

## 1.6. Responsabilidad civil

### *EL DISTINTO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL: APORTACIONES PARA UNA REVISIÓN CRÍTICA DE LAS CONTROVERSIAS JURISPRUDENCIALES Y DOCTRINALES PLANTEADAS ANTE ESTA DUALIDAD*

por

M.<sup>a</sup> CARMEN NÚÑEZ MUÑIZ

*Profesora Contratada Doctora*

*Departamento de Derecho Civil de la UNED*

**SUMARIO:** I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA ELECCIÓN DE LA VÍA EJERCITABLE PARA EL RESARCIMIENTO.—II. DESLINDE ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL A TENOR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: ALGUNOS SUPUESTOS DUDOSOS: 1. EL DISTINTO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL CASO DEL TRANSPORTE DE GRACIA, *CULPA IN CONTRAHENDO*. 2. DUALISMO Y DISTINTO ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL *VERSUS* UNIDAD DE LA CULPA CIVIL. 3. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NEMINEN LAEDERE*: LA ELECCIÓN DE LA ACCIÓN A EJERCER.—III. LOS LÍMITES, DIFERENCIAS Y ESPECIALIDADES DE CADA INSTITUTO: REQUISITOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES: 1. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL. 2. LA RELATIVA TENDENCIA A LA SUPERACIÓN.—IV. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES: 1. REQUISITOS PARA QUE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES SE PRODUZCA. 2. ÁMBITO DEL CONTRATO. 3. TEORÍAS PROPUERTAS PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA: A) *Teoría de la opción*. B) *Teoría de la absorción o incompatibilidad*. C) *Teoría del concurso de normas*. 4. ESPECIAL REFERENCIA A AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE LESIONAN DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. LAS LLAMADAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD.—V. CONCLUSIONES.—VI. BIBLIOGRAFÍA.—VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS.

## I. CUESTIONES PRELIMINARES: LA DIFÍCIL ELECCIÓN DE LA VÍA EJERCITABLE PARA EL RESARCIMIENTO

La responsabilidad civil, tema de notable importancia y constante actualidad —aunque al decir de algunos, en franca decadencia<sup>1</sup>—, presenta en la práctica un buen número de cuestiones controvertidas motivadas, en buena medida, por la concurrencia de distintos regímenes jurídicos aplicables a la misma dependiendo de su origen, esto es, contractual o extracontractual. Las dificultades al respecto, podrían ser agrupadas en dos apartados, si bien desembocan en una duda de carácter práctico esencial para el resarcimiento de la víctima: ¿qué acción ejercitar en cada caso?

---

<sup>1</sup> Según DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1995, pág. 25, ciertos postulados permiten poner en tela de juicio la misma noción de responsabilidad civil.

En este sentido, de una parte, ha de ser afrontada la existencia de una zona de, por decirlo de alguna manera, dudosa contractualidad; esto es, la existencia de relaciones entre partes en las cuales no está claro si «el vínculo» existente entre ellas tiene entidad suficiente para generar responsabilidad contractual, o, si por el contrario, la acción adecuada será la de responsabilidad extracontractual; cuestión esta que no es baladí, dadas las diferencias existentes entre ambos institutos y a las que luego nos referiremos.

Por otra parte, a veces, en el seno de un contrato, se producen actos lesivos para uno de los contratantes, susceptibles de generar ambos tipos de responsabilidad, en la medida en que el contrato resulta incumplido, pero si este no hubiera existido, el causante del daño incurría igualmente en responsabilidad, planteándose la cuestión de si la responsabilidad contractual excluirá, dentro del ámbito de acción del contrato, a la aquiliana, o, qué acción ejercitar, caso de que disponga de las dos. Pues bien, a la exposición de estos problemas —que no a su solución— es a lo que vamos a dedicar el presente trabajo.

## II. DESLINDE ENTRE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRAContractUAL A TENOR DE LA DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA: ALGUNOS SUPUESTOS DUDOSOS

### 1. EL DISTINTO ORIGEN DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL: EL CASO DEL TRANSPORTE DE GRACIA, LA CULPA IN CONTRAHENDO

En sentido técnico, la institución jurídica de la «responsabilidad» se refiere al estado de sumisión en que se encuentra una persona (deudor), o más concretamente su patrimonio<sup>2</sup>, al poder coactivo del acreedor, por haber incumplido una obligación, o infringido el deber genérico de no causar daño a otro, a consecuencia de lo cual este sufre un perjuicio que debe ser reparado. Cuando esto sucede, se dice que el causante del daño incurre en responsabilidad.

Sabido es que dos son los distintos orígenes: si lo que se infringe es el deber genérico de no causar daño a otro, sin que entre el causante y la víctima exista una previa y concreta relación, sino que esta surge a consecuencia del evento dañoso, en cuyo caso puede decirse que la relación entre ambos es un *posteriorius*<sup>3</sup>. Por tanto, nos hallamos en presencia de la llamada responsabilidad civil extracontractual, regulada en los artículos 1902 y siguientes del Código Civil, a cuyo tenor el que por acción u omisión cause daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado.

Pero también puede ocurrir que entre ambas partes exista una previa relación obligatoria (generalmente un contrato) que resulta incumplida, o defectuosamente cumplida por el deudor, en cuyo caso estamos en presencia de la responsabilidad contractual, u obligacional<sup>4</sup> que aparece regulada en los artículos 1101 y

<sup>2</sup> En este sentido, DE Cossío, «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», en *ADC*, 1966, pág. 528, advierte que no se trata tanto de imputar a una persona un hecho dañoso como de determinar cuál es el patrimonio que en último término habrá de soportar sus consecuencias dañosas.

<sup>3</sup> En este sentido se ha pronunciado el TS en las sentencias de 9 de julio de 1984 (*RJA*, núm. 3802) y 10 de junio de 1991 (*RJA*, núm. 4434).

<sup>4</sup> CLAVERÍA GOSÁLVEZ, «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, 1991, pág. 169, considera incorrecta la denominación de

siguientes del Código Civil, al disponer el citado precepto quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieran el tenor de aquellas.

Debemos destacar que, a pesar de su denominación, el Tribunal Supremo ha señalado en reiteradas ocasiones que no es necesario que entre las partes exista un contrato para que surja este tipo de responsabilidad, siendo suficiente que estén ligadas por una específica relación semejante a un contrato, por ejemplo, las relaciones surgidas de la comunidad de bienes, o de la propiedad horizontal, o incluso, una relación de Derecho público semejante a un contrato de Derecho privado. Así lo puso de manifiesto, entre otras, la sentencia de 26 de enero de 1984<sup>5</sup> la que, además, aclaraba que aunque no haya obligación derivada de un contrato, si hay otra relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del artículo 1902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual.

Esto supone la existencia de un buen número de supuestos en los que no es fácil determinar si nos encontramos ante una relación susceptible de generar responsabilidad contractual o extracontractual, en cuyo análisis, naturalmente, no vamos a entrar, pues excedería ampliamente la finalidad de este trabajo, pero sí hacer una breve referencia a algunos de ellos para poner de manifiesto la índole del problema.

Tal es el caso, por ejemplo, del transporte de favor, en el que surge la duda de si la existencia de acuerdo entre dos personas conocidas para que el conductor transporte a la otra, es suficiente para generar responsabilidad contractual en el caso de que se le occasionen daños en este traslado, o, si por el contrario, esta responsabilidad será extracontractual.

En opinión de algunos autores<sup>6</sup> resultará decisivo dilucidar si, en realidad, se trata de un transporte de cortesía, en cuyo caso la responsabilidad será extracontractual, o si lo que las partes han querido, fue que una de ellas asumiese la obligación de prestar a la otra el servicio aunque sea de forma gratuita, caso en el que habría que admitir la responsabilidad contractual. En la sentencia de 28 de diciembre de 1964<sup>7</sup>, el TS condenó a los herederos del conductor de un vehículo accidentado, en el que transportaba gratuitamente a un conocido, a indemnizar a los herederos de este (ambos, conductor y ocupante, fallecieron en el siniestro) sustentándose en el artículo 1902 del Código Civil. Idéntica línea, de considerar que se trata de responsabilidad extracontractual, parece seguir la sentencia del Tribunal Supremo, de 14 de noviembre de 1994<sup>8</sup>, donde no hubo

---

responsabilidad contractual, puesto que esta responsabilidad deriva, no solo del incumplimiento de un contrato, sino del incumplimiento o defectuoso cumplimiento de cualquier obligación, ya provenga esta del contrato o de cualquier otra fuente. También ALBALADEJO, *Derecho Civil*, II, vol. 1.<sup>º</sup>, Ed. Bosch, Barcelona, 1997, pág. 168.

<sup>5</sup> *RJA*, núm. 386. También las de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250); 9 de julio de 1984 (*RJA*, núm. 3802); 10 de junio de 1991 (*RJA*, núm. 4434); 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663), entre otras.

<sup>6</sup> Cfr. JORDANO FRAGA, «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», en *RCDI*, 1985, pág. 683. YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», en *RCDI*, 1991, pág. 456.

<sup>7</sup> *RJA*, núm. 5911.

<sup>8</sup> *RJA*, núm. 9321.

condena porque no pudo acreditarse quién conducía el vehículo, pero se partía de la aplicación en estos casos del artículo 1902 del Código Civil. Por su parte, LATOUR BROTONS<sup>9</sup> considera admisible en estos supuestos la validez y licitud de la renuncia, incluso anticipada, a exigir responsabilidad al conductor en caso de que llegue a producirse algún resultado dañoso.

También es dudosa la naturaleza de la responsabilidad en el caso de la *culpa in contrahendo*; esta es la que tiene lugar en la fase previa o de preparación de un contrato, en la que uno de los futuros contratantes resulta perjudicado, por ejemplo, por la ruptura de los tratos preliminares (los casos que bajo la misma pueden agruparse no son homogéneos), en un punto en que la parte perjudicada creía con fundamento que las negociaciones llegarían a buen fin, pese a lo cual el contrato proyectado no llega a perfeccionarse<sup>10</sup>.

En este caso no faltan autores que sostienen que en nuestro Derecho no es imprescindible recurrir a esta idea de responsabilidad precontractual por disponer de una amplia fórmula de responsabilidad extracontractual, a diferencia de lo que ocurre, por ejemplo, en el Derecho alemán, aunque reconociendo su utilidad en un intento de que las partes actúen con el debido respeto de los intereses de la persona con la que se entablan negociaciones<sup>11</sup>.

Buena parte de la doctrina considera más acertado que el tipo de responsabilidad que se contraiga en este periodo sea extracontractual<sup>12</sup>; sin embargo, también hay argumentos que permiten defender su carácter contractual<sup>13</sup>. Es más, incluso ha llegado a mantenerse una posición intermedia que, aceptando la posibilidad genérica de encuadramiento en el ámbito de la responsabilidad extracontractual, sostiene la necesidad de contar con normas propias. No parece aventurado defender tal postura; pues, por un lado, la obligación de indemnizar *in contrahendo* se fundamenta en el quebrantamiento de la confianza, en el dolo, engaño o deslealtad de las partes en los actos preparatorios del negocio, no en una relación jurídica contractual; y, por otro, su base inmediata en la buena fe,

---

<sup>9</sup> «El transporte gratuito y la responsabilidad civil», en *Revista de la Circulación*, 1965, pág. 181.

<sup>10</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 94. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *Tratado de responsabilidad civil*, Ed. Civitas, Madrid, 1993, pág. 74. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, Ed. Tecnos, Madrid, 1995, pág. 81.

<sup>11</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, *La culpa «in contrahendo»*, Ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989, pág. 294.

<sup>12</sup> En este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, «Comentario de la STS de 16 de mayo de 1988», en *CCJC*, 1988, pág. 446; «La culpa *in contrahendo*», *ob. cit.*, pág. 252.; DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Tratado de responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 74, y DÍEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 81.

<sup>13</sup> Cfr. ASÚA GONZÁLEZ, «La culpa *in contrahendo*», *ob. cit.*, págs. 252 y 294; «Comentario de la sentencia de 16 de mayo de 1988», *ob. cit.*, págs. 516 y sigs. YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...», *ob. cit.*, pág. 459. PANTALEÓN PRIETO, «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», en *CCJC*, pág. 154, plantea la posibilidad de que la responsabilidad contractual se pueda extender a todos aquellos casos en que entre el dañante y la víctima exista una relación de contacto social (tratos preliminares, responsabilidad precontractual, relaciones de hecho, etc.), aunque advierte sus dudas al respecto porque la gran «volatilidad» de los medios de prueba que caracteriza a tales relaciones inclina a aplicarles el breve plazo de prescripción de las acciones de responsabilidad extracontractual, y no el demasiado largo de la responsabilidad contractual.

de contenido idéntico a la contractual, la alejan de la responsabilidad por hecho ilícito<sup>14</sup>.

Con todo, y a nuestro juicio, parece más adecuado pensar que estamos en presencia de una responsabilidad extracontractual, pues no puede decirse que exista en este periodo una concreta relación obligatoria a cargo de las partes, aunque su actuación debe acomodarse a las exigencias de la buena fe. Desde luego, compartimos la opinión de la no necesidad de un tercer tipo de normas que regulen la responsabilidad que pueda contraerse en esta fase, pues, en definitiva, se trata de indemnizar unos perjuicios ocasionados y no vemos razón para que deba atenderse al origen de estos, al momento de su producción o las circunstancias en que tienen lugar para regularlo de una forma u otra; sencillamente se han causado unos daños por una cuantía determinada a una de las partes que hay que reparar, y, dada la dicotomía existente en nuestro Código Civil según se trate de culpa contractual o aquiliana, habrá que clasificarlos en una de las dos categorías para aplicarle una de ambas normativas, pero no elaborar normas específicas.

Sin embargo, cuando los daños derivan del incumplimiento de un precontrato existe una clara vinculación entre las partes que originaría una responsabilidad contractual. El TS también se ha pronunciado en este mismo sentido en la sentencia de 16 de mayo de 1988<sup>15</sup>, pues manifiesta que «si no existe contrato ni promesa de contrato, no puede mantenerse que hubo un incumplimiento contractual, generador de una obligación de resarcimiento, conforme a los mencionados preceptos legales», de donde se deduce claramente, que la promesa de contrato da lugar a responsabilidad contractual. Y, por el contrario, considera extracontractual la responsabilidad dimanante de la *culpa in contrahendo*; dice lo siguiente: «la existencia de *culpa in contrahendo* que al fallar aquella relación contractual se nos ofrece como aquiliana, puesto que no puede negársele al constituir una violación del principio *neminem laedere*, que determina la responsabilidad de los demandados...».

Por supuesto, hay otras relaciones en las que puede resultar dudoso si la responsabilidad que como consecuencia de las mismas pueda contraerse es contractual o extracontractual, como por ejemplo, la procedente del cuasicontrato<sup>16</sup>;

---

<sup>14</sup> MANZANARES SECADES, «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa *in contrahendo*», en *ADC*, 1985, pág. 1007.

<sup>15</sup> RJA, núm. 4308. El supuesto de hecho es el siguiente: el demandante, empleado de un Banco, inicia conversaciones con los directivos sobre su traslado a otra oficina de la compañía, sita en Miami (EE.UU.). En un punto determinado de las conversaciones, él y su esposa empezaron a realizar disposiciones relativas al traslado, que debieron de considerar inminente; vendieron el automóvil y la esposa pidió excedencia en su trabajo como auxiliar de clínica de la Seguridad Social. Finalmente, el traslado no se produjo, con los consiguientes perjuicios derivados de los gastos mencionados y las decisiones adoptadas, por lo que interpone una demanda ante la Jurisdicción laboral, que fue desestimada. Posteriormente, y junto con su esposa, exige indemnización de daños y perjuicios al Banco y sus directivos, al amparo del artículo 1101 del Código Civil por vulneración de un contrato de compromiso. En primera instancia se concede una indemnización, pero por responsabilidad extracontractual, sentencia que fue revocada en segunda instancia por incongruente. El TS casa la sentencia y confirma la de Primera Instancia en todos sus extremos, apreciando la existencia de culpa *in contrahendo* en los demandados, pero considerando que esta es extracontractual.

<sup>16</sup> Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La responsabilidad civil contractual y extracontractual*, vol. I, Ed. Reus, Madrid, 1993, pág. 93. En su opinión, tal responsabilidad debe ser extracontractual. Distinto criterio mantiene, sin embargo, GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la

pero, como hemos señalado más arriba, no vamos a entrar a analizarlas, pues ese no es el objeto de este trabajo en el que únicamente se pretende ofrecer una visión panorámica de los problemas prácticos que plantea la existencia de esa dicotomía arriba señalada.

## 2. DUALISMO Y DISTINTO ÁMBITO DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL VERSUS UNIDAD DE LA CULPA CIVIL

Continuando con los requisitos que el TS exige para que surja la responsabilidad contractual, tampoco considera suficiente la existencia de esa previa y concreta vinculación entre las partes, sino que es necesario que el acto lesivo se haya producido en la rigurosa órbita de lo pactado, y como desarrollo del concreto contenido negocial<sup>17</sup>, y todo lo que rebase este ámbito entraría en el terreno de la responsabilidad extracontractual.

Esto plantea el problema de determinar el ámbito y extensión del contrato, cosa que, aunque pueda parecer lo contrario, no es tarea sencilla, dado que no se limita a lo específicamente pactado por las partes, sino que el artículo 1258 del Código Civil se extiende a todas las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley<sup>18</sup>. Por otro lado, la doctrina ha señalado que el ámbito de la responsabilidad contractual va adquiriendo una extensión creciente<sup>19</sup>, y ello, como dicen CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ<sup>20</sup>, «por la evolución expansiva de esta responsabilidad que, alejándose del centro de gravedad tradicional, se manifiesta en la simplificación de las formas contractuales y multiplicación de las relaciones contractuales de hecho, en la adición a lo pactado de una amplia gama de obligaciones que, con origen en la buena fe, en la publicidad o en la naturaleza misma de las cosas, vienen a integrar el contenido obligacional del contrato, o, como última expresión en la adopción de posturas más flexibles en torno a la admisibilidad de acciones directas. Es precisamente en estos nuevos territorios de la responsabilidad contractual, por lo tenue, difuso y discutible de su contractualidad, donde con más agudeza se plantea la dificultad de excluir la responsabilidad extracontractual en beneficio de la contractual».

---

acumulación de responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962, pág. 52, quien defiende el carácter contractual de la misma.

<sup>17</sup> Pueden citarse, entre otras muchas, las sentencias de 16 de diciembre de 1986 (*RJA*, núm. 7447); 10 de junio de 1991 (*RJA*, núm. 4434); 11 de octubre de 1991 (*RJA*, núm. 8230); 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854); 21 de noviembre de 1996 (*RJA*, núm. 9195); 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663).

<sup>18</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación, (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *RDP*, 1980, pág. 71. PASCUAL ESTEVILL, *La responsabilidad extracontractual, aquiliana y delictual*, t. II, vol. 2, Ed. Bosch, Barcelona, 1990, págs. 58 y sigs. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108. DÍEZ PICAZO, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial*, I, Ed. Civitas, Madrid, 2007, pág. 416. ALBALADEJO, «Derecho Civil», II, vol. I, *ob. cit.*, pág. 445. En este mismo sentido, la STS de 30 de abril de 1959 (*RJA*, núm. 1981).

<sup>19</sup> JORDANO FRAGA, *La responsabilidad contractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1987, págs. 31 y sigs. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 839.

<sup>20</sup> CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992, pág. 8.

El artículo 1157 dispone que no se entenderá pagada una deuda, sino cuando completamente se hubiese entregado la cosa o hecho la prestación en que la obligación consistía. Y, por su parte, el artículo 1097 dice que la obligación de dar cosa determinada comprende la de entregar todos sus accesorios, aunque no hayan sido mencionados. Con base en estos preceptos la doctrina sostiene que el contrato se extiende más allá de lo pactado, abarcando todas las obligaciones accesorias a la principal que se hubiese estipulado, o que se le sobreentiendan a la convención y a todos aquellos deberes de protección del crédito para procurar la plena satisfacción del acreedor<sup>21</sup>.

Esta dualidad de responsabilidades da lugar a que cada una de ellas tenga su propio régimen jurídico distinto al de la otra, lo que en la práctica, como ya hemos avanzado más arriba, ocasiona no pocos problemas según iremos viendo a lo largo de las páginas siguientes.

Debemos señalar que no toda la doctrina comparte este tratamiento dual de la responsabilidad civil, y a la teoría dualista se opuso la denominada de la «unidad de responsabilidades», según la cual, al asentarse la responsabilidad civil en la violación de una obligación preexistente, se considera indiferente que la obligación violada sea la que imponga el principio *neminem laedere* o la que se haya estipulado en un contrato<sup>22</sup>.

A esta tesis se ha opuesto innumerables objeciones, considerando que entre ambos tipos de responsabilidad existen diferencias insoslayables; a saber, la responsabilidad delictual sanciona el incumplimiento de un deber muy general y que se impone a todos; deber que no es una obligación en sentido técnico, y que no implica la previa existencia de un acreedor y de un deudor concretos y determinados<sup>23</sup>.

De todas formas, no nos parece que estos argumentos sean decisivos, pues la inexistencia de acreedor y deudor concretos no es óbice para que la obligación de abstenerse de causar daño a otro exista; el artículo 1089 del Código Civil señala la ley como fuente de obligaciones, y el artículo 1902 impone la obligación de reparar el daño causado por acción u omisión; esto significa que, *sensu contrario*, se está imponiendo la obligación de no perjudicar a nadie, y que el incumplimiento de esta obligación legal produce unos efectos, al igual que el incumplimiento de una obligación contraída en virtud de pacto, dado que en ambos casos debe existir una reparación por los daños ocasionados.

Cierto que existen algunas diferencias entre ambos tipos de obligaciones, pues en las contraídas mediante contrato, al haber convenido las partes una de-

<sup>21</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación...», *ob. cit.*, págs. 65 y sigs. PASCUAL ESTEVIL, «La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», *ob. cit.*, pág. 39. YZquierdo TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108. ALBALADEJO GARCÍA, «Derecho Civil», II, *ob. cit.*, pág. 445.

<sup>22</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, citando a PLANIOL, «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», en *RDP*, 1972, pág. 968.

<sup>23</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual», en *RDP*, 1972, pág. 968. BLANCO GÓMEZ, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho sustantivo español*. Ed. Dykinson, Madrid, 1996, pág. 30, opina que por más que se reconozca que las diferencias son menos de las que pudiera pensarse, ello no debe impedir observar la importancia de los elementos diferenciales entre ambas. Las formalidades distintivas de sus regímenes inciden en el fondo de ambos institutos y, pese atender a una misma finalidad reparadora, los mecanismos que presiden la acción resarcitoria parten de presupuestos heterogéneos.

terminada prestación, si esta no se cumple o resulta defectuosamente cumplida, al margen de la indemnización de los daños y perjuicios ocasionados, pueden tener lugar otras consecuencias, por ejemplo, el cumplimiento de lo que específicamente se hubiese estipulado (art. 1124), circunstancia que no suele ocurrir en las obligaciones extracontractuales, pues lo único que cabe es la reparación de los daños.

Sin embargo, estas diferencias no impiden, en nuestra opinión, que, cuando se trate de indemnizar los perjuicios, las normas para ambos tipos de responsabilidad puedan ser las mismas. En este sentido, ha de tenerse en cuenta que un importante sector de la doctrina considera que las diferencias existentes entre ambos son más aparentes que reales y en la práctica se encuentran muy atenuadas<sup>24</sup>.

### 3. LA INFRACCIÓN DEL PRINCIPIO *NEMINEM LAEDERE*: LA ELECCIÓN DE LA ACCIÓN A EJERCER

Corresponde ahora el análisis comparado de ambos institutos, y en particular en aquellos supuestos conflictivos en los que pueden concurrir ambas responsabilidades; es decir, un mismo acto lesivo implica el incumplimiento de una concreta obligación existente entre las partes, y, al tiempo, una infracción del principio *neminem laedere*, planteándose si el perjudicado podría optar por instar la reparación por la vía contractual o por la extracontractual, o si, por el contrario, el contrato va a tener una fuerza absorbente que le permita excluir, en su ámbito, la normativa extracontractual.

Dilucidar qué acción procede en estos casos es de vital importancia, habida cuenta, por un lado, de la distinta regulación de ambos tipos de responsabilidad, y por otro, que el perjudicado solo puede obtener una única indemnización; es decir, a pesar de que el evento productor del daño encaje en la responsabilidad contractual y extracontractual, no significa que puedan utilizarse las dos vías obteniendo una reparación en cada una de ellas, pues en este caso se estaría reparando dos veces el mismo daño, lo cual es inadmisible. Lo que se pretende es la reparación del perjuicio causado, no de que el perjudicado se enriquezca.

Aquí conviene aclarar también que para que surja el deber de indemnizar es necesario que efectivamente se produzca un perjuicio en el patrimonio del acreedor, no bastando el simple incumplimiento, pues la función de la responsabilidad contractual es puramente indemnizatoria; no tiene una función preventivo-

---

<sup>24</sup> En este sentido es de destacar la postura de ROGEL VIDE, *La responsabilidad civil extracontractual*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, págs. 41 a 45, quien, tras comparar ambos institutos, llega a la conclusión de que la separación entre ambos no es tan grande como pudiera pensarse. Opinión que también comparte REAL PÉREZ, «Comentario de la sentencia de 22 de febrero de 1991», en *CCJC*, pág. 291. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual», *ob. cit.*, págs. 21 y sigs. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil», *ob. cit.*, págs. 25 a 29, donde pone de relieve que los criterios de distinción entre ambos tipos de responsabilidad son objeto de una progresiva difuminación. Ya veremos, en el lugar oportuno, cuál es al respecto la postura de la Jurisprudencia que parece consagrar el principio de «unidad de culpa civil», en el sentido de que «lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia (se refiere al caso de yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual), son los hechos de la demanda, gozando de amplia libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*» (STS 1210/2004, de 23 de diciembre, entre otras a las que nos referiremos).

punitiva<sup>25</sup>. Además, los daños resarcibles deben ser consecuencia necesaria de la falta de cumplimiento (art. 1107.1).

Para una mejor comprensión del problema empezaremos por señalar las diferencias existentes entre ambas regulaciones, puestas de manifiesto tanto por la doctrina como por el Tribunal Supremo, entre otras, en la importante sentencia de 19 de junio de 1984<sup>26</sup>, cuestión que abordaremos en epígrafe separado.

### III. LOS LÍMITES, DIFERENCIAS Y ESPECIALIDADES DE CADA INSTITUTO: REQUISITOS DOCTRINALES Y JURISPRUDENCIALES

#### 1. DIFERENCIAS ENTRE LA RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL

No hay unanimidad en la doctrina respecto de las diferencias existentes entre ambos institutos, o, más exactamente, del alcance de algunas de ellas, pues no faltan quienes opinan que son más aparentes que reales, dado que en la práctica están muy atenuadas:

- 1.<sup>a</sup> Atendiendo al origen, en la responsabilidad extracontractual no hay entre las partes vínculo obligacional preexistente; es precisamente el hecho lesivo el que crea la responsabilidad. En la contractual, sin embargo, es necesaria la existencia de una obligación anterior que continúa vigente, se perpetúa a pesar de su incumplimiento<sup>27</sup>.
- 2.<sup>a</sup> Por la distinta apreciación de la culpa. El artículo 1089 del Código Civil señala como fuente de las obligaciones: «...los actos y omisiones ilícitos o en que intervenga cualquier género de culpa o negligencia». De la dicción del precepto se deduce que el daño es resarcible en la responsabilidad extracontractual, aunque el grado de negligencia en el actuar de su causante hubiera sido mínimo<sup>28</sup>, siendo suficiente, según la opinión tradicional, la culpa levísima. Sin embargo, en la contractual, ha de estimarse de acuerdo con la diligencia programada por las partes al perfeccionarse el contrato, es decir, según el artículo 1104, la que exija la naturaleza de la obligación y corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Si la obligación no expresa la diligencia que debe observar el deudor, se le exigirá la que correspondería a un buen padre de familia (art. 1104.2.<sup>o</sup>). Con todo, no faltan autores que sostienen que la culpa aquiliana, al igual que la contractual, supone la omisión de la diligencia de un buen padre de familia, según se deduce del artículo 1903 el cual, después de enumerar los casos de responsabilidad por actos ajenos, exonera de dicha responsabilidad a quienes prueben haber empleado toda la diligencia de un buen padre de familia

<sup>25</sup> Cfr. PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pág. 1020. JORDANO FRAGA, «La responsabilidad contractual», *ob. cit.*, pág. 35. DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. 1.<sup>o</sup>, Ed. Bosch, Barcelona, 1994, pág. 171. LASARTE ÁLVAREZ, *Principios de Derecho Civil*, t. II, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2012, pág. 257.

<sup>26</sup> *RJA*, núm. 3250. También la de 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663). Ya más recientemente, se puede citar la STS 135/2009, de 4 de marzo.

<sup>27</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 968.

<sup>28</sup> Cfr. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 273.

para prevenir el daño causado<sup>29</sup>. En nuestra opinión, la diligencia del buen padre de familia en las obligaciones extracontractuales, tal como aparece redactado el citado precepto, parece únicamente referida a los casos de responsabilidad por actos ajenos, sin que quepa extenderlo a los demás supuestos. Tras enumerar a estas personas (padres, tutores, dueños de empresa, etc.), dispone (el art. 1903) que «la responsabilidad de que trata este artículo cesará cuando las personas en él mencionadas prueben que emplearon la diligencia de un buen padre de familia para prevenir el daño causado». Es de observar que, en primer lugar, se refiere a la responsabilidad de que habla este artículo (1903), es decir, por actos ajenos; no a los artículos anteriores, lo cual entonces sí se referiría a toda la responsabilidad aquiliana al comprender también el artículo 1902. Y, por otro lado, dice muy claramente que las personas que deben haber observado tal diligencia son las en él mencionadas, es decir, en el artículo 1903 exclusivamente, a saber: padres, tutores, dueños o directores de un establecimiento o empresa y las personas o entidades titulares de un centro docente de enseñanza no superior, cuando respondan por los actos de las personas que se encuentren a su cuidado o trabajen a su servicio<sup>30</sup>.

El artículo 1104 del Código Civil se considera de común aplicación a ambos tipos de responsabilidad<sup>31</sup>. En nuestra opinión, y de conformidad con lo que acabamos de decir, únicamente parece que debería aplicarse a ambos institutos el apartado 1.º del precepto que se refiere a que la diligencia que debe observarse sea la que corresponda a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. Evidentemente, no en todo caso y circunstancia debe procederse con el mismo cuidado, y esto, lo mismo si se trata de cumplir un contrato, como si se trata de otra situación, pues

<sup>29</sup> Cfr. GARCÍA VALDECASAS, «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», *ob. cit.*, pág. 842. PUIG BRUTAU, *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3.º, Ed. Bosch, Barcelona, 1983, pág. 90, dice, refiriéndose a la exigencia del artículo 1089 de responder de «cualquier género de culpa o negligencia», que si la negligencia supone falta de diligencia razonable según cada caso, es natural entender que el prototipo de conducta del autor del daño no ha de ser siempre igual, pues solo es una conducta razonablemente diligente la que está en proporción con el riesgo aparente de la situación en la que el daño se produce.

<sup>30</sup> Vid., LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ, *El ámbito de la responsabilidad en los centros docentes*, Madrid, 2007; MORETÓN SANZ y LÓPEZ PELÁEZ, «La objetivación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones: acoso escolar, causa adecuada y daño moral en centros docentes», en *RCDI*, 726, 2011, págs. 2331-2347. Con todo y sobre la unidad de culpa civil, no puede obviarse esta noción tal y como recoge MORETÓN SANZ, «Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso *versus* vis residual de la jurisdicción civil», en *RCDI*, 731, 2012, págs. 1716 y 1717, nota 26.

<sup>31</sup> Cfr. Cossío, *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, Ed. Civitas, Madrid, 1988, pág. 446. CAVANILLAS MÚGICA Y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 21. DIEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 609. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 32, quien opina que el artículo 1089 al referirse a la culpa extracontractual, habla de «cualquier género de culpa o negligencia», y el artículo 1101, en orden al incumplimiento del contrato, alude simplemente a «negligencia», sin excluir ningún grado de la misma, con lo que parecen coincidir ambas regulaciones. LASARTE ÁLVAREZ, «Príncipios de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 273.

parece claro que la atención y diligencia que debe observar un conductor, por ejemplo, no es la misma que la que debe tener una persona que da un paseo, pues, aunque esta última se despiste y tropiece con otra, las consecuencias no serán graves, a diferencia de lo que ocurre si el que se despista es un conductor, y ello, aunque no esté cumpliendo un contrato, sino dando una vuelta en coche. No obstante, el párrafo 2.º del artículo impone la diligencia programada en la obligación, cosa imposible en la responsabilidad extracontractual dada la inexistencia de relación entre las partes, o, en su defecto, la de un buen padre de familia. Si esto va a ser aplicado también a la culpa aquiliana, resulta contradicho el artículo 1089 que se refiere a cualquier género de culpa, tesis que parece confirmar el artículo 1903 al referirse a la diligencia de un buen padre de familia en casos muy concretos (los vistos anteriormente), y parece que como excepción a la norma general.

- 3.<sup>a</sup> Por la carga de la prueba. En la responsabilidad extracontractual le corresponde probar la falta a la víctima que reclama la indemnización del perjuicio. En la contractual, el acreedor solo debe probar la existencia de la obligación, y el deudor debe demostrar que ha cumplido, o que la falta de cumplimiento fue debido a caso fortuito o fuerza mayor. De ahí que se diga que la falta contractual es presunta. Aunque en la práctica, como después se verá, esta diferencia se encuentra muy atenuada<sup>32</sup>.
- 4.<sup>a</sup> Por la extensión de la reparación del daño. La reparación ha de ser íntegra en la culpa aquiliana; en la contractual limitada a los daños previstos o que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación<sup>33</sup> si el deudor actuó de buena fe (art. 1107.1.º). En caso de que procediese con dolo, responderá de todos los que conocidamente se deriven de la falta de cumplimiento<sup>34</sup>.
- 5.<sup>a</sup> Pluralidad de obligados. Si existen varios obligados extracontractualmente, responden de forma solidaria. En la responsabilidad contractual, para

---

<sup>32</sup> Cfr. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil*, I, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 96. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios...», II, *ob. cit.*, pág. 274.

<sup>33</sup> Según PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991, pág. 1028, la decisión de celebrar un contrato descansa en un cálculo de costes-beneficios, más o menos consciente, de cada una de las partes contratantes, siendo uno de los costes a tener en cuenta el relativo al riesgo de que se produzcan una serie de daños a consecuencia de un eventual incumplimiento. No tendría sentido que el contratante que resulta incumplidor debiera responder de aquellos resultados dañosos que, ni contempló como posibles en el momento de celebrar el contrato, ni una persona razonable, al tiempo de contratar, y contando, en su caso, con los especiales conocimientos de aquel, habría previsto que pudieran producirse a consecuencia de tal incumplimiento.

<sup>34</sup> Aquí conviene destacar que las sentencias de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250) y 24 de noviembre de 1995 (*RJA*, núm. 6362), consideran aplicable a la culpa extracontractual el artículo 1107 del Código Civil. Postura que también sostienen YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 280. SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 97. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 617. En contra, al menos si se trata del apartado 1.º del citado precepto, PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad contractual», *ob. cit.*, pág. 1031, y «Comentario de la STS de 10 de mayo de 1984», en *CCJC*, 1984, pág. 1655. Y MIQUEL GONZÁLEZ, «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en *Responsabilidad civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993, pág. 67.

- que la pluralidad de deudores responda solidariamente, es necesario que la obligación o la Ley así lo hayan establecido<sup>35</sup>.
- 6.<sup>a</sup> Prescripción de la acción. Para exigir la responsabilidad contractual, la acción prescribe a los quince años. La extracontractual, un año, desde que lo supo el agraviado (art. 1968.2).
  - 7.<sup>a</sup> Competencia. En la responsabilidad extracontractual la jurisprudencia oscila entre el Juzgado correspondiente al domicilio del demandado y el del lugar donde se cometió el ilícito. Para la contractual, el Juzgado competente es el del lugar en que deba cumplirse la obligación, y no estando este determinado, el demandante podrá elegir entre el domicilio del demandado y el del lugar de celebración del contrato, si hallándose en él el demandado, puede ser citado (art. 62, 1.<sup>º</sup> LEC).
  - 8.<sup>a</sup> Por la capacidad del sujeto. Para incurrir en responsabilidad contractual se requiere, en general, capacidad de obrar, que se adquiere de forma plena con la mayoría de edad. Mientras que en la extracontractual puede surgir la obligación de reparar por actos realizados por menores e incapaces<sup>36</sup>.
  - 9.<sup>a</sup> Causas limitativas o exonerativas de responsabilidad. Suelen admitirse, en general, en la responsabilidad contractual, mientras que no lo son en la responsabilidad aquiliana<sup>37</sup>.

Como ya puede suponerse, estas diferencias hacen que al perjudicado no le resulta indiferente ejercitar una u otra acción para obtener la reparación de los daños, si bien ambas presentan ventajas e inconvenientes. Así se considera más conveniente para la víctima el ejercicio de la acción contractual, en tanto que no tiene que probar la culpa del demandado; y el plazo de prescripción de la acción es mucho más largo. En cambio será más beneficioso utilizar la acción delictual en cuanto que del acto ilícito se responde cualquiera que sea el grado de culpa; la responsabilidad del demandado se extiende a todos los daños ocasionados, sin distinguir si el acto que los causó fue intencionado o meramente culposo; si los autores del ilícito son varios, responden solidariamente. No obstante, en general parece que ofrece más ventajas la acción contractual, sobre todo porque no debe probar la culpa del demandado, prueba que siempre resulta muy difícil. A esto se une el mayor plazo de prescripción de la acción.

---

<sup>35</sup> PANTALEÓN PRIETO, en «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», *ob. cit.*, pág. 1884, pone de manifiesto que la Sala 1.<sup>a</sup> del TS, «parece definitivamente decidida a extender también la solidaridad sin pacto (ni explícito, ni implícito) al campo de las obligaciones contractuales». También SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 98.

<sup>36</sup> GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 842, señala que para responder delictualmente, a diferencia de lo que ocurre en la responsabilidad contractual, «basta con tener la capacidad natural de discernimiento entre lo lícito y lo ilícito. En consecuencia son incapaces los locos, los niños, los ebrios, cuando la embriaguez no es culposa, etc.».

<sup>37</sup> GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 838, opina que es admisible la exoneración de responsabilidad extracontractual cuando se circumscribe a ciertos daños que pueden producirse en situaciones muy particulares y concretas; por ejemplo, el dueño de un coto de caza conviene con sus vecinos una exención por los daños que en sus fincas pueda causar la caza. El TS, sin embargo, en la sentencia de 18 de octubre de 1995, *RJA*, núm. 7544, ha considerado que tales cláusulas son impensables en la responsabilidad extracontractual.

## 2. LA RELATIVA TENDENCIA A LA SUPERACIÓN

No obstante, debemos poner de relieve que a consecuencia de la evolución del Derecho en los dos ámbitos de la responsabilidad civil, tales diferencias se han ido atenuando y ya no se aprecian con el rigor de antaño<sup>38</sup>. Tratándose de responsabilidad contractual, se exceptúa de la regla general de que el *onus probandi* le corresponde al deudor las obligaciones de no hacer y las llamadas de medios. En las primeras, porque de ser cierto el incumplimiento, le será más fácil al acreedor demostrarlo que al deudor acreditar no haber realizado el hecho que le estaba prohibido; en las segundas, porque el deudor promete actuar con diligencia, con la finalidad de obtener un resultado, pero sin garantizar su consecución (por ejemplo, el médico)<sup>39</sup>. Si no se consigue, ello no supone sin más el incumplimiento; este consistiría en no haber actuado con la diligencia prometida, o de forma incompetente, y que el deudor tenga que demostrar que actuó con la debida diligencia es sumamente difícil. El principio de la aptitud de la prueba nos conduce a una traslación de la carga de la misma, incumbiendo al acreedor probar que la obligación no ha sido cumplida, es decir, que el deudor no ha sido diligente en su cumplimiento. En este sentido se han pronunciado, entre otras, las SSTS de 7 de febrero de 1990<sup>40</sup> y 29 de junio de 1990<sup>41</sup> y 27 de junio de 1997<sup>42</sup>.

En la delictual, el perjudicado debería probar la culpa del demandado, pero ante la dificultad de la prueba, se tiende a la admisión de una prueba *prima facie* o de simple verosimilitud, que sería eficaz mientras no fuese desvirtuada por las pruebas de la parte contraria<sup>43</sup>.

Esto supone que se considere que se está produciendo un acercamiento entre ambos régímenes<sup>44</sup>, lo que lleva a algunos autores a sostener que caminamos

---

<sup>38</sup> Por todos, DÍEZ PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», en *ADC*, 1979, pág. 732.

<sup>39</sup> CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 25. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, pág. 36.

<sup>40</sup> *RJA*, núm. 668.

<sup>41</sup> *RJA*, núm. 4945.

<sup>42</sup> *RJA*, núm. 511.

<sup>43</sup> Sobre la causa adecuada, cfr. DE COSSÍO, «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», *ob. cit.*, pág. 531. LASARTE ÁLVAREZ, «Principios...», II, *ob. cit.*, pág. 274.

<sup>44</sup> El propio TS, en la sentencia de 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663), tras señalar las diferencias existentes entre ambos tipos de responsabilidad, señala lo siguiente: «esta diferencia no impide que existan puntos de coincidencia basados en el principio general de que quien causa un daño lo debe indemnizar, lo mismo si se produce por incumplimiento de una obligación pre establecida, que cuando proviene de una culpa no referida a un vínculo antecedente. De este fundamental punto de coincidencia se sigue, que la tajante separación originaria se atenúa, aproximándose la común finalidad reparadora, mediante la aplicación indistinta de preceptos que pueden considerarse como comunes...». En este mismo sentido, en aplicación del consagrado por la jurisprudencia principio de «unidad de culpa civil», véanse las SSTS de 23 de diciembre de 2004; 25 de enero de 2006; 18 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2010, aunque esta última si bien reconoce que la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual es relativizada en aplicación del principio *pro actione* por la jurisprudencia, no significa que pueda prescindirse de manera absoluta de la calificación. «La jurisprudencia (según STS de 29 de noviembre de 2005) admite que la acción por responsabilidad contractual y la acción extracontractual frente a quien causa un daño antijurídico tienen carácter compatible, de tal suerte que el perjudicado puede, alternativamente optar por una o por otra, con el efecto de que, en virtud del principio *iura*

hacia una unificación de la responsabilidad civil<sup>45</sup>, pues no faltan quienes opinan que esta diferente regulación que el Código contiene de ambas responsabilidades es más aparente que real, destacando como diferencia más notable el diferente plazo prescriptivo de una y otra acción<sup>46</sup>.

Sin embargo, lo cierto es que, aunque atenuadas, tales diferencias todavía subsisten<sup>47</sup>, y en ocasiones se presentan casos en que esta duplicidad de regulaciones se hace sentir con especial intensidad, planteándose como cuestión prioritaria el dilucidar qué acción corresponde ejercitarse en los casos en que, en principio, podría ejercitarse una u otra por constituir el hecho dañoso a la vez incumplimiento de una obligación y del principio *alterum non laedere*, aunque, como opina BERCOVITZ, R.<sup>48</sup>, razones de lógica jurídica inducen a pensar que responsabilidad contractual y extracontractual no deberían concurrir en un mismo supuesto. Pero, con independencia de que esta situación sea o no lógica, lo cierto es que tales supuestos se dan, y así lo ha reconocido el propio TS<sup>49</sup>, planteándose la duda de si el perjudicado puede optar por la acción que más convenga a sus intereses, o, si por el contrario, se considerará preferente la acción contractual con exclusión de la aquiliana.

A continuación vamos a examinar en qué casos puede producirse esta concurrencia de responsabilidades, así como los requisitos que deben darse para que tenga lugar, y las distintas soluciones aportadas por la doctrina, aunque podemos adelantar que en el único punto en que existe acuerdo es respecto a que la víc-

---

*novit curia* no cabe desestimar una pretensión de resarcimiento por culpa civil fundándose en que el fundamento jurídico aplicable es la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa... (STS de 22 de octubre de 2007; 12 de junio de 2007), pero como precisa la STS de 13 de marzo de 2008, en el caso en que se produzcan efectos por aplicación de uno u otro régimen jurídico cuya diferencia sea relevante y los elementos de la pretensión permitan determinar la naturaleza de la acción con carácter indiscutible, es admisible calibrarla con exactitud, diferenciadamente y con efectos excluyentes, con el fin de aplicar la disposición pertinente». Siguiendo esta línea, aplica esta postura al caso sometido a su conocimiento, y aplica la normativa contractual por considerar que las partes están ligadas por un contrato, basándose en que en caso de que los supuestos puedan enjuiciarse desde una doble vertiente, contractual o extracontractual, aquella opera con carácter prioritario si los sujetos se encuentran ligados por un negocio bilateral y el daño proviene de un hecho realizado dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, en desarrollo normal del contrato.

<sup>45</sup> Cfr. MARTÍNEZ MARTÍN, «Comentario de la STS de 10 de junio de 1991», en *CCJC*, 1991, pág. 787. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 840. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, págs. 20 y sigs. DÍEZ PICAZO-GULLÓN, «Sistema de Derecho Civil», *ob. cit.*, pág. 597. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, págs. 25 y sigs.

<sup>46</sup> En este sentido, entre otros, ROGEL VIDÉ, *ob. cit.*, págs. 42 a 45. REAL PÉREZ, «Comentario de la STS de 22 de febrero de 1991», *ob. cit.*, pág. 672.

<sup>47</sup> En este sentido, FERNÁNDEZ COSTALES, *La responsabilidad médica y hospitalaria*, Ed. Edilex, Madrid, 1987, pág. 88, dice, al referirse a la responsabilidad del médico, que aunque sea partidario de una teoría unitaria de la responsabilidad civil, no es menos cierto que esa diferencia de régimen obliga a analizar cuándo se da uno u otro tipo de responsabilidad en orden a fijar las diferentes consecuencias jurídicas de una u otra especie. También MIQUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 64.

<sup>48</sup> «Comentario de la STS de 14 de octubre de 1983», en *CCJC*, 1983, pág. 90.

<sup>49</sup> Puede citarse, entre otras, las sentencias de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250); 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854); 8 de julio de 1996 (*RJA*, núm. 5663); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

tima no puede ejercitar ambas acciones, aquiliana y contractual, obteniendo en consecuencia, una doble indemnización.

#### IV. CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

Esta concurrencia tiene lugar cuando en el acto lesivo coinciden, al tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro, es decir, cuando el hecho causante del daño es un acto ilícito, abstracción hecha de la obligación contractual, o sea, aunque esta no hubiera existido nunca<sup>50</sup>. Podemos citar a modo de ejemplo, la responsabilidad en que incurre el arrendatario que deteriora la cosa arrendada. En este caso el arrendatario no solo incumple el contrato de arrendamiento, sino que, adicionalmente, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro.

En estos casos no faltan autores que defienden que el perjudicado puede optar por pedir la reparación al amparo de los artículos 1101 y siguientes del Código Civil, o por las normas reguladoras de la responsabilidad extracontractual<sup>51</sup>, opinión que nosotros no podemos compartir porque las partes cuando celebran un contrato optan por una normativa determinada<sup>52</sup>; regulación que abarca no solo el cumplimiento normal, sino también el incumplimiento, por lo que parece razonable que cuando este se produce las normas aplicables sean las contractuales. Además, el Código Civil, tras señalar las fuentes de las obligaciones, señala también la regulación de las mismas, que será distinta dependiendo de su origen; en este sentido el artículo 1091 establece que las obligaciones que nacen de los contratos se cumplan al tenor de los mismos; el artículo 1092 dispone que las obligaciones que nazcan de los delitos se rijan por las disposiciones del Código Penal y el 1093, que las obligaciones derivadas de los actos u omisiones ilícitos no penados por la ley quedarán sometidas a las disposiciones del capítulo II del título XVI (de las obligaciones que se contraen sin convenio) del libro cuarto, por lo que se está estableciendo una clara diferencia de regulación dependiendo del acto que haya dado origen a la obligación; de la misma forma, el plazo de prescripción de la acción se rige por preceptos diferentes, pues el artículo 1968.2 se refiere únicamente a las obligaciones nacidas al amparo del artículo 1902, y no parece que exista nada que autorice al perjudicado a optar por la normativa que más le convenga.

Por otro lado, puesto que, como se ha visto anteriormente, la cuantía de la indemnización suele ser mayor en la culpa extracontractual, el deudor se verá a todas luces perjudicado, pues cuando decidió celebrar el contrato habrá hecho los pertinentes cálculos teniendo en cuenta incluso el coste del incumplimiento<sup>53</sup>,

---

<sup>50</sup> Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 833. CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 6.

<sup>51</sup> En este sentido se pronuncia DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros, «Elementos...», *ob. cit.*, pág. 173, pues en su opinión, cuando los perjuicios causados en el cumplimiento de un contrato fuesen igualmente indemnizables aunque no existiese esa previa relación, podría aplicarse, a elección del perjudicado, el artículo 1902, aún cuando el supuesto se reconduzca por la ley a la culpa contractual. El régimen de esta no es sino una especialidad del de la extracontractual, al cual, en su caso, no excluye, dada la amplitud del concepto de daño injusto que contiene el citado precepto, lo que le hace aplicable, cumulativa o alternativamente, en cualquier supuesto de daños producidos por el incumplimiento contractual culpable.

<sup>52</sup> Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 977.

<sup>53</sup> Cfr., PANTALEÓN PRIETO, «El sistema de responsabilidad...», *ob. cit.*, pág. 1028.

pero de acuerdo con las normas contractuales, por lo que, de permitir al perjudicado optar por situar su pretensión en el campo extracontractual la inseguridad a la hora de contratar es bastante grande<sup>54</sup>. Ciento que a esto puede objetarse que es más digno de protección el interés del perjudicado que el de la parte que incumplió su obligación<sup>55</sup>, pero también es verdad que el perjudicado decidió voluntariamente celebrar el contrato y con ello ha sometido su interés a una tutela específica, la contractual, por lo que no debería permitirse que solicite la reparación del perjuicio por la vía extracontractual para obtener una indemnización mayor, o por el contrario, acogerse a los artículos 1101 y siguientes si el breve plazo de prescripción de la acción aquiliana ha transcurrido ya. Además, si llevamos el razonamiento a sus últimas consecuencias, siempre que se incumple un contrato se ocasionan unos perjuicios al acreedor que no ha visto cumplidas sus expectativas, con lo cual se viola, además de la concreta obligación asumida por el deudor, el deber de no causar daño a otro (terreno de la responsabilidad extracontractual), por lo que habrá que llegar a la conclusión de que esa concurrencia se da siempre, no solo en ciertos casos, si bien es verdad que en ocasiones adquiere un especial relieve. Si esto es así, habrá que pensar que se está produciendo una duplicidad de regulaciones incidiendo sobre lo mismo: la causación de un daño a una persona que debe ser reparado. Esta reparación puede ser concedida conforme a dos normativas diferentes, lo que, a nuestro modo de ver, no tiene mucho sentido, máxime cuando lo que se va a recibir en esa reparación varía dependiendo de la acción que se ejercite. Cosa distinta sería la existencia de dos acciones que conduzcan a la obtención del mismo resultado, pues se trataría de elegir entre dos caminos que nos llevan al mismo punto, pero este no es el caso, pues la cuantía de la indemnización suele ser mayor cuando se ejerce la acción aquiliana. Por otro lado, la víctima de un incumplimiento contractual tendría un plus de protección en cuanto que dispone de dos acciones diferentes para reclamar la indemnización. Al hablar de un plus de protección no nos estamos refiriendo a la posibilidad de obtener dos indemnizaciones, una por cada acción, sino a que tiene más oportunidades, pues si el breve plazo de la acción aquiliana que le permite obtener una indemnización mayor ha transcurrido ya, siempre podrá acudir a la vía contractual, para lo que se dispone de quince años, aunque el *quantum* indemnizatorio sea menor. Ciento que si se aplica con rigor el situar a cada régimen en el lugar que le corresponde se podría llegar en ocasiones a resultados totalmente injustos, resultando perjudicada en estos casos la víctima contractual, pues, incluso a veces, se vería privada de la indemnización, pero esto vamos a verlo con más detenimiento a lo largo del trabajo. Tampoco debemos olvidar que la consideración de que la función de la responsabilidad civil es puramente indemnizatoria y no punitiva quedaría muy en entredicho, pues se tiene la impresión de que cuando se permite a la víctima optar por lo que más satisface sus intereses, se está, de alguna manera, penalizando el incumplimiento del deudor en la medida que se le impone una indemnización más amplia si decide ejercitar la acción aquiliana. Naturalmente, cuando aquí hablamos de incumplimiento contractual nos estamos refiriendo al meramente culposo, pues

---

<sup>54</sup> En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 67, sostiene que el apartado 1.º del artículo 1107 del Código Civil, no debe ser aplicado a la responsabilidad extracontractual, pues responde a la lógica propia de la vinculación contractual que significa, sobre todo, una expresa o implícita asignación de riesgos en el momento de contratar con traducción de los costes que cada parte asume.

<sup>55</sup> Cfr. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 836.

si es doloso es el propio Código el que establece una mayor extensión de esa reparación, dado que el artículo 1107 declara resarcibles en este caso, todos los daños que conocidamente deriven de la falta de cumplimiento; con lo que aquí, como bien ha puesto de relieve la doctrina, las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad se atenúan considerablemente<sup>56</sup>.

## 1. REQUISITOS PARA QUE LA CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES SE PRODUZCA

Para que la citada concurrencia tenga lugar es necesario lo siguiente:

- a) Que las partes estén unidas por un contrato y que este sea válido<sup>57</sup>.
- b) Que el sujeto dañador y la víctima sean las mismas personas que están unidas por esa previa relación obligatoria. Pues bien pudiera ocurrir que por un mismo hecho un sujeto quede obligado con distintas personas, por ej. un transportista tiene un accidente por una negligencia causando daños a un pasajero o a las mercancías transportadas y a un tercero. La obligación que contrae con este último es claramente extracontractual, mientras que en el primer caso puede ser de ambos tipos.
- c) Que se produzca un evento dañoso que suponga al mismo tiempo infracción contractual y violación del deber genérico de no dañar a otro. Siendo necesario además, que el acto lesivo se produzca dentro de la órbita de lo pactado, pues aunque las partes estén vinculadas por un contrato, si el hecho originador del daño acontece al margen de lo pactado, no se producirá la citada concurrencia. Por ejemplo, el arrendador atropella a su arrendatario con el coche; es evidente que, a pesar de estar unidos contractualmente, la obligación de reparar los daños ocasionados por el accidente es extracontractual, pues el acto que causó los daños tuvo lugar al margen de esa relación que unía a ambos sujetos. Más dudoso es, sin embargo, cuando los daños sufridos por el arrendatario son consecuencia de, por ejemplo, la falta de reparación en el local arrendado, a consecuencia de lo cual se producen desperfectos que causan perjuicios al inquilino. En este supuesto se está infringiendo el deber de no causar daño a otro (responsabilidad extracontractual) por un lado, y por otro, la obligación que el artículo 1554-2 del Código Civil impone al arrendador de hacer en la cosa arrendada las reparaciones necesarias a fin de conservarla en estado de servir para el uso al que se destina. Es el caso resuelto por la sentencia del TS de 16 de diciembre 1986<sup>58</sup>, en la que se declara la responsabilidad extracontractual de la arrendadora que se negó a hacer reparaciones urgentes en la casa arrendada a consecuencia de lo cual el techo se derrumbó. En principio, cualquiera diría que había incumplido una obligación contractual.

---

<sup>56</sup> Cfr. DELGADO ECHEVERRÍA, *ob. cit.*, pág. 212. De ÁNGEL YAGÜEZ, *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por PAZ ARES, DÍEZ-PICAZO, SALVADOR CODERCH y BERCOVITZ, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993, pág. 54.

<sup>57</sup> Si el contrato fuese inválido, tanto si adolece de nulidad de pleno derecho, como si de anulabilidad, pero se procede a su anulación, la responsabilidad por los perjuicios ocasionados como consecuencia de esta relación será extracontractual. Véase, en este sentido, ASÚA GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 249. YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza...», *ob. cit.*, pág. 463.

<sup>58</sup> *RJA*, núm. 7447.

## 2. ÁMBITO DEL CONTRATO

En estos supuestos en los que puede darse una coincidencia entre ambos tipos de responsabilidad, lo decisivo para determinar qué acción procede ejercitar parece que debería ser el delimitar el ámbito y la extensión del contrato y, en este ámbito, que la normativa contractual excluyese la extracontractual; habría que tratar de responder concretamente a la pregunta de hasta dónde se extiende la obligación del deudor para satisfacer el interés del acreedor, siendo necesario también determinar el inicio y el fin del contrato. Resulta evidente que mientras no haya contrato y desde el instante en que ya no lo haya, los problemas de responsabilidad que se originen serán extracontractuales. Pero ¿cuándo empieza y termina un contrato? Imaginemos el supuesto del viajero de una empresa de autobuses. La obligación de seguridad que, según el sentir mayoritario deriva del contrato de transporte, ¿comienza cuando se coloca un pie sobre el primer escalón del vehículo, o 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?<sup>59</sup>

Respecto al ámbito del contrato, ya hemos visto que el artículo 1258 del Código Civil dispone que el contrato obliga no solo a lo expresamente pactado, sino a todos las consecuencias que según su naturaleza sean conformes a la buena fe, al uso y a la Ley. Por su parte, el TS<sup>60</sup> viene exigiendo para que la responsabilidad se considere contractual, que el hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del concreto contenido negocial. Ahora bien, ¿qué debemos entender con las expresiones «rigurosa órbita de lo pactado» y «concreto contenido negocial»? ¿Acaso está limitando las obligaciones del deudor a lo expresamente pactado?<sup>61</sup> Estas expresiones han sido duramente criticadas por algunos autores<sup>62</sup> y lo cierto es que en nuestra opinión, no sin razón, pues

<sup>59</sup> YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, págs. 108 y sigs. El TS, en la sentencia de 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5399), parece dar por supuesto que la vía normal para reclamar indemnización por daños sufridos por un viajero antes de subir al tren es la extracontractual, aunque no condenó a RENFE por ser la culpa exclusiva de la víctima; en la sentencia de 17 de diciembre de 1990, *RJA*, núm. 10282, sin embargo, se declara la responsabilidad contractual de una Compañía aérea por los daños sufridos por una pasajera en la cinta transportadora del aeropuerto, cuando se disponían a embarcar en el avión. Es de destacar que se trataba de un viaje combinado que ya se había iniciado, ocurriendo el accidente en una de las etapas del mismo; pese a tener distintas etapas, se considera que hay un único contrato, imponiendo la indemnización a cargo de la Compañía que realizaba el trayecto en el que se había producido el accidente. Esta sentencia parece partir de que la responsabilidad contractual del transportista se extiende también a los accidentes ocurridos en sus dependencias, al menos cuando los daños tienen lugar en las etapas intermedias, quedando la duda si se declararía el mismo tipo de responsabilidad en caso de haberse producido el accidente antes de iniciarse el viaje, o cuando ya hubiese concluido.

<sup>60</sup> Entre otras, la sentencia de 19 de junio de 1984 (*RJA*, núm. 3250).

<sup>61</sup> En este sentido, MIGUEL GONZÁLEZ, *ob. cit.*, pág. 62, tras señalar que el ámbito de la responsabilidad contractual no se limita al incumplimiento de la prestación, sino que va más allá de lo expresamente pactado, reconoce que la expresión «rigurosa órbita de lo pactado» puede sugerir lo contrario, *ob. cit.*, pág. 64.

<sup>62</sup> En este sentido, PASCUAL ESTEVILL, «La responsabilidad contractual y la extracontractual, aquiliana o delictual», en *La Ley*, 1991, pág. 1163, refiriéndose a la STS de 19 de junio de 1984, considera que «tal declaración es innecesaria y anfibiológica por razón de las dudas que puede generar acerca del concepto y verdadera naturaleza que tiene el instituto de la

las dudas que genera respecto del ámbito del contrato son más que lo que trata de aclarar, pues si bien con el Código en la mano la cuestión no parece ofrecer mayores dificultades, con esta expresión la confusión es grande.

Veamos algunos ejemplos de la incertidumbre que reina en esta materia. En el caso resuelto por la sentencia de 19 de junio de 1984<sup>63</sup>, se declara la responsabilidad extracontractual del arrendatario de un local de negocio por los daños originados por un incendio ocurrido en el mismo cuando su hijo manipulaba la motocicleta de un cliente produciéndose una explosión que dio origen al fuego. Los propietarios reclaman al arrendatario y a su hijo indemnización de daños y perjuicios al amparo del artículo 1902 del Código Civil. A los indicados autos se acumularon otros, contra los mismos demandados, por la Compañía de seguros que, como subrogada en el lugar de los propietarios del inmueble, reclamaba el abono de la cantidad que, por el contrato de seguro, habían pagado a aquellos como consecuencia del siniestro, invocando los artículos 1902, 1555, 1559, 1563 y 1564 del Código Civil. El Juzgado condena a ambos demandados solidariamente. La Audiencia confirma la sentencia y el TS declara no haber lugar al recurso.

En esta sentencia, al igual que en la de 16 de diciembre de 1986, anteriormente citada, se condena al arrendatario por culpa extracontractual cuando le unía al demandante un contrato, y, a primera vista, el daño se había producido en el ámbito del mismo, pues se había destruido el local arrendado. Cosa distinta es la responsabilidad del hijo, quien ninguna relación tenía con el propietario; con lo cual, un mismo acto lesivo en el que están implicadas varias personas puede generar distintos tipos de responsabilidad frente a un mismo perjudicado, aunque en este caso, no hay concurrencia de responsabilidades<sup>64</sup>. Por otro lado, los daños causados en el local arrendado deberían ser contractuales, y extracontractuales los ocasionados en los pisos superiores, pues respecto de ellos, ninguna relación tenía el inquilino con el propietario, que era el mismo arrendador, con lo que nos encontramos que un mismo sujeto causante de un daño, puede sufrir en ambos tipos de responsabilidad frente a la misma víctima<sup>65</sup>. A la vista de esto resulta innecesario aclarar que la dualidad de regulaciones en esta materia da lugar a situaciones de gran complejidad práctica, haciendo casi imposible la aplicación con rigor y a cada caso concreto, de la normativa que le es propia. Y de hecho, se declara la responsabilidad extracontractual de ambos cuando uno de los causantes del daño era cocontratante del perjudicado, pero, de no solucionarse de esta forma, la víctima tendría que haber ejercitado dos acciones diferentes: de responsabilidad contractual contra el inquilino y la aquiliana contra su hijo, y todo para la reparación del mismo daño, además de entablar contra el propio arrendatario las dos acciones anteriormente dichas, la contractual para los daños ocasionados en el local y extracontractual para los ocurridos en los demás pisos, que también eran suyos.

---

responsabilidad obligacional. Pues es precisamente la infracción del programa solutorio preconcebido por las partes de la relación, la razón determinante de tal clase de responsabilidad». Por su parte, BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 86, dice que con tal expresión «hemos tocado fondo», pues, tras un análisis de las distintas sentencias en que tal declaración se contiene, acaba preguntándose, ¿Qué se entiende por estricta órbita de lo pactado? ¿Qué entra en el campo de acción del contrato, y qué proyección debe tener su contenido?

<sup>63</sup> *RJA*, núm. 3250.

<sup>64</sup> Cfr. SANTOS BRIZ, «Responsabilidad civil», I, *ob. cit.*, pág. 107.

<sup>65</sup> Véase el comentario que de esta sentencia hace PANTALEÓN PRIETO en *CCJC*, 1984, págs. 1875 y sigs.

El razonamiento de la Audiencia, recogido en uno de los considerandos de la sentencia, es el siguiente: «se impone la conclusión de que la culpa en que incurrieron los demandados, con independencia de las calificaciones que los actores hayan podido darle, debe calificarse, a los efectos de la fundamentación legal de esta sentencia, de culpa extracontractual o, por lo menos, sobrepasadora de la estrictamente contractual; los actos que provocaron el daño fueron realizados con ocasión del uso que de la cosa arrendada podía hacer uno de los demandados, como arrendatario del piso bajo, pero tales actos no violaron de forma directa ninguna de las obligaciones que al arrendatario impone el Código Civil» por entrar en la órbita de los que, por razón del destino pactado, había de darse a lo arrendado, según declaración judicial con motivo de otro antecedente juicio seguido para la resolución del arrendamiento, y «la imprudencia con ocasión del ejercicio de funciones lícitas según el contrato, claramente desbordó la relación contractual».

Sin embargo, en un caso muy parecido, la sentencia de 14 de febrero de 1994<sup>66</sup> consideró que se trataba de culpa contractual: La propietaria de un piso en arrendamiento reclamó indemnización por culpa extracontractual al inquilino y a una tercera persona que lo ocupaba<sup>67</sup> cuando en el mismo se declaró un incendio. En 1.<sup>a</sup> Instancia se estima la demanda. La Audiencia revoca la sentencia por estimar que la acción que procede ejercitar es la derivada de la culpa contractual. El TS declara no haber lugar al recurso, pues cuando el actuar lesivo se produce en el cumplimiento material de un contrato son de aplicación preferente los preceptos legales atinentes a la culpa contractual sin acudir a los artículos 1902 y siguientes del Código Civil.

Como puede observarse, no es posible saber a ciencia cierta cuándo nos encontramos ante un incumplimiento contractual, o una violación de ese deber genérico de no dañar a otro; o más exactamente, cuándo el órgano jurisdiccional va a considerar que nos encontramos en uno u otro caso, lo cual no facilita en absoluto la elección de la acción a ejercitar en cada supuesto. Nuestro Tribunal Supremo, como hemos visto, exige para la existencia de responsabilidad contractual que el hecho dañoso acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado, pero analizando las distintas sentencias no se sabe qué extensión tiene esa órbita; es más, la conclusión que se extrae es que su alcance es variable, aunque no se sabe muy bien en función de qué criterios en unos casos el «concreto contenido negocial» a qué se refiere nuestro más Alto Tribunal es más amplio que en otros. Lo cierto es que puede decirse que la jurisprudencia es bastante caótica, aunque puede quedar la duda de si esta situación es totalmente criticable, pues su tarea principal es la aplicación práctica del Derecho y la solución, en justicia, de los casos sometidos a su decisión, por lo que se descuida la elaboración de

---

<sup>66</sup> *RJA*, núm. 1468.

<sup>67</sup> En la sentencia no está claro si el tercero era una persona totalmente extraña a la relación arrendaticia, pues si bien eso es lo que parece al principio, dado que habla del «codemandado EAT, a quien tenía arrendado, en virtud de contrato de fecha X, el piso en cuestión y que en el momento del siniestro estaba ocupado por el otro codemandado JDSM», a continuación parece que este último tenía concertado un contrato de seguro en la modalidad a todo riesgo para el hogar con una aseguradora, también demandada, de lo que parece que puede deducirse que tal vez no fuese totalmente ajeno, aunque únicamente se refiera a él como «la persona que ocupaba el piso» en lugar del subarrendatario, si este fuese el caso, aunque tampoco lo parece; puede incluso que se tratase de la pareja de hecho del arrendador.

criterios generales que puedan ser seguidos a la hora de entablar una reclamación, aunque también es cierto que no siempre se encuentra justificación para esas decisiones tan dispares. Parece claro que entre la seguridad jurídica y la aplicación en justicia de las normas de que dispone ha dado preferencia a esto último, pues se observa una tendencia a favorecer a la víctima, concediendo la reparación cuando considera que tiene derecho a ella, aun a costa de forzar los argumentos y concediéndola por una vía que, al menos en apariencia, no es la más adecuada, lo que da como resultado que lo que para unos casos se considera incumplimiento contractual, en otros parecidos se aplican las normas de la responsabilidad aquiliana.

La verdad es que el TS suele ser bastante restrictivo en lo referente al ámbito del contrato<sup>68</sup>; no en vano, dice la doctrina que a veces se abusa del artículo 1902<sup>69</sup>. No obstante, en alguna sentencia parece haber adoptado un criterio más amplio<sup>70</sup>.

De todas maneras, como pone de manifiesto DE ÁNGEL YAGÜEZ<sup>71</sup>, de la jurisprudencia del TS se desprende claramente una conclusión: en caso de duda sobre la naturaleza contractual o extracontractual del daño, y consecuentemente de la acción por entablar, lo aconsejable y prudente es hacerlo de forma alternativa, esto es, planteando la pretensión al amparo de la fundamentación jurídica

---

<sup>68</sup> En la sentencia de 20 de junio de 1995 (*R/A*, núm. 4933), el TS declara la responsabilidad extracontractual de una constructora por los desperfectos ocurridos en unas obras de reparación extraordinaria que la citada Compañía había realizado en un edificio. Se aprecia la negligencia de la constructora extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato de ejecución de obra al sustituir el proyectado sistema de anclaje por argollas en las placas de fibrocemento..., lo que disminuyó las garantías de seguridad del edificio. Se razona de la siguiente manera: Si bien la relación jurídica material de fondo es un contrato de ejecución de obra, se ha producido un efecto lesivo a consecuencia del incumplimiento de dicho contrato con una negligencia extraña a lo que era materia propia del mismo, que se ha proyectado sobre entes extraños a la vinculación estricta contractual, por lo que nada obsta a la invocación correcta tanto del artículo 1101, como del artículo 1902 del Código Civil. Ante esto, cabría preguntarse si en un contrato de obra la empresa encargada de realizarla introduce por su cuenta variaciones que hacen peligrar la seguridad de la construcción, y se afirma que esta negligencia es extraña a la vinculación contractual, ¿cuando nos encontramos ante una culpa propiamente contractual?

<sup>69</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad contractual...», *ob. cit.*, pág. 118.

<sup>70</sup> En este sentido, la sentencia de 11 de febrero de 1992 (*AC*, 1992, núm. 18, marginal 668) ha apreciado la existencia de culpa contractual en los daños ocasionados por un incendio que se declaró por la actuación negligente de la empresa que realizaba unas obras, y ello tuvo lugar, según la referida sentencia, en el desempeño de sus obligaciones contractuales, pues «en estas circunstancias, la decisión del encargo (sic, debe referirse al encargado), de la codemandada X de emplear un soplete abandonando los medios mecánicos que se utilizaban para cortar uno de los tornillos del tubo de aireación que se cambiaba, precisamente porque en ellos había mucha pérdida de pintura, era sumamente arriesgada y peligrosa y no debió ponerse en práctica mientras no se hubieran hecho desaparecer los abundantes restos de pintura que había...». En esta sentencia el TS parece seguir un criterio más amplio en cuanto al ámbito del contrato, pues ha considerado que debe comprender la adopción de las medidas que sea necesarias para proteger la esfera del *accipiens*, cosa por otro lado normal, aunque no suele ser habitual, pues los daños fueron ocasionados por el incendio, no como consecuencia directa e inmediata de la actuación del empleado, si bien la actuación de este fue lo que provocó aquél.

<sup>71</sup> «Tratado de responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 41.

correspondiente a la responsabilidad contractual y alternativamente, al amparo de la extracontractual<sup>72</sup>.

La doctrina, respecto del ámbito del contrato, se encuentra dividida, pues mientras unos opinan que debe considerarse incumplimiento contractual únicamente cuando se viola una obligación expresamente pactada, rechazando, sin embargo, extender este tipo de responsabilidad a otras consecuencias derivadas de la relación entre las partes que puedan surgir por vía indirecta<sup>73</sup>; otros, la mayoría, defiende la tesis integradora del artículo 1258, pues consideran que el contrato se extiende más allá de lo expresamente estipulado por las partes, pues, por ejemplo, es indudable la existencia de ciertas obligaciones a cargo de algunos profesionales, aunque nada hubiesen previsto las partes al contratar. En este sentido se manifiestan LASARTE ÁLVAREZ<sup>74</sup>, JORDANO FRAGA<sup>75</sup>, YZQUIERDO TOLSADA<sup>76</sup>, y ALBALADEJO GARCÍA<sup>77</sup>.

---

<sup>72</sup> En este sentido, la sentencia de 14 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 1468) dice que cuando un hecho dañoso viola una obligación contractual y, al mismo tiempo, el deber general de no dañar a otro, se produce una yuxtaposición de responsabilidades de las que surgen acciones distintas que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra. El mismo pronunciamiento contiene la de 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854); esta además añade: «e incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas de concurso de ambas responsabilidades que más se acomoden a ellos». En el mismo sentido la de 15 de junio de 1996 (*RJA*, núm. 4774); 16 de diciembre de 1996 (*RJA*, núm. 8971); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

<sup>73</sup> Cfr. FUENTES PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 531.

<sup>74</sup> «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación», *ob. cit.*, pág. 71, pues opina que la remisión del artículo 1258 a los criterios mencionados (buena fe, el uso y la ley) tiene como finalidad incardinlar el contrato en un ambiente normativo que excede ya a la propia disponibilidad de las partes, y ello como derivación propia de la fuerza de obligar del ordenamiento jurídico. En su opinión, la función característica del artículo 1258 estriba en procurar que la autonomía privada no se eleve al grado de coartada que legitime el desconocimiento de las consecuencias o efectos contractuales impuestos por las más elementales reglas del tráfico jurídico.

<sup>75</sup> *Ob. cit.*, pág. 32, ya que, en su opinión, el resultado del proceso (de evolución de la responsabilidad civil) es extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación principal en la misma deducida, hacia la consideración de todas las obligaciones accesorias que concurren al objetivo de preparar o integrar el cumplimiento en forma que la satisfacción del acreedor sea plena.

<sup>76</sup> «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108, al sostener que el contenido del contrato va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes. Aunque nada se estipule, el médico está obligado a no revelar el secreto profesional. La compañía de transportes, no solo se obliga a realizar la prestación en que el transporte consiste, sino también a velar por la seguridad de los viajeros. Sin embargo opina que estas obligaciones de seguridad no están llamadas a tener mucho éxito en España, pues 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), con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio es a consecuencia del incumplimiento de una obligación accesoria no expresamente pactada.

<sup>77</sup> «Derecho Civil», II, vol. 1.º, *ob. cit.*, pág. 445, para quien las partes no solo vienen obligadas a lo expresamente pactado, sino a todas las consecuencias que según su naturaleza (del contrato) sean conformes a la buena fe al uso y a la ley, con lo que se pretende razonablemente que ninguna pueda escudarse en que no se hizo mención de tal o cual extremo, para así eliminarlo de la conducta total que viene obligada a cumplir. De modo que cuando se trate de algo que, aún no especificado, queda dentro de lo que por ley, por

Pese a que, a primera vista, parece que lo más lógico, puesto que existen diferencias de régimen de ambos tipos de responsabilidad, sea que en el ámbito del contrato la normativa contractual fuese de preferente aplicación, lo cierto es que en la práctica, no parece ser sencillo mantener en toda su extensión esas diferencias, y, además, darle a cada uno lo suyo, aparte de lo difícil que resulta determinar el alcance exacto del contrato, pues no todo el mundo coincide en hasta dónde debe extenderse, existe también el problema de los resultados injustos a que podría llevar la aplicación rigurosa de esta postura. Así que en un intento de llegar a determinar qué acción procede ejercitar en esos supuestos que son susceptibles de generar ambas responsabilidades, se han formulado las teorías que veremos a continuación.

### 3. TEORÍAS PROPUESTAS PARA LA SOLUCIÓN DEL PROBLEMA

#### A) *Teoría de la opción*

Para los defensores de esta postura, la víctima puede escoger entre una u otra vía, contractual y aquiliana, por considerar que tiene dos pretensiones jurídicamente distintas y autónomas. Una vez efectuada la opción, no podrá ampararse en la posibilidad excluida, pues esto supondría ir contra sus propios actos y modificar la *causa petendi*, cosa inaceptable en un sistema de justicia rogada. La opción vincula también al juez, que no podrá aplicar las normas contractuales si la víctima situó su pretensión en el terreno extracontractual. Ahora bien, si la demanda es rechazada, el interesado podrá iniciar un nuevo proceso, ejercitando la acción inicialmente excluida.

Los partidarios de esta tesis alegan en favor de la misma el que la opción favorece a la víctima que puede, a su conveniencia, acogerse a los preceptos de una u otra responsabilidad, mientras que la teoría de la incompatibilidad (que veremos a continuación) favorece al autor del daño que goza de la seguridad de no contraer otra responsabilidad que la derivada del contrato. El perjudicado es más digno de protección que el autor del ilícito. Desde otro punto de vista, incluso puede considerarse como una manifestación más de un principio general tácitamente admitido en nuestro sistema jurídico, a saber, que cuando en el mismo hecho concurren los requisitos necesarios para el ejercicio de distintas acciones tendentes al mismo fin, el actor puede optar por el ejercicio de cualquiera de ellas<sup>78</sup>.

También se aduce en favor de la opción que es injusto pretender que alguien pueda estar obligado a menor diligencia con quien contrata que con respecto a un tercero<sup>79</sup>.

No obstante, también tiene detractores que han criticado duramente las soluciones del TS en que se concede a la víctima la posibilidad de optar por considerar que nuestro Alto Tribunal se niega a admitir cuál es el verdadero ámbito del contrato, aceptando que, cuando se contrae una obligación, la responsabilidad por el incumplimiento de la misma debe extenderse a todas aquellas

---

uso o por buena fe viene a constituir conducta debida por el obligado, podrá serle exigido aunque no hubiera sido expresamente pactado.

<sup>78</sup> GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, págs. 56 y sigs.

<sup>79</sup> GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 836.

«precauciones» que deberían adoptarse y obligaciones accesorias a la principal que deben entenderse implícitas y el deudor debe cumplir para que el interés del acreedor se vea plenamente satisfecho; por ejemplo, no puede estimarse cumplido el contrato de transporte si al mismo tiempo no se asume la obligación de garantizar la seguridad del pasajero. Por lo tanto no cabe la posibilidad de opción, sino aplicar en cada caso el régimen correspondiente<sup>80</sup>.

Otra de las razones que se aducen en contra de esta postura es que otorgándose al acreedor la facultad de invocar las normas de la responsabilidad delictual, no se respetaría la voluntad de las partes, que libremente pueden regular su responsabilidad estableciendo las cláusulas, pactos y condiciones que tengan por conveniente dentro de los límites impuestos por la Ley, la moral y el orden público<sup>81</sup>.

A nosotros esta teoría no nos parece aceptable por las razones expuestas en páginas precedentes y que no vamos a reiterar y, en buena medida, coinciden con las aquí señaladas.

No obstante, la teoría de la opción es la seguida por mayor número de sentencias del TS, a pesar de los numerosos problemas que puede plantear, como obligar a duplicar los procesos para que el perjudicado pueda obtener la indemnización a la que tiene derecho<sup>82</sup>. Podemos citar en este sentido las de 22 de febrero de 1991<sup>83</sup>, 1 de febrero de 1994<sup>84</sup>, 15 de junio de 1996<sup>85</sup> y 27 de junio de 1997<sup>86</sup>.

La sentencia de 1 de febrero de 1994 también parece seguir esta línea, pese a que el razonamiento que hace pudiera llevar a pensar que adopta la del concurso de normas; sin embargo, y esto es lo que nos hace inclinarnos por la teoría de la opción, no se aparta del *petitum* de la demandante, cosa que debería ocurrir si se hubiese acogido a la otra postura y a la que nos vamos a referir más adelante, pese a reconocer que la culpa era contractual y haberse situado la reclamación en el terreno extracontractual, con lo que, de hecho, se le permite optar por una de las dos acciones que se considera le corresponden<sup>87</sup>.

<sup>80</sup> Cfr. PASCUAL ESTEVILL, «La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», *ob. cit.*, págs. 56 y sigs. y 1171.

<sup>81</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 977.

<sup>82</sup> Cfr. REAL PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 672.

<sup>83</sup> *RJA*, núm. 1588.

<sup>84</sup> *RJA*, núm. 854.

<sup>85</sup> *RJA*, núm. 4774.

<sup>86</sup> *RJA*, núm. 5151.

<sup>87</sup> El supuesto era el siguiente: al huésped de un hotel le sustraen el coche del aparcamiento cubierto y vigilado del mismo. Reclama indemnización por responsabilidad extracontractual. El juez de 1.<sup>a</sup> instancia estima la demanda; en apelación es revocada por considerar que la culpa es contractual; el TS declara haber lugar al recurso. El Alto Tribunal, tras reconocer el principio de unidad de la culpa civil y que en los supuestos de concurrencia de acciones de resarcimiento originadas en contrato y a la vez en un ilícito extracontractual, el perjudicado puede optar por una u otra, dice lo siguiente: «Proyectado al caso el principio inspirador señalado y los criterios jurisprudenciales enunciados, puede decirse que amparada una determinada pretensión procesal en unos hechos constitutivos de la *causa petendi* en términos tales que admitan, sea por concurso ideal de normas, sea por concurso real, calificación jurídica por culpa, bien contractual, bien extracontractual o ambas conjuntamente, salvado el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir, por razón de la errónea o incompleta elección de la

B) *Teoría de la absorción o incompatibilidad*

Según esta línea de pensamiento, existiendo entre las partes una previa relación obligatoria, el demandante no puede ejercitar la acción aquiliana, pues se considera que la norma específica, responsabilidad contractual, absorbe y excluye la extracontractual, dado que aquella ha sido la deseada por las partes, que han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente. No puede admitirse 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 del daño contractual previsible si ha transcurrido ya.

Los partidarios de esta teoría consideran que no debe haber lugar a la opción, sino solo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponda. Gracias a la entrada en juego de los factores de integración contractual, artículo 1258 del Código Civil, y a la invocación en más de un caso de la noción de las obligaciones de seguridad, el contrato goza de una virtualidad absorbente que le permite atraer a su campo todo aquello que se encuentra en la zona de influencia que le es propia, y los daños ocasionados en el ámbito del mismo encuentran su eventual reparación conforme a la normativa contractual<sup>88</sup>. Desde luego, esta teoría es la más congruente y acorde con la regulación legal, aunque debe reconocerse que si se aplica con todo su rigor en cada caso la normativa correspondiente podrían producirse resultados bastante injustos y sin sentido, como alguno de los señalados en páginas precedentes. Pues pudiera ocurrir que por un acto dañoso su autor quede vinculado con diversas personas, con unas contractualmente y extracontractualmente con otras, dando lugar en consecuencia a la aplicación de normativas distintas para la reparación de los daños; pues bien, esta situación puede desembocar en que algunos de los perjudicados (los extracontractuales) obtengan una reparación más amplia que los vinculados contractualmente con el dañador. O incluso que estos no perciban ninguna reparación por haber actuado el sujeto con la diligencia necesaria, mientras que las víctimas extracontractuales sí obtendrían la indemnización por los daños sufridos, dado que en este caso se responde cualquiera que sea la culpa o negligencia. En nuestra opinión, no tiene mucho sentido que el hecho de haber contratado con el causante del daño (produciéndose este en el ámbito del contrato) suponga la exclusión de la reparación de aquél; de ahí que algún autor, aún reconociendo la adecuación a las normas existentes opine que es poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede dar lugar a que la víctima no obtenga un resarcimiento tan amplio como si ejercitase la acción aquiliana<sup>89</sup>, pues no otra explicación tiene el frecuente uso y abuso que se hace del artículo 1902<sup>90</sup>.

---

norma, el conocimiento del fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O, dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual, o viceversa».

<sup>88</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil, contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 118.

<sup>89</sup> PANTALEÓN PRIETO, «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», *ob. cit.*, pág. 1883.

<sup>90</sup> YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 118.

El TS ha seguido esta teoría en las sentencias de 26 de enero de 1984<sup>91</sup>, 9 de julio de 1984<sup>92</sup>, 14 de febrero de 1994<sup>93</sup> y 18 de octubre de 1995<sup>94</sup>, entre otras, declarando la aplicación preferente de la normativa contractual. En la segunda de las citadas se pronuncia así: cuando los contendientes están ligados por un vínculo contractual, sea este expreso o sea tácito o incluso presunto, o por otra relación basada, por ejemplo, en supuestos jurídico reales como la comunidad de bienes, entra entonces en juego el artículo 1101 y el 1106 y demás concordantes..., y no se aplicarán, por tanto, los preceptos que disciplinan la responsabilidad extracontractual (art. 1902 y sigs.), pues ambas responsabilidades, por las diferencias de regulación legal, sobre todo en materia de prescripción, no pueden coexistir y ser exigidas a la vez.

Más recientemente, parece seguir esta teoría, si bien con algún matiz, la STS 135/2009, de 4 de marzo, en el sentido de considerar que se aplique a cada caso el régimen que le corresponda: si el daño se produce en la rigurosa órbita del contrato, se aplicará la normativa de la responsabilidad contractual, mientras que, aunque se produzca entre personas unidas por una previa relación obligatoria, si el incumplimiento no se produce en la rigurosa órbita de lo pactado, la responsabilidad será extracontractual, lo que una vez más parece imponerse la necesidad de delimitar el ámbito del contrato o, más concretamente, qué se entiende por «rigurosa órbita del mismo, cosa que, como se ha visto, no es fácil. Por otro lado reconoce el Alto Tribunal la existencia de zonas mixtas; dice así: «no cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil». Según este pronunciamiento, mientras no resulten afectados bienes de la personalidad, habrá que aplicar la normativa correspondiente en cada caso.

### C) Teoría del concurso de normas

Aquí se parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes, sino una única pretensión resarcitoria basada en un hecho dañoso único. El demandante se limitará a exponer los hechos en que basa su pretensión, pero no debe calificarlos, 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.

Parece que para mantener esta postura es preciso entender que no hay diferencias de fondo importantes entre responsabilidad contractual y extracontractual. DÍEZ PICAZO<sup>95</sup> considera que es más realista entender que el carácter contractual o extracontractual de los deberes infringidos al ocasionar los daños no es tanto un factor que configura la acción, dotándola de una única naturaleza,

---

<sup>91</sup> RJA, núm. 386.

<sup>92</sup> RJA, núm. 3802.

<sup>93</sup> RJA, núm. 1468.

<sup>94</sup> RJA, núm. 7544.

<sup>95</sup> *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Ed. Tecnos, Madrid, 1979, pág. 251.

cuanto entender que son simples fundamentos de derecho de prosperabilidad de la acción indemnizatoria, y que como fundamentos de derecho, son en alguna medida intercambiables por virtud del principio *iura novit curia*.

En opinión de un sector de la doctrina<sup>96</sup> esta teoría es la preferible, al menos en un plano teórico, si es verdad que caminamos hacia una aproximación de las responsabilidades contractual y extracontractual. PANTALEÓN PRIETO<sup>97</sup> hace el siguiente razonamiento: «si la cuestión se plantea en términos de equidad y de economía procesal, es indudable que debe preferirse la tesis del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión, porque, una vez que se parte de que las pretensiones de responsabilidad contractual y extracontractual son pretensiones diferentes y jurídicamente autónomas, parece imposible escapar a la crítica que los partidarios de la tesis de la «incompatibilidad» han dirigido siempre a la de la «posibilidad de opción»: El ordenamiento no puede permitir que el perjudicado, mediante el simple expediente de ejercitarse la acción de responsabilidad extracontractual, pueda privar de significado, por ejemplo, a las normas o pactos sobre limitación de la responsabilidad contractual; o a los plazos más breves de prescripción o de caducidad que, en determinadas ocasiones, (cuando la seguridad del tráfico exige una rápida liquidación de la relación obligatoria), establece la ley para esta última; o a los plazos de caducidad convencionalmente pactados, etc.».

En nuestra opinión, esta teoría es la preferible, pues teniendo en cuenta que no es posible, en la práctica, aplicar con rigor las diferencias normativas existentes entre ambos regímenes, al menos así se evitan los problemas de elección de la acción que corresponde ejercitarse, cosa nada sencilla como anteriormente se ha visto, y la necesidad, en muchas ocasiones, de tener que entablar dos procesos para obtener la reparación a la que la víctima tiene derecho, y a que obligaría cualquiera de las posturas anteriormente examinadas.

Sin embargo, es rechazada por bastantes sentencias del TS, en las que considera que las acciones de responsabilidad contractual y aquiliana son de naturaleza diferente<sup>98</sup>, aunque en otras sostenga que ambas acciones responden a una misma finalidad reparadora, y en no pocas se pronuncie en los siguientes términos: cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible<sup>99</sup>.

---

<sup>96</sup> REAL PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 672. MARTÍNEZ MARTÍN, *ob. cit.*, pág. 788.

<sup>97</sup> «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», *ob. cit.*, pág. 1883.

<sup>98</sup> Véase como más reciente, la de 4 de marzo de 2009, anteriormente citada, si bien acoge esta teoría si lo que se lesiona son derechos de la personalidad.

<sup>99</sup> Véase, en este sentido, las sentencias de 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 854), en la que, además, dice: salvado el carácter único de la indemnización no puede absolverse de la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida sobre la culpa, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio de punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso. O dicho con otras palabras, no cabe excusar el pronunciamiento de fondo en materia de culpa civil si la petición se concreta en un resarcimiento aunque el fundamento jurídico aplicable a los

No obstante en algunos fallos, aunque de forma más o menos velada, parece que es la tesis que sigue. Así, por ejemplo, en la sentencia de 16 de diciembre de 1986<sup>100</sup>, se discutía si el inquilino que había tenido que abandonar el piso arrendado por derrumbamiento de la techumbre al haberse negado la arrendadora a realizar en él reparaciones urgentes, tenía derecho a ser indemnizado en base a culpa contractual o extracontractual. El Juzgado le concedió indemnización por culpa extracontractual; la Audiencia se la negó por estimar que la acción ejercitable era la contractual. El TS cassa la sentencia manifestando que la indemnización ha de declararse tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual.

En la de 16 de mayo de 1988<sup>101</sup>, el demandante solicitó indemnización por responsabilidad contractual, concediéndosela el Juzgado en base a culpa extracontractual, ya que entre demandante y demandado no existía un contrato perfecto; se consideró que estaban en la fase preliminar, por lo que existía *culpa in contrahendo*, determinante de la responsabilidad aquiliana. La Audiencia revocó la sentencia por incongruente y el TS la casó. Esto supone admitir de hecho la teoría del concurso de normas fundamentadoras de una única pretensión<sup>102</sup>.

No obstante, en la actualidad, esta es la postura predominante en la jurisprudencia, como así lo pone de manifiesto el TS en la sentencia de 23 de diciembre de 2004; en su segundo fundamento de Derecho dice así: «...Pero no es menos cierto que en otras muchas sentencias esta Sala, desde los principios de la unidad de la culpa civil y la yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual, ha venido declarando que lo único vinculante para el juzgador, desde el punto de vista de la congruencia, son los hechos de la demanda, gozando en cambio de libertad para encuadrar la conducta del demandado en la culpa contractual o en la extracontractual por corresponder a sus facultades de aplicación de la norma pertinente conforme al principio *iura novit curia*; así en las sentencias (se citan varias) y la de 8 de abril de 1999, que da por definitivamente asentada la doctrina de la unidad de la culpa civil y la integración de la causa de pedir únicamente por los hechos de la demanda....».

Siguen también esta teoría, las SSTS de 25 de enero de 2006; 18 de julio de 2008 y 7 de octubre de 2010.

#### 4. ESPECIAL REFERENCIA A AQUELLOS SUPUESTOS EN LOS QUE SE LESIONAN DERECHOS DE LA PERSONALIDAD. LAS LLAMADAS OBLIGACIONES DE SEGURIDAD

La cuestión de la concurrencia de responsabilidades alcanza un especial relieve cuando lo que se lesionan son derechos de la personalidad. Su especial banco de pruebas ha sido el contrato de transporte, cuando por una negligencia del conductor resulta herido un pasajero, lesionando así su derecho a la integridad física<sup>103</sup>. En estos casos se trata de determinar qué tipo de responsabilidad,

---

hechos sea la responsabilidad contractual, en vez de la extracontractual o viceversa; 15 de junio de 1996 (*RJA*, núm. 4774); 16 de diciembre de 1996 (*RJA*, núm. 8971); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

<sup>100</sup> *RJA*, núm. 7447.

<sup>101</sup> *RJA*, núm. 4308.

<sup>102</sup> Cfr. REAL PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 672.

<sup>103</sup> En este sentido, PASCUAL ESTEVILL, «La responsabilidad extracontractual, aquiliana o delictual», *ob. cit.*, pág. 56. FUENTES PÉREZ, «Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho dañoso», en *Revista de Derecho de la Cir-*

contractual o extracontractual, contrae el transportista por la lesión de este decho, aunque si tenemos en cuenta los artículos 1258 y 1157 del Código Civil, según los cuales el contrato se extiende más allá de lo expresamente pactado y no va a considerarse pagada la deuda hasta que se hubiese realizado completamente la prestación, no parece que el tema deba ofrecer muchas dudas. Pese a ello, la doctrina se ha planteado si existe una obligación de seguridad implícita en el contrato de transporte; es decir, a pesar de no pactarse nada al celebrar el contrato, ¿el contratista asume la obligación contractual de garantizar la seguridad del viajero, o, por el contrario, los daños por accidentes que puedan ocurrir entrarán en el ámbito de la responsabilidad aquiliana? Algunos autores entienden que este contrato no puede considerarse cumplido si al tiempo no se asume la obligación de garantizar la incolumidad del viajero<sup>104</sup>. Otros, sin embargo, consideran que el transportista solo se compromete a llevar al pasajero a su punto de destino, pero no asume la obligación de garantizar su seguridad; en caso de que por accidente aquel resultase herido, la responsabilidad del transportista sería extracontractual<sup>105</sup>.

Debemos señalar que el contrato de transporte no es el único en el que pueden darse estas obligaciones de seguridad, en caso de admitirse, aunque sí es donde, por la naturaleza del mismo, más incidencia tiene esta cuestión, si bien hay otros donde cabe hacerse el mismo planteamiento, pudiendo destacar en este sentido el contrato de trabajo: ¿el empresario asume la obligación contractual de garantizar la seguridad del trabajador?<sup>106</sup> A primera vista y teniendo en cuenta la regulación del Código Civil, parece que el deudor debe realizar todo lo necesario, aún

---

culación, 1965, pág. 526. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 127, señalan que ha sido el contrato de transporte donde tradicionalmente se ha producido, de forma más acusada, la acumulación de responsabilidades, tanto por los daños sufridos por el viajero en su propia persona, como por los daños ocasionados a sus cosas no facturadas, como equipaje de mano.

<sup>104</sup> En este sentido, SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *ob. cit.*, pág. 982, CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 10. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 108, opina que el contrato va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes, y que los principios de integración contractual deben conducirnos a la moderna idea de la obligación de seguridad. ZUBIRI DE SALINAS, *La responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje marítimo*, Ed. Bosch, Barcelona, 1995, págs. 307 y sigs. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, págs. 127 y sigs.

<sup>105</sup> Esta es la línea por la que parece pronunciarse FUENTES PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 532, pues, en su opinión, debe interpretarse el silencio de las partes (se refiere a cláusulas no expresamente pactadas, como garantizar la seguridad el transportista), como lógica remisión tácita a la normativa de orden público (responsabilidad extracontractual), por su confianza en el seguro, respaldo de las disposiciones que lo garantizan. Así, aunque los contratos laborales no suelen contener obligación específica de pago en caso de accidentes, con estipulación o sin ella, el obrero sabe que cobrará si el evento dañoso se produce como le consta al patrono que habrá de indemnizarlo. GARCÍA VALDECASAS, *ob. cit.*, pág. 839, partidario de la teoría de la opción, opina que al no admitirse esta se tendría que ampliar peligrosamente el ámbito de la responsabilidad contractual, extendiéndola de manera forzada a supuestos en los que difícilmente podría verse el incumplimiento de obligaciones contractuales; pues si se excluye de la esfera del contrato la responsabilidad delictual, resultará que muchos daños que pueden causarse las partes con ocasión del contrato, pero que no suponen incumplimiento del mismo, quedan sin posibilidad de reparación. Para evitar esta situación es para lo que la jurisprudencia francesa ha creado una ficción: considerar implícita, en ciertos contratos, una obligación de seguridad hacia la persona o bienes de la otra parte.

<sup>106</sup> Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, «Responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 109. BLANCO GÓMEZ, *ob. cit.*, pág. 138.

lo no expresamente pactado, para que el interés del acreedor quede totalmente satisfecho, es decir, todo lo que de una forma directa e indirecta conduzca a la obtención de los fines que las partes se han propuesto con la celebración del contrato. En este, normalmente, solo se pacta el objetivo fundamental que se pretende conseguir y debe suponerse que el obligado lo está a la realización de todo lo necesario para la satisfacción del acreedor, y desde luego, como obligación contractual (art. 1258 y 1157). Sería absurdo pensar, por ejemplo, que una persona que vende los tomates que pueda dar una determinada finca, no está obligada en virtud del contrato a regalos y hacer lo necesario para que nazcan solo porque no se ha pactado nada al respecto.

Pero lo cierto es que en algún caso en que se ejercitó la acción al amparo del artículo 1902 por daños sufridos por viajeros en el contrato de transporte, o por trabajadores en sus puestos de trabajo, prosperó; aunque no puede decirse que nuestro Alto Tribunal ayudase a clarificar la cuestión creando una línea unitaria que pudiera seguirse en estos casos, sino que, en ocasiones, ha considerado tales obligaciones como contractuales y, en otras, apreció la existencia de culpa extracontractual. Por ejemplo, en el contrato de transporte se consideró que la culpa era extracontractual en la sentencia de 10 de junio de 1991<sup>107</sup>; y, respecto de accidentes laborales, las de 23 de noviembre de 1994<sup>108</sup>, 8 de julio de 1996<sup>109</sup> y 19 de mayo de 1997<sup>110</sup>. Sin embargo, declaró la obligación contractual del transportista de garantizar la seguridad del viajero en la sentencia de 30 de abril de 1959<sup>111</sup>; y, más recientemente, la de 18 de octubre de 1995<sup>112</sup> en la que el Alto Tribunal se pronuncia de la siguiente manera: «la obligación de conducir al pasajero en condiciones de protección de su persona es una obligación que se deriva ineluctablemente de la principal; el transportista debe trasladar a la persona de un punto a otro, según el contrato, tal y como inició el transporte, absteniéndose de toda conducta que lo imposibilite, o tomando las disposiciones necesarias para que ello sea así. Pero también es cierto que la parte actora no ha ejercitado la acción de responsabilidad contractual, luego no se puede fallar sobre ella porque no responde en absoluto al planteamiento del litigio»<sup>113</sup>.

En este mismo sentido se ha pronunciado el TS en la sentencia de 21 de noviembre de 1996<sup>114</sup>, que apreció responsabilidad contractual, aplicando los artículos 1101 y siguientes en casos de accidente laboral en las sentencias de 22

<sup>107</sup> *RJA*, núm. 4434.

<sup>108</sup> *RJA*, núm. 8772.

<sup>109</sup> *RJA*, núm. 5663.

<sup>110</sup> *RJA*, núm. 3885.

<sup>111</sup> *RJA*, núm. 1981, en la que se dice que, al existir un contrato celebrado entre el actor y la empresa de transporte, como se acredita por la adquisición del billete, es en razón a su incumplimiento, al producirse el daño, cuando surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se ocasionen al viajero conforme al principio de que no hay responsabilidad sin culpa..., culpa que se presume en todo incumplimiento de contrato y que es exigible, aún cuando de modo expreso no figure pactada, por la extensión que le concede el artículo 1258 del Código Civil.

<sup>112</sup> *RJA*, núm. 7544.

<sup>113</sup> En este caso, los actores interponen demanda contra Ferrocarriles de vía estrecha por las lesiones recibidas por una colisión debido a una negligencia de los empleados; lo hacen por culpa extracontractual. El Juzgado de 1.<sup>a</sup> Instancia desestimó la demanda; la Audiencia estimó el recurso y la demanda, concediendo la indemnización por culpa contractual. El TS casa la sentencia por incongruente confirmando la de 1.<sup>a</sup> Instancia.

<sup>114</sup> *RJA*, núm. 9195.

de febrero de 1991<sup>115</sup>, aunque aquí la razón de ello fue que la acción aquiliana, ejercitada por la víctima, había prescrito, no porque se admitiese la existencia de una obligación de seguridad en el contrato de trabajo. Queda la duda de qué habría ocurrido si la acción (extracontractual) hubiese sido ejercitada en plazo ¿se habría concedido la reparación por esta vía, o habría estimado el Tribunal que la responsabilidad era contractual? Por el razonamiento que en la sentencia se hace, todo parece indicar que se habría admitido la acción al amparo del artículo 1902, pues el rechazo de la misma se debió a que había prescrito, no porque resultase improcedente al existir un contrato entre las partes. La de 15 de junio de 1996<sup>116</sup>, porque, según nuestro Alto Tribunal, fue la deficiente forma de ejecución del referido contrato, por no adopción de las medidas de seguridad por parte de la empresa contratista..., una de las concausas que contribuyeron a la producción del resultado lesivo... A diferencia de la anterior sentencia, en esta sí se admite claramente la obligación contractual de seguridad.

Nosotros compartimos la opinión de que el contrato de transporte, por ejemplo, no puede considerarse cumplido si al viajero no se le garantiza su seguridad y el transportista no asume la obligación de transportarlo indemne; pero no dejamos de reconocer que de llevarse a sus últimas consecuencias y aplicarse en toda su pureza el sistema tradicional de reparación del daño, podría dar lugar a resultados absurdos e injustos. Por ejemplo, en un accidente de autobús resulta herido un viajero y es arrollado un peatón. La responsabilidad para con este último es evidentemente extracontractual, por lo que se le indemnizarían todos los daños que hubiese sufrido; y no solo eso, sino que además percibiría la indemnización con independencia del grado de negligencia del conductor; mientras que al pasajero, al tratarse de responsabilidad contractual, solo se le abonarían los daños previstos o que se hubieran podido prever al contraerse la obligación si la actuación del conductor no ha sido dolosa (art. 1107 CC). Aquí habría que preguntarse si es posible prever, siquiera sea de forma aproximada, los daños que pueden ocurrir en caso de accidente en un contrato de transporte. Un accidente siempre es previsible, pero, ¿cómo saber de antemano el alcance de las lesiones que pueden sufrir los viajeros, y hasta el número de estos que resultarán heridos a efectos de la indemnización que les corresponderá? Pero, además, en caso de que el grado de negligencia del conductor hubiera sido mínimo, o incluso si no fuera culpable del accidente, al tratarse de responsabilidad contractual, el viajero no percibiría ninguna indemnización, mientras que al peatón atropellado le serían reparados todos los daños sufridos con independencia del grado de culpa del conductor.

Evidentemente este resultado no solo no es justo, sino que va contra todos los principios de la lógica humana. Tal vez esta sea la razón por la que un

---

<sup>115</sup> *RJA*, núm. 1558. La demandante ejercitó la acción de responsabilidad extracontractual por el fallecimiento de su esposo en accidente laboral; el Juzgado concedió la indemnización en base a culpa contractual; apelada la sentencia por prescripción de la acción e incompetencia de jurisdicción, la Audiencia rechaza ambos motivos confirmando así el fallo de Primera Instancia. Interpuesto recurso de casación, el TS casa la sentencia, pues considera que la acción aquiliana ha prescrito, dado que transcurrió más de un año desde que pudo plantearse, y añade «téngase en cuenta que no se está juzgando sobre posible culpa contractual por impedirlo la congruencia». Con ello se está obligando a la víctima (si quiere obtener la reparación) a promover un segundo procedimiento para obtener la indemnización.

<sup>116</sup> *RJA*, núm. 4774.

importante sector de la doctrina<sup>117</sup>, avalada su opinión por numerosa jurisprudencia<sup>118</sup>, entiende que cuando el incumplimiento del contrato trae consigo la lesión de los derechos de la personalidad, está justificado aplicar las reglas ex-

<sup>117</sup> Cfr. FUENTES PÉREZ, *ob. cit.*, pág. 532. PUIG BRUTAU, «Fundamentos...», t. II, vol. 3.<sup>o</sup>, *ob. cit.*, pág. 133. FERNÁNDEZ COSTALES, *ob. cit.*, pág. 94. SANTOS BRIZ, *La responsabilidad civil, (Derecho Sustantivo y Derecho Procesal)*, Ed. Montecorvo, Madrid, 1991, pág. 814.

<sup>118</sup> Son numerosas las sentencias en las que se ha concedido la reparación al amparo del artículo 1902 del Código Civil por lesiones procedentes de una intervención quirúrgica, entre las que se pueden citar la de 5 de febrero de 1973 (*RJA*, núm. 406), la de 20 de febrero de 1981 (*RJA*, núm. 564), la de 28 de marzo de 1983 (*RJA*, núm. 1646), y, más recientemente, la de 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151). Además, en esta última, pese a que la relación contractual era clara, el TS considera que, cuando hay concurrencia de responsabilidades, puede, prácticamente, hacerse cualquier cosa para favorecer a la víctima y procurarle una reparación lo más completa posible. El supuesto era el siguiente: la esposa e hijos del fallecido a consecuencia de una intervención de cirugía estética interponen demanda por responsabilidad extracontractual contra el cirujano plástico, el anestesista, el intensivista y contra la propietaria de la clínica donde tuvo lugar la intervención. En primera instancia se desestima totalmente la demanda. En segunda instancia es estimada parcialmente; se condena solo al cirujano y se absuelve a los demás demandados. Interpuesto recurso de casación, el TS declara no haber lugar al mismo. En el recurso se denuncia infracción del artículo 1101 del Código Civil por indebida aplicación en relación con el 1544 del mismo Código, así como la doctrina legal concordante. El pronunciamiento de Tribunal es el siguiente: «Ante todo, hemos de hacer constar que el proceso a que este recurso se refiere se ha venido sustanciando, por así haberlo encauzado las partes en sus respectivos escritos rectores, y ha resuelto, como un supuesto de responsabilidad por culpa extracontractual, por lo que llama la atención que ahora en este motivo, por los preceptos que invoca como supuestamente infringidos, el recurrente plantea su tesis impugnatoria bajo la perspectiva de la culpa contractual. Si bien es cierto que el fallecido contrató directa y personalmente los servicios del cirujano..., lo que hace encajar este supuesto, en lo que respecta exclusivamente a dicho cirujano, en el ámbito de las relaciones contractuales, también lo es que no consta que hubiera concertado contrato alguno con el anestesista, ni con el intensivista, y como contra estos, los demandantes, también han dirigido su pretensión resarcitoria, la posible responsabilidad de los mismos (aunque luego denegada por las sentencias de instancia) es más bien de índole extracontractual, lo que entraña un supuesto de yuxtaposición de ambos tipos de responsabilidades (contractual y extracontractual), que no impide que los motivos integradores del presente recurso puedan ser examinados bajo la perspectiva impugnatoria que contienen, como inserta en el ámbito de la culpa contractual, ya que es doctrina de esta Sala, la de que, cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades (contractual y extracontractual) y da lugar a acciones que pueden ejercitarse alternativa y subsidiariamente, u optando por una o por otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que este aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello en favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible». El mismo pronunciamiento contiene la sentencia de 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885); en este caso se trataba de un accidente laboral y se concede la indemnización por culpa extracontractual. Por su parte, la sentencia del TS, de 4 de marzo de 2009, aún considerando que hay que aplicar a cada hecho dañoso la normativa correspondiente, contractual o extracontractual, manifiesta que «no cabe excluir la existencia de zonas mixtas, especialmente cuando el incumplimiento resulta de la reglamentación del contrato, pero se refiere a bienes de especial importancia, como la vida o la integridad física, que pueden considerarse objeto de un deber general de protección que puede traducirse en el principio llamado a veces doctrinal y jurisprudencialmente de unidad de la culpa civil».

tracontractuales<sup>119</sup>. Probablemente para evitar que, cuando se producen lesiones en las que no ha intervenido culpa por parte del profesional, la víctima se quede sin la correspondiente reparación<sup>120</sup>, o para conseguir que esta sea más amplia. Refiriéndose concretamente al contrato entre médico y paciente razonan de la siguiente manera: cuando el profesional no hace uso de los recursos propios de la *lex artis*, no se está incumpliendo una obligación específica con el paciente, sino unos imperativos legales y profesionales que constituyen auténticos deberes de importancia general frente al público. Así, DE ÁNGEL YAGÜEZ<sup>121</sup> opina que la división entre responsabilidad contractual y extracontractual se desvanece en materia de derechos de la personalidad. DÍEZ PICAZO<sup>122</sup> al hablar de la evolución y transformación del sistema tradicional en la reparación de los daños<sup>123</sup>, considera que este cambio puede deberse a dos factores, el origen de los daños, y la naturaleza de estos. Respecto del origen, encuadraría los derivados del maquinismo y del progreso tecnológico; en cuanto a los resultados, parece que debe referirse a todos aquellos casos en los que se produce un resultado de muerte o lesiones corporales. Puesto que es imperativo que todas las lesiones sean reparadas, y de algún modo todos somos culpables y partícipes de los daños y los riesgos, en su opinión, debería escindirse el derecho de daños en dos grandes sectores; en uno de los campos se encuadraría todos los actos lesivos con resultado de muerte o lesiones corporales, que se encontraría regido por los nuevos principios, esto es, llevando a una completa socialización de los riesgos, a un pago de las reparaciones por un organismo público y a medir cuidadosamente el derecho de regreso contra alguna persona individualizada. El otro seguiría rigiéndose por los principios tradicionales.

Como puede observarse, de una forma u otra, todos parecen inclinarse por la necesidad de que los daños corporales encuentren siempre una reparación, aún a costa de modificar los principios que tradicionalmente han regido las indemnizaciones de los perjuicios sufridos a consecuencia de un acto lesivo. Pues, en definitiva, los autores que defienden la aplicación de las normas extracontractuales cuando lo que se lesiona en el cumplimiento de un contrato es la integridad física, están tratando de reforzar las garantías para asegurar a la víctima el cobro de la indemnización. A la vista de este estado de cosas, tal vez no resulte aventurado decir que la normativa vigente sobre responsabilidad civil no responde a las actuales necesidades, pues resulta claramente insuficiente para dar solución adecuada a los problemas prácticos que pueden presentarse,

---

<sup>119</sup> YZQUIERDO TOLSADA, «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana...», *ob. cit.*, pág. 472; «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», *ob. cit.*, pág. 106. En parecido sentido se ha pronunciado el TS en la sentencia de 4 de marzo de 2009, anteriormente comentada.

<sup>120</sup> Aunque, según advierte DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, págs. 31 a 35, se ha ampliado de tal modo el concepto de culpa que se ha llegado a la deformación de su contenido, y para reparar daños resultantes de accidentes, se llega incluso a considerar que son «culpa» los simples errores insignificantes, fruto de una torpeza o un mal reflejo. Ante daños accidentales, y cuando las víctimas no han podido ampararse en un principio de responsabilidad sin culpa, los jueces —en ausencia de una verdadera culpa de conducta reprochable a su autor— se han dado por satisfechos con la existencia de simples «polvos de culpa».

<sup>121</sup> «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, pág. 28.

<sup>122</sup> «La responsabilidad civil hoy», *ob. cit.*, pág. 738.

<sup>123</sup> Véase también GUIDO CALABRESI, *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, Ed. Ariel, Barcelona, 1984, págs. 25 y sigs.

obligando de esta manera a forzar los argumentos para conceder una reparación que es justa pero que las normas en vigor impedirían obtener.

Debe ponerse de manifiesto que, a la vez que se pretende asegurar la reparación cuando de daños corporales se trata, incluso socializando los riesgos, también se propugna la existencia de topes a este tipo de indemnizaciones, es decir, de adoptar una fórmula para conseguir que las condenas se ajusten a criterios, si no de rigurosa igualdad, sí de una razonable armonía entre las soluciones judiciales de unos casos y de otros, para evitar que se concedan indemnizaciones de cuantía muy distinta en casos similares<sup>124</sup>.

## V. CONCLUSIONES

Como puede observarse, la doctrina está dividida respecto de cuál sea la tesis más adecuada para solucionar estos casos que pueden generar ambos tipos de responsabilidad. Tampoco el TS ha arrojado luz sobre el tema, elaborando una doctrina unitaria que pudiese proporcionar una cierta seguridad a la hora de decidir qué acción ejercitar en estos supuestos. Lo cierto es que la jurisprudencia ha sido vacilante, adhiriéndose, ora a una postura, ora a la otra, tratando de buscar la justicia material del caso concreto. La razón de esta falta de uniformidad se encuentra en la necesidad de resolver en justicia los distintos asuntos que se le someten.

Por eso, si el demandante ha sufrido un daño imputable al demandado y que debe ser resarcido, el TS suele darle la razón aún a costa de forzar los razonamientos jurídicos, llegando a mantener posturas contradictorias, pues, en unas sentencias se destacan las diferencias existentes entre ambos institutos de responsabilidad defendiendo la aplicación preferente de la normativa contractual con exclusión de la aquiliana, mientras que en otras se resalta los puntos de coincidencia en la medida en que ambas acciones responden a una misma finalidad reparadora siendo indiferente que el daño se produzca como consecuencia de una obligación preexistente, o que se trata de una violación de un deber genérico. Por ejemplo, en algunos casos en los que el daño producido no es consecuencia del incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, se argumenta que la responsabilidad es contractual, sobre todo si ha transcurrido el breve plazo de prescripción de la acción aquiliana; o, aunque exista vínculo contractual entre las partes y el daño se produzca como consecuencia del incumplimiento del deudor, se afirma que la responsabilidad es extracontractual, generalmente cuando lo que se lesionan son derechos de la personalidad para que el *quantum* indemnizatorio sea más elevado, pues se observa una tendencia a favorecer a la víctima<sup>125</sup>. Incluso, en ocasiones, ha empleado fórmulas a modo de cortinas de humo para no hacer patente su total contradicción con la postura mantenida en fallos anteriores.

A nuestro juicio, todo este estado de cosas es consecuencia de la duplicidad de regímenes de responsabilidad civil, pues, aunque en opinión de un importante sector de la doctrina estas diferencias son más aparentes que reales, lo cierto es

<sup>124</sup> Cfr. DE ÁNGEL YAGÜEZ, «Tratado de responsabilidad civil», *ob. cit.*, pág. 692; «Algunas previsiones...», *ob. cit.*, págs. 111 y sigs.

<sup>125</sup> Véase, en este sentido, las SSTS de 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3885) y 27 de junio de 1997 (*RJA*, núm. 5151).

que siguen estando ahí, y algunas son francamente significativas, como el distintivo plazo prescriptivo de la acción. ¿No resultaría más sencillo, e incluso más justo, unificar ambos regímenes? En definitiva, a nadie es lícito causar perjuicios a los demás, y si lo hace debe repararlos, con independencia de la existencia o no de una previa relación entre el causante del daño y el que ha sufrido el perjuicio. Así, este dispondría de una acción durante un determinado periodo de tiempo para pedir la indemnización y sin tener que tratar de encuadrarla en el ámbito de una concreta relación, o tratando de ignorar esta simplemente porque se quiere obtener un *quantum* más elevado, dando lugar a resultados, cuando menos, discutibles.

Suele decirse que una de las razones que permiten poner en tela de juicio la noción misma de la responsabilidad civil es la difuminación de los criterios diferenciales entre ambos tipos de responsabilidad; pero lo que también parece claro, es que si esas diferencias han tenido que ir atenuándose es porque, evidentemente, el mantenimiento de las mismas no resultaba viable, no satisfacía las necesidades de una época en que las relaciones sociales se han hecho muy complejas, los riesgos se incrementan y, en consecuencia, también las posibilidades de ocasionar daños, aunque el actuar del dañador haya sido diligente<sup>126</sup>. Indemnizar a la víctima por los perjuicios sufridos se convierte en una exigencia, y ello, con independencia de la culpa del causante de aquellos; de ahí que para conceder la justa reparación del perjuicio haya que recurrir a suavizar el concepto de culpa, ampliándolo; se invierte la carga de la prueba<sup>127</sup>; para asegurar el cobro de la indemnización y que esta sea lo más completa posible, si lo que se lesionan son derechos de la personalidad, aunque exista contrato entre las partes se recurre a la responsabilidad extracontractual, etc. Pero ocurre que la difuminación de las diferencias no supone su eliminación, y el mantenimiento de las que todavía existen (por ejemplo, el plazo de un año, o quince para la prescripción de las acciones) son las que provocan la necesidad de recurrir a

---

<sup>126</sup> Cfr. DÍEZ PICAZO, «La responsabilidad civil hoy», *ob. cit.*, págs. 731 y sigs. SANTOS BRIZ, «La responsabilidad civil», *ob. cit.*, págs. 9 y sigs. DÍAZ-AMBRONA BARAJÍ, «La responsabilidad por acto ilícito en el área del Código Civil español, con especial referencia a la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», en *La responsabilità civile da atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, Ed. G. Giappichelli Editore, Torino, 1995, pág. 205; «La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, ed. Uned, Madrid, 2000, págs. 39 y sigs.

<sup>127</sup> En este sentido se refieren a la evolución del concepto de culpa las SSTS de 29 de junio de 1990 (*RJA*, núm. 4945); la de 18 de noviembre de 1994 (*RJA*, núm. 9322), en la que se reconoce que la jurisprudencia de esta Sala ha evolucionado en el sentido de objetivizar la responsabilidad extracontractual, aunque el cambio se ha hecho moderadamente, recomendando una inversión de la carga de la prueba y acentuando el rigor de la diligencia requerida, según las circunstancias del caso, de manera que ha de extremarse la prudencia para evitar el daño...», así pues, en definitiva, la doctrina de la Sala ha ido evolucionando hacia una minoración del culpabilismo originario, hacia un sistema que, sin hacer plena abstracción del factor moral o psicológico y del juicio de valor sobre la conducta del agente, viene a aceptar soluciones cuasiobjetivas, demandadas por el incremento de las actividades peligrosas propias del desarrollo tecnológico y por el principio de ponerse a cargo de quien obtiene el beneficio o provecho, la indemnización del quebranto sufrido por el tercero, habiéndose producido el acercamiento a la responsabilidad por riesgos...». Sobre la evolución de la jurisprudencia en este aspecto, véase DÍAZ-AMBRONA BARAJÍ, *ob. cit.*, págs. 208-210, 220-222; «La responsabilidad extracontractual...», *ob. cit.*, pág. 61. También CAVANILLAS MÚGICA-TAPIA FERNÁNDEZ, *ob. cit.*, pág. 21.

forzar los argumentos en más de una ocasión para poder conceder a la víctima la indemnización a la que tiene derecho. Esto, lógicamente, provoca una gran inseguridad jurídica, pues nunca se sabe a ciencia cierta qué acción ejercitar<sup>128</sup>, y si la misma prosperará o no, pese a ser, a primera vista, la correcta; pues ya se ha tenido ocasión de comprobar que en algunos casos la realización de un acto dañoso se ha considerado incumplimiento contractual, y en otros, la misma infracción se estimó generadora de responsabilidad extracontractual, lo que no ocurriría si no existiesen esas diferencias.

## VI. BIBLIOGRAFÍA

- ALBALADEJO GARCÍA: *Derecho Civil*, II, vol. 1.º, ed. Bosch, Barcelona, 1997.
- ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa «in contrahendo»*, ed. Universidad del País Vasco, Bilbao, 1989.
- BERCOVITZ, R.: «Comentario de la STS de 14 de octubre de 1986», en *CCJC*, 1983.
- BLANCO GÓMEZ: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso. Problemática en Derecho Sustantivo español*, ed. Dykinson, Madrid, 1996.
- «Comentario de la STS de 16 de mayo de 1968», en *CCJC*, 1988.
- CAVANILLAS MÚGICA y TAPIA FERNÁNDEZ: *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, ed. Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1992.
- CLAVERÍA GOSÁLVEZ: «La responsabilidad civil contractual y extracontractual», en *Academia Sevillana del Notariado*, t. IV, 1991.
- DE ÁNGEL YACÚEZ: *Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil*, ed. Civitas, Madrid, 1995.
- *Tratado de Responsabilidad Civil*, ed. Civitas, Madrid, 1993.
- *La responsabilidad contractual y extracontractual*, vol. I, ed. Reus, Madrid, 1993.
- *Comentario del Código Civil*, t. II, dirigido por PAZ ARES, DÍEZ-PICAZO, SALVADOR CODERCH y BERCOVITZ, Ministerio de Justicia, Madrid, 1993.
- DE COSSÍO: «La causalidad en la responsabilidad civil: Estudio del Derecho español», en *ADC*, 1966.
- *Instituciones de Derecho Civil*, t. I, ed. Civitas, Madrid, 1988.
- DELGADO ECHEVERRÍA, en LACRUZ y otros: *Elementos de Derecho Civil*, II, vol. I, ed. Bosch, Barcelona, 1994.
- DÍAZ-AMBRONA BARDAJÍ: «La responsabilidad por acto ilícito en el área del Código Civil español con especial referencia a la jurisprudencia de la Sala primera del Tribunal Supremo», en *La responsabilità civil eda atto illecito nella prospettiva storico-comparatistica*, ed. G. Giapichelli Editore, Torino, 1995.
- «La responsabilidad extracontractual en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», en *Cuestiones sobre responsabilidad civil*, ed. UNED, 2000.
- DÍEZ-PICAZO y GULLÓN: *Sistema de Derecho Civil*, vol. II, ed. Tecnos, Madrid, 1995.
- DÍEZ-PICAZO: *Fundamentos de Derecho Civil Patrimonial*, I, Civitas, Madrid, 2007.
- «La responsabilidad civil hoy», en *ADC*, 1979.

<sup>128</sup> De la jurisprudencia del TS se desprende que en caso de duda, pueden ejercitarse ambas acciones de forma alternativa. Véase, en este sentido, las sentencias de 1 de febrero de 1994 (*RJA*, núm. 855); 1 de junio de 1996 (*RJA*, núm. 4775); 16 de diciembre de 1996 (*RJA*, núm. 8971); 19 de mayo de 1997 (*RJA*, núm. 3886).

- *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, ed. Tecnos, Madrid, 1979.
- FERNÁNDEZ COSTALES: *La responsabilidad médica y hospitalaria*, ed. Edilex, Madrid, 1987.
- FUENTES PÉREZ: «Conjunción de responsabilidad contractual y extracontractual provenientes de un mismo hecho dañoso», en *Revista de Derecho de la Circulación*, 1965.
- GARCÍA VALDECASAS: «El problema de la acumulación de responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español», en *RDP*, 1962.
- GUIDO CALABRESI: *El coste de los accidentes. Análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*, ed. Ariel, Barcelona, 1984.
- JORDANO FRAGA, «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», en *RCDI*, 1985.
- *La responsabilidad contractual*, ed. Civitas, Madrid, 1987.
- LASARTE ÁLVAREZ: «Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación (en torno a la sentencia del TS de 27 de enero de 1977)», en *RDP*, 1980.
- *Principios de Derecho Civil*, t. II, ed. Marcial Pons, 2012.
- LASARTE ÁLVAREZ, LÓPEZ PELÁEZ y MORETÓN SANZ: *El ámbito de la responsabilidad en los centros docentes*, Madrid, 2007.
- MANZANARES SECADAS: «La naturaleza de la responsabilidad precontractual o culpa in contrayendo», en *ADC*, 1985.
- MARTÍNEZ MARTÍN: «Comentario de la STS de 10 de junio de 1991», en *CCJC*, 1991.
- MIQUEL GONZÁLEZ: «La responsabilidad contractual y extracontractual; distinción y consecuencias», en *Responsabilidad Civil*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1993.
- MORETÓN SANZ: «Cuestiones sobre la responsabilidad patrimonial y el servicio de atención residencial suministrado en régimen público y en régimen de concesión: vis atractiva del orden contencioso versus vis residual de la jurisdicción civil», en *RCDI*, 731, 2012, págs. 1716 y 1717, nota 26.
- MORETÓN SANZ y LÓPEZ PELÁEZ: «La objetivación de la responsabilidad patrimonial de las administraciones: acoso escolar, causa adecuada y daño moral en centros docentes», en *RCDI*, 726, 2011, págs. 2331-2347.
- PANTALEÓN PRIETO, «Comentario de la STS de 19 de junio de 1984», en *CCJC*.
- «Comentario de la STS de 10 de mayo de 1984», en *CCJC*, 1984.
- «El sistema de responsabilidad contractual», en *ADC*, 1991.
- PASCUAL ESTEVILL: *La responsabilidad extracontractual, aquiliana y delictual*, t. II, vol. 2, ed. Bosch, Barcelona, 1990.
- «La responsabilidad extracontractual, aquiliana y delictual», en *La Ley*, 1991.
- PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho Civil*, t. II, vol. 3, ed. Bosch, Barcelona, 1983.
- REAL PÉREZ: «Comentario de la sentencia de 22 de febrero de 1991», en *CCJC*.
- ROGEL VIDÉ: *La responsabilidad civil extracontractual*, ed. Civitas, Madrid, 1977.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ: «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y extracontractual», en *RDP*, 1972.
- SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil*, I, ed. Montecorvo, Madrid, 1991.
- YZQUIERDO TOLSADA: «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderna unificación», en *RCDI*, 1991.
- *Responsabilidad contractual y extracontractual*, ed. Reus, 1993.
- ZUBIRI DE SALINAS: *La responsabilidad civil del transportista en el contrato de pasaje marítimo*, ed. Bosch, Barcelona, 1995.

## VII. ÍNDICE DE RESOLUCIONES CITADAS

- STS de 30 de abril de 1959.
- STS de 28 de diciembre de 1964.
- STS de 5 de febrero de 1973.
- STS de 20 de febrero de 1981.
- STS de 28 de marzo de 1983.
- STS de 26 de enero de 1984.
- STS de 9 de junio de 1984.
- STS de 9 de julio de 1984.
- STS de 19 de junio de 1984.
- STS de 16 de diciembre de 1986.
- STS de 16 de mayo de 1988.
- STS de 7 de febrero de 1990.
- STS de 27 junio de 1990.
- STS de 29 de junio de 1990.
- STS de 17 de diciembre de 1990.
- STS de 22 de febrero de 1991.
- STS de 10 de junio de 1991.
- STS de 11 de octubre de 1991.
- STS de 11 de febrero de 1992.
- STS de 1 de febrero de 1994.
- STS de 14 de febrero de 1994.
- STS de 14 de noviembre de 1994.
- STS de 18 de noviembre de 1994.
- STS de 23 de noviembre de 1994.
- STS de 18 de octubre de 1995.
- STS de 24 de noviembre de 1995.
- STS de 1 de junio de 1996.
- STS de 15 de junio de 1996.
- STS de 8 de julio de 1996.
- STS de 21 de noviembre de 1996.
- STS de 16 diciembre de 1996.
- STS de 19 de mayo de 1997.
- STS de 27 de junio de 1997.
- STS de 8 de abril de 1999.
- STS de 23 de diciembre de 2004.
- STS de 29 de noviembre de 2005.
- STS de 25 de enero de 2006.
- STS de 12 de junio de 2007.
- STS de 22 de octubre de 2007.
- STS de 13 de marzo de 2008.
- STS de 18 de julio de 2008.
- STS de 4 de marzo de 2009.
- STS de 7 de octubre de 2010.

RESUMEN

**RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL  
Y EXTRACONTRACTUAL  
DAÑOS Y PERJUICIOS E  
INDEMNIZACIÓN Y REPARACIÓN**

Como de todos es sabido, la responsabilidad civil, entendida como necesidad de reparar los daños ocasionados a una persona, puede, y de hecho tiene, distinto origen: contractual, producida por el incumplimiento o defectuoso cumplimiento de un contrato por una de las partes, o extracontractual. En este caso, no existe vínculo entre las partes, incluso puede que ni se conozcan, pero una causa un daño a la otra que debe ser reparado. Pese a que en ambos tipos de responsabilidad la obligación del causante del perjuicio debe repararlo, lo cierto es que son objeto de distinta regulación, lo que provoca que al perjudicado no le sea indiferente reclamar la indemnización por una u otra vía. A primera vista pudiera pensarse que la elección es sencilla; si hay contrato entre las partes, lo procedente es ejercitar la acción de responsabilidad contractual, cuyo plazo de prescripción es de quince años y, caso contrario, la responsabilidad extracontractual, cuya acción prescribe al año de producirse el evento dañoso. Pero se da la circunstancia de que existen zonas de dudosa contractualidad, donde no está claro si el daño se produce dentro de la rigurosa órbita del contrato, como exige el TS para poder reclamar contractualmente o, si por el contrario hay que ejercitar la acción de responsabilidad extracontractual. A las anteriores evidencias, se añade que en la responsabilidad extracontractual la cuantía de la indemnización suele ser mayor que la otorgada en los supuestos de responsabilidad contractual. Por otra parte, un mismo evento dañoso puede dar lugar a la vulneración del principio neminem laedere e implicar, al tiempo, un incumplimiento contractual dando

ABSTRACT

**CONTRACTUAL AND  
EXTRACONTRACTUAL LIABILITY  
DAMAGES AND INDEMNIFICATION  
AND REPARATION**

As we all know, civil liability, meaning the need to repair damage done to a person, can and in fact does have different origins; it may be contractual, caused by a party's breach or defective performance of a contract, or it may be extracontractual. In the latter case, there is no link between the parties. They may not even know each other. Even so, one does damage to the other that must be repaired. Although in both types of liability it is the obligation of the person doing the damage to repair it, the fact is that the two types of liability are regulated differently, which means the channel through which the damaged party claims indemnification matters. At first sight, the choice might be thought to be a no-brainer. If there is a contract between the parties, the right thing to do is take action for contractual liability, which has a 15-year statute of limitations. Otherwise, the correct course is to take action for contractual liability, which one can do up to one year after the harmful event occurred. But it so happens that there are grey areas where it is not clear whether the damage was done within the strict orbit of a contract (as the Supreme Court requires in order for contractual liability to be claimed) or, on the contrary, extracontractual liability action is the way to go. To this we add, as further evidence, that the amount of the indemnity in extracontractual liability is usually larger than in contractual liability. Furthermore, the same harmful event may give rise to a violation of the rule of *neminem laedere* and involve, at the same time, a breach of contract that gives rise to a whole conjunction of liabilities, making it hard to choose which type of legal ac-

*lugar a una conjunción de responsabilidades, que dificulta la elección de la acción a ejercitar. Esta dualidad de regulaciones supone en la práctica numerosos conflictos a evidenciar en este trabajo tras un detenido análisis de la jurisprudencia, así como de las aportaciones doctrinales en la materia.*

*tion to take. The upshot of the duality of regulations involved is that there are numerous conflicts, as shown by this paper, which gives a thorough analysis of the pertinent case law and the contributions of legal thought.*