes del mismo Cuerpo legal). Pero pese a la aburrida y monótona insistencia del Tribunal Supremo, esta pretendida yuxtaposición de acciones no es viable, a mi juicio, en los ordenamientos que, como el español, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. No parece bueno para la seguridad jurídica 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 inter-

cambiables según los intereses o la discrecionalidad del Juez» (expresión que se atribuye PASCUAL ESTEVILL, cit., pg. 66).

Por lo demás, y como ha destacado GASCÓN INCHAUSTI (2016), la causa de pedir, conforme al art. 218 LEC, no se integra únicamente por hechos en abstracto y al margen de su consideración jurídica, sino que se encuentra conformada por un componente jurídico que limita el propio enjuiciamiento, de modo que «el juzgador de instancia no puede acudir a fundamentos de hecho o de derecho que las partes no hayan hecho valer en el proceso». A lo sumo, podrá haber «un cambio en la calificación jurídica de los hechos en los supuestos de error o imprecisión, siempre que el cambio en cuestión pueda extraerse de los propios hechos ya alegados por las partes y, por consiguiente, que no se haya podido causar indefensión al "sorprender" a una de las partes con una calificación que radique en hechos no debatidos y que no hayan podido cuestionarse».

En definitiva, 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. La Ley de Enjuiciamiento no casa bien ni con la *opción* ni con la *yuxtaposición*. Sólo cabe entender el pro-

blema en clave de pretensiones jurídicamente distintas e incompatibles. Ello no impide, no obstante, demandar encajando la pretensión de una manera y plantear también la otra, siempre de modo alternativo o de modo subsidiario. Pero nada más.

Otra cosa es que merezca la pena aproximar los diferentes regímenes. 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. La unificación de plazos fue, de hecho, muy celebrada en la reforma del Código civil alemán que entró en vigor el 1 de enero de 2002: el § 195 BGB establece desde entonces un plazo general de tres años, aplicable a ambas acciones. Entre tanto, en nuestro país se ha alertado recientemente de los peligros que presenta la idea de la concurrencia de responsabilidades en materia de daños causados por cualquier clase de servicios defectuosos (ORTÍ VALLEJO [2015], pgs. 47 y ss.).

IV. LA UNIFICACIÓN DE REGÍMENES DE RESPONSABILIDAD. REFLEXIÓN FINAL

Ni que decir tiene que si desapareciesen 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 encontramos ante la inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divissio* de la responsabilidad civil.

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. No es lo mismo que la norma fundamentadora de la responsabilidad se encuentre en un previo contrato que cuando de lo que hablamos es del genérico deber de no dañar al prójimo. Pero tanto más nos alejemos 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 corpo-

rativa. «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 (1981, pg. 41). El contenido de las obligaciones debe venir impuesto por cada tipo de actividad, sin que sea relevante la existencia o no de contrato. Como afirma LAMBERT-FAIVRE (1979, pgs. 619 y ss.), la existencia de dos prescripciones para faltas profesionales idénticas carece de fundamento. También en Italia BARCELLONA (1973, pgs. 311 y ss.) 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. En el art. 2056 del vigente Código de 1942, el legislador italiano declaró aplicables a la responsabilidad extracontractual las reglas del resarcimiento previstas para la contractual: «*Il risarcimento dovuto al danneggiato si deve determinare secondo le disposizioni degli articoli 1223, 1226 e 1227*».

> Como ya he podido señalar, en el art. 99.3º del Código suizo de las Obligaciones se declaran aplicables a la responsabilidad contractual las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos. El precepto apela para ello a la analogía, aunque a mi juicio las cosas son de otro modo: las normas que dicen qué consecuencias tiene el incumplimiento del deber de no dañar a «otro» constituyen una suerte de norma general de la cual es Derecho es-

pecial cuanto suceda cuando ese «otro» es un concreto acreedor con el que existía vínculo contractual preestablecido: aquí el «*naeminem laedere*» pasa a ser no dañar al comprador, al comodatario, al arrendatario, al cliente.

El régimen se encuentra unificado en Austria, donde el § 1295.1 presenta un escenario en el que todo el que sufre un daño tiene derecho a exigir la reparación, y «*el daño puede haber sido causado por la violación de una obligación contractual o al margen de una relación contractual*». Cabe citar también el art. 294 del Código civil cubano de 1993: «*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 extinta 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 (1967, pgs. 861 y ss.): «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».

Palabras aparte merece la experiencia argentina, pues en los últimos treinta años viene

la doctrina trabajando sobre el particular, con plasmación en diferentes Proyectos de reforma del Código civil que unifican los plazos de prescripción e igualan la extensión del resarcimiento, cosa que en un país con ordenamiento civil «de corte latino» es sin duda algo espectacular. El largo trayecto ha concluido con un nuevo Código civil que entró en vigor el 1 de agosto de 2015, y en él se encuentra unificado el régimen de la responsabilidad civil en los arts. 1708 y ss.

V. BIBLIOGRAFÍA UTILIZADA

ALDAR RIERA, «La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa», *Revista de Derecho Privado*, pgs. 245 y ss.

ASÚA GONZALEZ, *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989.

BARASSI, *Teoria generale delle obbligazioni*, Madrid, 1955.

BARCELLONA, «Scopo della norma violata. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana», *Rivista di Diritto Civile*, 1973, pgs. 311 y ss.

BERCOVITZ, «Derecho de autor. Contrato de edición. Defraudación de la propiedad intelectual. Doctrina de los actos propios. Responsabilidad contractual y extracontractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 3, 1983, 1983, pgs. 993 y ss.

BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*, Madrid, 1996.

BOITARD, *Les contrats de services gratuits*, Paris, 1941.

BOYER, «Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats», en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1949, pgs. 1 y ss.

CARADONNA, «Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale», en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1922, I, pgs. 270 y ss.

CARRASCO PERERA, «Artículo 1101», en Albaladejo (dir.), *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales*, t. XV, vol. 1º, EDERSA, Madrid, 1989, pgs. 374 y ss.

CAVANILLAS y TAPIA, *Concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1992.

CHIRONI, *La culpa en el Derecho civil moderno*; culpa extracontractual, t. 1, trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978.

DE BUEN, «La estipulación en provecho de tercero», en Revista General de Legislación y Jurisprudencia, 1923, pgs. 193 y ss.

DE COSSÍO, *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955.

DE LOS MOZOS, «Responsabilidad en los tratos preparatorios del contrato», en Yzquierdo Tolsada y De Ángel Yágüez, *Estudios de*

responsabilidad civil : en homenaje al profesor Roberto López Cabana, eds. Dykinson y Ciudad Argentina, Madrid-Buenos Aires, 2001, pgs. 165 y ss.

DE PAGE, *Traité élémentaire de Droit civil belge*, t. II, Bruxelles, 1964.

DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial, V. La responsabilidad civil extracontractual*, ed. Thomson Reuters-Civitas, Cizur Menor, 2011.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, *La lesión extracontractual del crédito*. Ed. Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.

FERNÁNDEZ ARÉVALO, «Indemnización por ruptura injustificada de tratos preliminares: responsabilidad *ex* artículo 1902 CC», en *Revista de Derecho Patrimonial*, 2000-1, pgs. 281 y ss.

GARCÍA RUBIO, *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.

GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español,» en *Revista de Derecho Privado*, 1962, pgs. 831 y ss.

GASCÓN INCHAUSTI, «Comentario de la Sentencia del Tribunal Supremo de 14 de enero

de 2014 (537/2013). Vinculación del tribunal civil a la sentencia penal previa. Incongruencia por desviación y *iura novit curia*. Admisibilidad de alegaciones complementarias en la audiencia previa al juicio. Liquidación de estados posesorios», en Yzquierdo Tolsada (dir.), *Comentarios a las Sentencias de unificación de doctrina (civil y mercantil)*, t. VI (2013 y 2014), ed. Dykinson, Madrid, 2016.

GUIJARRO CONTRERAS, «El transporte gratuito y de cortesía», en Conferencias y Comunicaciones al V Curso Internacional de Derecho de la Circulación, Madrid, 1963, pgs. 137 y ss.,

GULLÓN BALLESTEROS, «En torno a los llamados contratos en daño de tercero», en *Revista de Derecho Notarial*, 1958, 2, pgs. 111 y ss.

HABERKORN, «Haftungsausslüsse bei Gefälichkeitsfahrten», en *Deutsches Autorecht*, 1966, pgs. 150 y ss.

IGARTUA ARREGUI, «Daño moral contractual», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 5, 1984, pgs. 1631 y ss.

IGARTUA ARREGUI, «Responsabilidad civil extracontractual. ofensa al honor. Congruencia. Estipulación en favor de un tercero. Contrato de publicidad con la Compañía Tele-

fónica», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1987, nº 7, 1985, pgs. 2235 y ss.

IHERING, «Culpa in contrahendo, oder Shadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen», en *Iherings Jahrbücher fur die. Dogmatik des Heutigen Rechts*, 1860, pgs. 1 y ss.

JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987.

LAMBERT-FAIVRE, *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979.

LATOUR BROTONS, «El transporte gratuito y la responsabilidad civil», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1965, pgs. 179 y ss.

LESERVOISER, *La responsabilité civile resultant du transport gratuit de personnes en Droit français et en Droit anglais*, Paris, 1966,

LE TOURNEAU, *La responsabilité civile*, ed. Dalloz, Paris, 1982.

MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o *culpa in contrahendo*», *Anuario de Derecho Civil*, 1985, pgs. 979 y ss

MAZEAUD, *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947.

MAZEAUD-TUNC, *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*, t. I, vol. 1º, trad. de la quinta edición francesa (1947) por Alcalá-Zamora y Castillo, E.G.E.A., Buenos Aires, 1977.

MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1954, I, pgs. 185 y ss., 280 y ss. y 366 y ss.

MENGONI, «Sulla natura della responsabilità precontratualle», en *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1956, II, pgs. 360 y ss.

MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en *Responsabilidad civil, Cuadernos de Derecho judicia*l, XIX, Madrid, 1993, pgs. 59 y ss.

MORELLO, «Profili comparatistici», en VISINTINI (dir.), *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale*, Milano, 1984.

NIEMANN, *Verschulden bei Vertragsschluss*, Leipzig-Berlin, 1932.

ORTÍ VALLEJO, «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios»,

en ORTÍ VALLEJO, GARCÍA GARNICA y ROJO ÁLVAREZ-MANZANEDA, La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos, ed. Thomson Reuters-Aranzadi, Cizur Menor, 2015, pgs. 47 y ss.

PANTALEÓN, «Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Prescripción extintiva; plazo de prescripción», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 4, 1984, pgs. 1257 y ss.

PANTALEÓN, «Responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual (contrato de transporte). congruencia y principio *iura novit curia*», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, nº 5, pgs. 1645 y ss.

PANTALEÓN, «Responsabilidad extracontractual y responsabilidad contractual (contrato de arrendamiento de cosas)», Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, nº 6, 1984, pgs. 1869 y ss.

PANTALEÓN, «Responsabilidad civil extracontractual. accidente de trabajo», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, nº 8, 1985, pgs. 2609 y ss.

PERETTI GRIVA, «Inammissibilità del concorso dell´azione aquiliana e contrattuale», en *Responsabilità civile e Previdenza*, 1933, pgs. 215 y ss.

PÉREZ GARCÍA, *La protección aquiliana del derecho de crédito*, Centro de Estudios Registrales, Madrid, 2005.

PIOTET, *Culpa in contrahendo et responsabilité precontractuelle en Droit privé suisse*, Berne, 1963.

PLANIOL y RIPERT, *Droit civil français*, t. VI, Paris, 1930.

PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1983.

RASI, «Alcune considerazioni sui trasporto a titolo de cortesia e di amicizia», en *Rivista Giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1965, pgs. 542 y ss.

RODRÍGUEZ GONZÁLEZ, *El principio de relatividad de los contratos en el Derecho español*, Madrid, 2000.

RUSSO, «Concorso di azione aquiliana e contrattuale nel contratto di transporto», en *Scritti giuridici in onore di Scialoja*, t. II, Bologna, 1953, pgs. 593 y ss.

SALEILLES, «De la responsabilité précontractuelle à propos d´une nouvelle étude sur la matiere», en *Revue Trimestrielle de Droit Civil*, 1907, pgs. 697 y ss.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana*, en *Revista de Derecho Privado*, 1972, pgs. 965 y ss.

SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981.

SCHMIDT, *La sanction de la faute précontractuelle*, en Revue Trimestrielle de Droit Civil, 1949, 1974, pgs. 46 y ss.

SPUZNAR, «*La place de la responsabilité civile en droit polonais*», en *Revue International de Droit Comparé*, 1967, pgs. 861 y ss.

STOLFI, «In tema di responsabilità precontrattuale», en *Foro italiano* 1954, I, pgs. 1109 y ss.

TUNC, *La responsabilité civile*, ed. Economica, Paris, 1981.

VATTIER FUENZALIDA, «La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos», en *Homenaje al profesor Roca Juan*, Universidad de Murcia. Servicio de publicaciones. Murcia, 1989, pgs. 845 y ss.

VÁZQUEZ FERREYRA, *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil*, ed. Juris, Rosario, 1987.

VINEY, *Les obligations. La responsabilicé: conditions*, en GHESTIN, *Traité de Droit civil*, t. IV, L.G.D.J., Paris, 1988.

VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, ed. CEDAM, Napoli, 1979.

VISINTINI, *¿Qué es la responsabilidad civil? Fundamentos de la disciplina de los hechos ilícitos y del incumplimiento contractual* (trad. Mª T. Cerullare), Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2015.

VON TUHR, *Der Allgemeine Teil des Deutschen Bürgerlichen Rechts, Zweiter Band*, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2013.

WEILL y TERRE, *Droit civil. Les obligations*, Paris, 1971.

YZQUIERDO TOLSADA, *Las tensiones entre usucapión y prescripción extintiva*, ed. Dykinson, Madrid, 1998.

YZQUIERDO TOLSADA, «Cegueras 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, pgs. 275 y ss.

FUNDACIÓN COLOQUIO JURÍDICO EUROPEO

LIBROS PUBLICADOS

1. R. Alexy, *Derechos sociales y ponderación.*

2. L. Ferrajoli, J. J. Moreso, M. Atienza, *La teoría del derecho en el paradigma constitucional.*

3. A. Ruiz Miguel, R. Navarro-Valls, *Laicismo y Constitución.*

4. P. Costa, B. Aláez Corral, *Nacionalidad y ciudadanía.*

5. V. Ferreres, J. A. Xiol, *El carácter vinculante de la jurisprudencia.*

6. M. Taruffo, P. Andrés Ibáñez, A. Candau Pérez, Consideraciones sobre la prueba judicial.

7. R. Romboli, M. Carrillo, *Los consejos de garantía estatutaria.*

8. P. Salazar Ugarte, J. Aguiló Regla, M. A. Presno Linera, *Garantismo espurio.*

9. E. Bulygin, M. Atienza, J. C. Bayón, *Problemas lógicos en la teoría y práctica del Derecho.*

10. P. Lucas Murillo de la Cueva, J. L. Piñar Mañas, El derecho a la autodeterminación informativa.

11. F. J. Laporta, J. Ruiz Manero, M. A. Rodilla, Certeza y predecibilidad de las relaciones jurídicas.

12. I. Shapiro, P. de Lora Deltoro, C. Tomás-Valiente Lanuza, *La Suprema Corte de Estados Unidos y el aborto.*

13. J. F. Malem Seña, F. J. Ezquiaga Ganuzas, P. Andrés Ibáñez, *El error judicial. La formación de los jueces.*

14. M. C. Redondo, J. Mª Sauca, P. Andrés Ibáñez, Estado de Derecho y decisiones judiciales.

15. S. Huster, A. Pau, Mª J. Roca, *Estado y cultura.*

16. P. Comanducci, Mª A. Ahumada, D. González Lagier, *Positivismo jurídico y neoconstitucionalismo.*

17. E. Barros Bourie, Mª P. García Rubio, A. M. Morales Moreno, *Derecho de daños.*

18. A. Aarnio, M. Atienza, F. J. Laporta, *Bases teóricas de la interpretación jurídica.*

19. A. Squella, N. López Calera, *Derechos humanos, ¿invento o descubrimiento?.*

20. S. Huster, F. Molina, E. Garzón Valdés, *Terrorismo y Derechos Fundamentales.*

21. M. T. Soler Roch, J. M. Tejerizo López, F. Serrano Antón, *Los defensores del contribuyente.*

22. R. Vázquez, A. Ruiz Miguel, J. Mª Vilajosana Rubio, *Democracia, religión y Constitución.*

23. C. Venturini, M. Fuenteseca Degeneffe, *El Juez en Roma: Funciones y responsabilidad.*

24. E. Roca Trías, V. Guilarte Gutiérrez, *Patrimonio matrimonial en matrimonios no indisolubles.*

25. J. J. Moreso, L. Prieto Sanchís, J. Ferrer Beltrán, Los desacuerdos en el Derecho.

26. J. Delgado Echeverría, J. Rams Albesa, *Retos de la dogmática civil española.*

27. A. Pace, P. Andrés Ibáñez, *Inmunidad del poder en Italia.*

28. C. Peña, H. Omar Seleme, F. Vallespín, *Estudios sobre Rawls.*

29. M. Baurmann, J. L. Martí, P. de Lora, *Los desafíos de la democracia.*

30. A. F. Franco, C. Álvarez Alonso, *La cuestión cubana en las Cortes de Cádiz.*

31. J. A. Xiol Ríos, F. J. Bastida Freijedo, *Autonomía del paciente, responsabilidad patrimonial y derechos fundamentales.*

32. A. Ollero, J. A. García Amado, C. Hermida del Llano, *Derecho y moral: una relación desnaturalizada.*

33. E. Garzón Valdés, P. Sala Sánchez, Fco. Rubio Llorente, M. Lorente Sariñena, Fco. Laporta, Elías Díaz, V. Ferreres Comella, *Homenaje a Francisco Tomás y Valiente.*

34. C. Rogel Vide, E. Serrano Gómez, *Tensiones y conflictos sobre derecho de autor en el siglo XXI. Materiales para una reforma de la Ley de Propiedad Intelectual.*

35. M. Carrillo, R. Romboli, *La reforma del recurso de amparo.*

36. P. Schiera, B. Clavero, *Del poder legal a los poderes globales. Legitimidad y medida en política.*

37. J. Esteve Pardo, J. Tejada Palacios, *Ciencia y Derecho: La nueva división de poderes.*

38. J.M. Naredo, Carlos Taibo, *De la burbuja inmobiliaria al decrecimiento: causas, efectos y perspectivas de la crisis.*

39. M. Stolleis, A. Paulus, I. Gutiérrez, *El Derecho constitucional de la globalización.*

40. J. Varela Suanzes-Carpegna, S. Muñoz Machado, *La organización territorial del Estado en España. Del fracaso de la I República a la crisis del Estado autonómico (1873-2013).*

41. Ph. Frumer, I. Villaverde Menéndez *La renunciabilidad de los derechos fundamentales y las libertades públicas.*

42. A.-E. Pérez Luño, F. de Carreras, T. Limberger, R. González-Tablas Sastre, *Construcción Europea y Teledemocracia.*

43. P. Grossi, Á.M. López y López, *Propiedad: otras perspectivas.*

44. C. Pinelli, M. Presno, *Crisis de la representación y nuevas vías de participación política.*

45. B. Aláez Corral, J.J. Ruiz Ruiz *Democracia constitucional y prohibición del velo islámico en los espacios públicos.*

46. G. Cohen, E. Farnos Amorós *Derecho y tecnologías reproductivas.*

47. P. Ruiz-Tagle, J.L. Martí, *La concepción republicana de la propiedad.*

48. Fco. Rubio Llorente, P. Navarro, J. Tornos Mas, J.J. Solozabal Echavarría, F. de Carreras Serra, Fco. Caamaño Domínguez *Una propuesta de federalización.*

49. T. F. Torres García, Mª. Paz García Rubio, *La libertad de testar: El principio de igualdad, la dignidad de la persona y el libre desarrollo de la personalidad en el derecho de sucesiones.*

50. R. Pirozzi, M. Yzquierdo Tolsada, *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual, en los sistemas español e italiano.*