

La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. LA CONOCIDA POLÉMICA SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA DISTINCIÓN: 1. EXAMEN DE LOS CONCEPTOS. 2. LAS ACALORADAS DISCUSIONES DOCTRINALES. POSICIONES DUALISTAS Y POSICIONES MONISTAS. 3. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. RAZONES PARA UNA "MODERADA" UNIFICACIÓN.—II. REQUISITOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL: 1. QUE EXISTA UN CONTRATO: A) El caso de la *relación jurídica precedente análoga*. En particular, el transporte de favor; B) La responsabilidad procedente del *cuasicontrato*; C) El daño *"in contrahendo"*; D) El *daño postcontractual*. 2. QUE EL CONTRATO SEA VÁLIDO. 3. QUE EL CONTRATO VINCULE AL RESPONSABLE CON LA VÍCTIMA: A) La estipulación en favor de un tercero y el contrato en daño de tercero; B) Víctima causahabiente de uno de los contratantes; C) Causahabientes a título particular; D) Responsabilidad de los terceros para con los contratantes. 4. QUE EL DAÑO RESULTE DEL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO. LAS LLAMADAS "OBLIGACIONES DE SEGURIDAD": A) Casos en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca; B) Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en los bienes de la personalidad; C) Casos en los que el daño tiene lugar por el incumplimiento de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato.—III. ¿PUEDE UN DAÑO SER CONSIDERADO CONTRACTUAL Y EXTRA-CONTRACTUAL AL MISMO TIEMPO? EL PROBLEMA DE LA CONJUNCIÓN DE RESPONSABILIDADES: 1. TEORÍA DEL CONCURSO DE PRETENSIONES: A) Teoría de la opción; B) Teoría de la absorción o incompatibilidad. 2. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS.

I. INTRODUCCIÓN. LA CONOCIDA POLÉMICA SOBRE LA ACTUALIDAD DE LA DISTINCIÓN

1. EXAMEN DE LOS CONCEPTOS

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

A) En ocasiones se trata de supuestos en los que, encontrándosese varias personas vinculadas por una relación obligatoria, una de las partes incumple aquello a lo que se encontraba comprometida. Es el daño que el inquilino causa al casero cuando no paga el alquiler, o el que el vendedor ocasiona al comprador al no proporcionarle el goce pacífico de la cosa vendida; es el daño producido al prestamista cuando no se le devuelve a tiempo la cantidad prestada con sus intereses, o al depositante cuando el depositario negligente produjo menoscabos en la cosa objeto del contrato. Se habla aquí de **responsabilidad civil contractual**: el hecho dañoso viene producido *precisamente* como resultado del incumplimiento de un convenio, y viene a menoscabar *precisamente* el patrimonio de un acreedor que ya se encontraba determinado de antemano. El clásico principio romano del *noeminem loedere* se traduce aquí en un no dañar a *este* concreto acreedor. La consagración legal de esta forma de responsabilidad se encuentra en España contenida en el artículo 1.101 del Código Civil: "quedan sujetos a la indemnización de daños y perjuicios causados los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren al tenor de aquéllas" .

B) Otras veces la obligación de resarcir surge entre personas que no se encontraban vinculadas por una relación previa. Dicho de una manera deliberadamente poco técnica, las partes *se conocen* a través del hecho dañoso: es el accidente de tráfico, la cosecha que se pierde por efecto de la contaminación producida en el río por los residuos tóxicos vertidos por una fábrica, el avión que cae sobre una vivienda o la intoxicación de cientos de consumidores por la defectuosa fabricación de un determinado producto. Es la llamada **responsabilidad civil extracontractual**, también denominada *delictual* —recuérdese que en la vieja clasificación de Gayo se contraponía el delito al contrato como fuente de obligaciones— o aquiliana, en recuerdo de la *Lex Aquilia de damno*, que en el año 408 sancionó a Roma este tipo de responsabilidad. En ella el acreedor no es una persona concreta y determinada (lo será desde el acaecimiento del evento dañoso), por la sencilla razón de que el deber de no dañar no vinculaba al hoy agresor sino con la totalidad de una que por acción u omisión causa daño a otro, interviniendo culpa o negligencia, está obligado a reparar el daño causado" (art. 1.902 Código Civil).

Ni que decir tiene que la distinción, al menos desde el punto de vista puramente ontológico, es mayoritariamente aceptada, al menos en lo que tiene de valor didáctico (ya que en las cuestiones concretas que plantea la distinción la polémica doctrinal es enorme, como tendremos ocasión de comprobar), e incluyendo, cómo no, a la jurisprudencia del Tribunal

Supremo. Por todas, la Sentencia de 19 de junio de 1984 (ref. núm. 3250) indica que "la culpa extracontractual se diferencia de la contractual en que aquélla presupone un daño con independencia de cualquier relación jurídica anterior entre las partes, fuera del deber genérico y común de todos los hombres del *alterum non laedere*, mientras que la segunda presupone una relación preexistente que ordinariamente es un contrato". Ciertamente es que en ambos tipos de responsabilidad subyace un deber preexistente, pues cada persona se encuentra obligada no sólo a cumplir las obligaciones con otros convenidas, sino también a no perjudicar derechos subjetivos ajenos; pero está claro que mientras en un caso el deber es específico, en el otro recae en la generalidad de los individuos.

En lo que ya no hay tanta unanimidad es en la cuestión terminológica. Y es que, a pesar de ser dos las especies de **responsabilidad civil**, se usa comúnmente de esta expresión para referirse solamente a la responsabilidad civil extracontractual. Son pocos los que adjetivan el término, como si no fuese comprensivo de las dos esferas (1).

(1) Un ejemplo, MAZEAUD. *Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947. Así, entre nosotros, el autor más reconocido en la materia la admite como expresión "un tanto ambigua pero ya clásica", y de esta forma titula su importantísima obra: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1988. Y con él, tantos otros; por todos, SANTOS BRIZ: *La responsabilidad social. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, y CAVANILLAS MUGICA. *La transformación de la responsabilidad civil en la jurisprudencia*, Pamplona, 1987. También así en Francia, desde los clásicos PLANIOL, RIPERT y ESMEIN (dentro del t. VI de su *Traite pratique de Droit civil français*, Paris, 1930, págs. 658 y sigs.), o SAVATIER (*Traite de la responsabilité civile en Droit français*, Paris, 1951), hasta, más modernamente, TUNC: *La responsabilité civile*, Paris, 1981. Matizando más, hay quien habla de **responsabilidad civil extracontractual** (así, AUBRY y RAU decían "De la responsabilité civile en dehors des contrats", en el *Cours de Droit civil français*, t. VI, Paris, 1920; entre nosotros, ROGEL VIDE: *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976), o **aquiliana**, o quien prefiere poner el énfasis no en la obligación de resarcimiento, sino en la culpa (**culpa extracontractual o aquiliana**), fijando así la atención en el carácter de la conducta del infractor (COLOMBO: *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, Buenos Aires, 1965). Los hay que prefieren hablar del **Derecho de daños**, fuertemente inspirados en el *Law on Torts* anglosajón, que se contraponen al *Law on Contracts* (SANTOS BRIZ. *Derecho de daños*, Madrid, 1963), en terminología también ambigua, pues también es *daño* el *daño contractual*, o de **hechos ilícitos** (VON THUR, dentro del 1.1 del *Tratado de las obligaciones*, trad. de W. Roces, Madrid, 1934, págs. 263 y sigs.; GIORGI, vol. 5.º de *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, trad. de Dato Iradier, Madrid, reimp. 1980), término con el que tampoco simpatizamos, pues no menos hecho ilícito es el incumplimiento de un contrato. El término que ya va quedando olvidado es el de **cuasidelito**, que tanto se usó como obsequio a la tradición romana (COLÍN y CAPITANT, en el t. IV de su *Cours élémentaire de Droit civil*, Paris, 1948; DE RUGGIERO, en el t. II, vol. 1.º de sus conocidas *Instituciones de Derecho civil*, trad. de Serrano Suárez y Santa-Cruz Teijeiro, Madrid, reimp. 1977).

Distinta postura mantiene O'CALLAGHAN, autor para quien, si en la responsabilidad contractual nos encontramos ante la consecuencia del incumplimiento de una obligación, en la extracontractual no estamos propiamente ante una auténtica responsabilidad, sino

2. LAS ACALORADAS DISCUSIONES DOCTRINALES. POSICIONES DUALISTAS Y POSICIONES MONISTAS

Por clara que resulte la distinción que nos ocupa, lo cierto es que sobre ella se ha edificado desde hace algo más de un siglo una de las más vivas y conocidas polémicas del Derecho civil. La existencia, en efecto de dos normativas en el Código de Napoleón, llevo a SAINCTELETTE a proponer en 1884 una larga serie de diferencias absolutamente irreducibles entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Ello hasta el punto de sugerir un nombre distinto para cada una: garantía y responsabilidad, respectivamente. Las relaciones jurídicas estarían así reguladas por dos conceptos diversos y opuestos: la *ley*, por una parte, como norma expresiva de la voluntad general, y de cuya contravención nace la ofensa y la genuina responsabilidad (como auténtica cuestión de orden público); y el *contrato*, por otro, resultado de la voluntad individual creadora de los deberes rectores de las propias conductas de los particulares (cuestión de orden privado) y que, al violarse, origina una obligación distinta de la primitivamente asumida.

Tanto éxito encontraron las enseñanzas de este autor que los partidarios de esta tesis dualista estudiaron la primera de las fuentes aludidas en la sede propia de las *fuentes de las obligaciones*, relegando la segunda (la garantía) a los capítulos de sus tratados alusivos a los *efectos de las obligaciones*. GIORGI dirá que la culpa contractual y la extracontractual difieren en cuanto a su objeto: la obligación violada con la primera nace

ante un hecho ilícito dañoso que genera por sí solo una obligación autónoma, cuyo objeto (prestación) sería la reparación. Si la responsabilidad es una noción que precisa de una obligación anterior incumplida, en el terreno extracontractual este requisito no se da. *Los presupuestos de la obligación nacida de acto ilícito: la objetivación de la llamada responsabilidad extracontractual*, A.C., 1987, págs. 1 y sigs. Muy purista el razonamiento, que no hace sino volver a plantear que el artículo 1.089 del Código Civil no contiene propiamente una clasificación de las fuentes de las obligaciones: éstas nacen del acuerdo de voluntades (contratos) o de la ley (actos ilícitos no contractuales, entre otras cosas), como ya hace años dijo FERRANDIS VILELLA en *Una revisión crítica de la clasificación de las fuentes de las obligaciones*, A.D.C., 1958, págs. 115 y sigs. Pero, como indica DE ÁNGEL, tal vez incurra el argumento de O'CALLAGHAN, en una petición de principio: si partimos de la existencia del imperecedero deber general de no dañar, el lenguaje, no por profano incorrecto, atribuye la responsabilidad al incumplimiento de dicha obligación general. De ahí el éxito que el vocablo "responsabilidad civil" tiene en todos los ámbitos jurídicos, periodísticos, aseguratorios, etc.

En una palabra, por comodidad, cuando se habla de "responsabilidad civil" sin más adjetivos, se entiende que nos referimos a la responsabilidad civil extracontractual, que conoce como términos sinónimos los de "responsabilidad por daños", "aquiliana", "delictual" (matizando más, "cuasidelictual") o "por hechos ilícitos".

de un contrato, y presupone por lo tanto un pacto preexistente que determina la naturaleza particular y la extensión de la obligación, y que, como tal pacto, puede contener hasta una graduación de la culpa; de ahí la necesidad de reglas específicas relativas a la culpa contractual. No ocurre esto, en cambio, cuando falta el contrato y la culpa proviene *ex nunc* de la obligación social de no ofender. Faltando el pacto, y faltando con ello la correlatividad de las prestaciones, se aleja toda posibilidad de graduación acordada por las partes. Y de ahí —precisaba— que aparte de las reglas comunes a todas las culpas, contractuales o extracontractuales, deban existir reglas particularmente aplicables a la culpa contractual (2).

Poco tiempo después de publicada la obra de SAINCTELETTE surgieron las críticas a las teorías dualistas. En efecto, dos años más tarde LEFEBVRE mantuvo que ni desde el punto de vista de los textos legales ni desde el puramente ontológico se aprecian las diferencias entre ambos tipos de responsabilidad. La expresión responsabilidad contractual vendría a ser "una forma viciosa y errónea del lenguaje". La responsabilidad contractual no encuentra su cobijo en la violación de las reglas de conducta que las partes establecieron al hacer uso de su libertad contractual: si existe autonomía de la voluntad, no es para que esta voluntad pueda "crear derechos" por sí sola o por sí misma, al margen de lo dispuesto por la ley. Lo que existe no es tanto "autonomía de la voluntad" como "libertad contractual": hay ciertas reglas en el derecho positivo que se imponen necesariamente a todos, y otras que se imponen sólo a aquellos que lo deseen y en la medida en que lo deseen y hayan hecho constar su manifiesta voluntad; no se trata así de derechos creados por la voluntad, sino por la propia ley —eso sí— a través de la voluntad. *Cum volúntate*, pero no *ex volúntate*, vendría a decir gráficamente GOUNOT.

Por otra parte, y siempre según este parecer, a quienes entendían que en la responsabilidad contractual existe un vínculo previo, advierte CARNELUTTI que también hay vínculo previo en la extracontractual, por

(2) Se alinean en las posiciones dualistas los estudios de SAINCTELETTE: *De la responsabilité et de la garantie*, Bruxelles, 1884; MARCADE: *Explication théorique et pratique du Code Napoléon*, t. V, pág. 281; Huc: *Commentaire théorique et pratique du Code Civil*, Paris, 1894-1895, t. VII, págs. 142 y sigs., y t. VIII, págs. 560 y sigs.; AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français d'après la méthode de Zachariae*, t. VI, París, 1902, págs. 371 y sigs.; DEMOLOMBE: *Cours de Code Napoléon*, t. XXXI, Paris, 1927, págs. 407 y sigs.; JOSSERAND: *Corus de Droit civil positif français*, t. II, Paris, 1933, págs. 257 y sigs.; SAVATIER: *Traite de la responsabilité civile en Droit français*, t. I, Paris, 1951, págs. 139 y sigs.; GIORGI: *Teoría de las obligaciones en el Derecho moderno*, t. V, Madrid, 1909, pág. 207 (hay reimpresión de la segunda edición, traducida de la séptima italiana, Madrid, 1980); CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno*; culpa extracontractual, t. 1, trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978, pág. 59; POLACCO: *La obbligazioni nel diritto civile italiano*, Roma, 1915, pág. 393.

lo cual resulta simplista pretender que ésta nace directamente de la culpa y aquélla del contrato: el *naeminem laedere* es algo más que una forma de ilusionar a los juristas, pues de él derivan deberes concretos; no puede existir culpa sin deber previo", por más que en un caso (contrato) esté claramente diferenciada la norma básica y la sanción y en otro (culpa aquiliana) la norma básica que se viola esté presupuesta por la ley. La diferencia es a su juicio externa, pero idéntico el mecanismo: la culpa no crea, sino que *modifica* una obligación preexistente.

Máximo representante de esta forma de razones fue GRANDMOULIN. Para él, la ley y el contrato están filosófica y jurídicamente unidos por una misma concepción: por un lado, la ley es manifestación de un acuerdo de voluntades de individuos cuyo agrupamiento crea un Estado; por otro, el contrato es ley entre las partes. "¿No es terminante y formal el artículo 1.134 del Code (1.091 de nuestro Código Civil) en este aspecto?" Podría decirse de seguir esta línea, con AUBIN, que la ley es un contrato público o que el contrato es una ley privada. Por otra parte —añade GRANDMOULIN—, cuando acaece la ilicitud, la obligación inicial, nazca de la ley o del contrato, se extingue automáticamente por imposibilidad de su objeto, y la obligación de reparar ya no deriva de la deuda primitiva, sino de la responsabilidad por el hecho ilícito de los artículos 1.382 y siguientes (nuestros 1.902 y sigs.), absolutamente autónoma. En una palabra, se produce un fenómeno próximo, cuando no idéntico, al novatorio extintivo; luego tanto en la responsabilidad extracontractual como en la contractual se trata de la transformación de un vínculo previo —ley o contrato— en otro diferente y de nuevo nacimiento (3).

3. EL ESTADO ACTUAL DE LA CUESTIÓN. RAZONES PARA UNA "MODERADA" UNIFICACIÓN

Hay que reconocer el mérito de estas ideas, consistente en poner de manifiesto los vicios de las doctrinas dualistas, que a partir de entonces sería defendida con criterios mucho menos radicales. Sin embargo, no

(3) La tesis de la unidad fue acogida por primer vez por LEFEBVRE: "De la responsabilité délictuelle et contractuelle", en *Revue Critique de Legislation et Jurisprudence*, Bruxelles, 1886, págs. 485 y sigs.; CARNELUTTI: "Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale", en *Rivista di Diritto Commerciale*, 1912—II, págs. 743 y sigs.; GRANDMOULIN: *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violations des obligations contractuelles*, Rennes, 1892, págs. 4 y sigs.; AUBIN: *Responsabilité délictuelle et responsabilité contractuelle*, Bordeaux, 1897; GOUNOT: *De l'autonomie de la volonté*, Dijon, 1912, especialmente págs. 333 y sigs.; POPESCO-ALBOTA: *Le droit d'option (le problème des deux ordres de responsabilité civile contractuelle et délictuelle)*, Bucarest, 1933. En su momento tuvo gran repercusión la "Nota" de ESMEIN, en *Dalloz périodique*, 2, Paris, 1896, pág. 457.

debe tampoco llegarse al extremo de identificar ambas clases de responsabilidad incluso desde su origen. No es posible afirmar que la ley sea, como el contrato, la expresión directa de la voluntad individual. La teoría del contrato social y la concepción democrática del gobierno no pueden nunca ser llevadas al extremo de considerar que la ley se forma por un concurso de voluntades similar al que da origen a la convención. Ni tampoco es exactamente cierto que el contrato sea una ley; más bien se trata de que los redactores del Código francés (y a semejanza, los de muchos otros Códigos, como el nuestro), deseosos de dar un término que expresara comparativamente y de manera gráfica y contundente, la intensidad del vínculo contractual, no encontraron otro —ni creo que lo haya— más preciso que el de ley: de la misma forma que la ley vincula a los subditos de un Estado con éste, de esa misma forma vincula, y con igual intensidad, el contrato a las partes que lo celebraron. Por la misma razón, creo que no es cierto que cuando el contrato se incumple la responsabilidad subsiguiente es autónoma y nace de la ley: la primitiva obligación no se extingue, sino que se modifica o transforma en el pago de la indemnización de daños y perjuicios (así, arts. 1.302 del Código francés, 1.101 y 1.182 del español). Y ese deber de pago no surge *ex novo*, sino como consecuencia del propio contenido de la convención, siendo algo ínsito al propio contrato y a sus cláusulas. En definitiva, el artículo 1.902, a pesar de contener un mandato genérico y, como tal, común, no es un principio de responsabilidad que funcione incluso en el orden contractual, sino más bien una norma específica que se aplicará cuando no haya contrato.

No obstante, de esta crítica de las tesis monistas no debe deducirse que existan entre una y otra responsabilidad diferencias irreductibles. Todo lo contrario; es más, cada vez van siendo más los autores que entienden que debería caminarse hacia una unificación de regímenes que, aun distinguiendo entre las obligaciones contractuales y las extracontractuales en cuanto a su origen o fuente, concibiese las diferencias de régimen jurídico como algo de puro matiz. No es éste el momento de abordar el examen de la larga serie de diferencias que se aprecian, particularmente en los Códigos de corte romano, en esta duplicidad normativa, pues sería tanto como acometer aquí el estudio completo de las dos esferas de la responsabilidad (4). Sí se puede decir como anticipo que muchas de las diferencias son

(4) Una síntesis completa de las diferencias puede verse en ALTERINI: *Responsabilidad civil*, Buenos Aires, 1987, págs. 35 y sigs.; BUERES y VÁZQUEZ FERREYRA expusieron documentalmente tales diferencias en sus respectivas ponencias presentadas a las Jornadas de responsabilidad civil celebradas en Cáceres diciembre de 1987. Por mi parte, traté de las más sobresalientes diferencias en *La responsabilidad civil del profesional liberal Teoría general*, Madrid, 1989, págs. 199 y sigs.

más ficticias que reales, debiéndose en su gran mayoría más a soluciones judiciales de *pretendida* equidad que a fallos propiamente jurídicos.

Vaya por delante que es tradicional el que los tribunales dispensen un trato de favor muy claro a la víctima del daño extracontractual. Si entre el autor de un daño y la víctima del mismo no existía contrato, el alcance del resarcimiento viene a ser casi inexorablemente integral. Pero el montante de la indemnización será normalmente menor si *ese mismo* daño se ocasiona como consecuencia de un incumplimiento contractual. Parece como si el hecho de existir un convenio entre las partes sugiriera al juez que los contratantes han conversado sobre su conveniencias, han aclarado sus propósitos, han tenido ocasión de agravar, limitar o excluir determinados aspectos de la responsabilidad, de escoger incluso a otra persona de más confianza; "se han visto las caras", en una palabra, pudiendo prever los riesgos y las consecuencias del hipotético incumplimiento... todo lo cual, obviamente, no sucede en los supuestos de daños extracontractuales. Si ante un daño derivado de contrato se tiende a resarcir solamente de las consecuencias que fueron *previstas* resultaban *previsibles* en el momento de concertar la obligación (siempre que no haya mediado dolo en el incumplimiento, como se verá al analizar el art. 1.107 CC), el resarcimiento del daño no contractual va normalmente a abarcar a *todas* las consecuencias conocidas. Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata con una persona el cuidado y alimentación de sus caballos y comprueba cómo la negligencia del contratante ocasiona la muerte de uno de ellos, es más que probable que obtuviese como indemnización poco más que su valor de mercado ajuicio de peritos, si otra cosa no se hubiese pactado. Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia de un atropello, no sorprendería nada que el demandante obtuviese también una indemnización por daños morales.

Personalmente, no encuentro la justicia del resultado que se obtiene con esta diferencia de trato. ¿Acaso el patrimonio del perjudicado no se ha producido idéntico menoscabo en ambos casos? El Derecho de obligaciones se edificó en Roma sobre la figura del deudor, y así continúa en los Códigos del xix: la gravedad del resarcimiento se encuentra de este modo en función de —casi podríamos decir "en proporción directa con"— la gravedad de la conducta del deudor contractual. Ahí está para demostrarlo el artículo 1.107 del Código Civil. En cambio, faltando el contrato, *in lege Aquilia et levissima culpa venit*: por mínima e insignificante que sea la culpa del agente {"*cualquier género* de culpa o negligencia", indica el inciso final del art. 1.089), vendrá obligado a reparar (todo) el daño causado. Ciertamente es que en un esquema contractual típicamente romano las partes contratantes tienen ocasión de desplegar extensamente el principio

de autonomía de la voluntad para regular el régimen de responsabilidad que pueda derivarse de su relación, pero, por una parte, la diferencia de trato no puede ser tan abrumadora y, por otra, van siendo ya cada vez más escasos los encuentros de voluntades en los que la autonomía juegue de modo pleno y efectivo.

Son muchas las razones que llevan a gran parte de la doctrina más moderna a sugerir el acercamiento entre las dos esferas de la responsabilidad civil, y como *desiderátum*, la unificación de los regímenes del resarcimiento:

A) Unas son **de orden sustantivo**, y hasta diríamos que de pura justicia material: la existencia de dos regímenes sustancialmente distintos estaría justificada en el seno de una economía poco desarrollada, pero no en un estado de las relaciones sociales como el actual, en el que la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa de la persona: indemnizar al acreedor o víctima (se le llame como se quiera, lo claro es que es esta parte de la relación la que se está convirtiendo en nuevo protagonista del Derecho de obligaciones surgido de la sociedad postindustrial) significa tanto como dejarla *indemne*, colocarla en la misma situación en que se encontraba antes de la causación del daño. Ya hace algún tiempo indicaban los MAZEAUD que existen diferencias en lo accesorio, pero no en los principios rectores. La realidad del daño, en el sentido puramente civil, es la misma y, como ha dicho en Francia Geneviève VINEY, no hay razón lógica para proporcionarle soluciones diferentes según que la víctima sea un contratante o un tercero: "sería desastroso que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica, que no está prevista siquiera en los textos ni impuesta por indiscutibles imperativos lógicos, se sacrificasen los verdaderos intereses en juego, que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y en prevenir los comportamientos antisociales".

B) Otras razones son **de orden sistemático**: por inspiración del Código Civil francés, es muy habitual encontrar la materia de la responsabilidad contractual contenida en la parte que los tratados dedican a los *efectos* de las obligaciones, mientras que la extracontractual suele venir desarrollada en sede de *fuentes* de las obligaciones. Henri MAZEAUD achacaba a las teorías dualistas el que en esta materia se haya caído en la más absoluta oscuridad, al pretender servirse de la distinción, convertida abusivamente en auténtica *summa divissio*, para crear o explicar diferencias de principio en el estudio de la teoría general de la obligación, separando para ello las obligaciones una vez han nacido. El razonamiento vendría a ser así: si entre el agente y la víctima mediaba contrato, la responsabilidad solamente es la sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente; preci-

sámente porque una de las partes no cumple se plantea la cuestión de la responsabilidad contractual. En cambio, no existe vínculo alguno entre las partes antes de que hayan entrado en juego los principios de la responsabilidad aquiliana; es el propio hecho dañoso el que genera la obligación, poniendo en contacto a las partes.

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

Con ello, a los ojos del confundido estudiante se presenta un panorama en el que los requisitos anteriormente enumerados aparecen monopolizados por las lecciones del programa que tratan de la responsabilidad civil extracontractual, cuando lo cierto es que se trata de elementos comunes a ambas modalidades de responsabilidad, y como tales, de elementos que deberían ser estudiados en sede de teoría general de la obligación: la *acción u omisión* de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el *incumplimiento del contrato* en la contractual. Y el artículo 1.101 habla también de *causalidad*, de *daños* y de *culpa*, al igual que lo hace el 1.902 (5).

(5) Esta postura moderadamente unificadora (unidad en lo sustancial, diferencias en lo accesorio) puede encontrarse en AMÉZAGA: "La responsabilidad por culpa. Unidad genérica y diferencias específicas", en *Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración* (Uruguay), t. 37, págs. 47 y sigs.; H. MAZEAUD: "Essai de classification des obliga-

En una conferencia pronunciada en la Universidad de Buenos Aires el 11 de mayo de 1988, señaló el conocido Decano de la Facultad de Derecho de Yale, Guido CALABRESI, que también en Estados Unidos se viene produciendo últimamente una fuerte corriente doctrinal en favor de la unificación, hasta el punto de que hay quien ya ha acuñado una curiosa palabra, "*con-tort*", que viene a ser una contracción de *contract* y *tort*.

C) No faltan las razones de simple **orden práctico**: como dice DE ÁNGEL YÁGÜEZ, son muy abundantes los casos puros, en los que basta con comprobar la existencia o no de vínculo contractual entre el dañador y la víctima para calificar la responsabilidad. Pero no son pocos los supuestos en los que puede discutirse ante qué tipo de responsabilidad nos encontramos (6). Y si de dar una respuesta u otra va a depender la aplicación por parte de los tribunales de soluciones absolutamente distintas (con base legal o sin ella, ésta es ahora otra cuestión), salta a la vista la importancia práctica del problema.

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

II. REQUISITOS PROPIOS DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

La expresión "responsabilidad extracontractual" tiene carácter negativo, en la medida en que viene designado su objeto como algo contrapuesto

tions", en *Revue trimestrielle de Droit civil*, 1936, págs. 17 y sigs.; PEIRANO FACIÓ; *Responsabilidad extracontractual*, Montevideo, 1954, pág. 63; MAJELLO: "Altre aspetti problematici della regola del cumulo", en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, en especial pág. 167; TUNC: *La responsabilité civile*, Paris, 1981, pág. 41; LAMBERT-FAIVRE: *Assurances des entreprises et des professions*, Paris, 1979, págs. 619 y sigs.

Un tratamiento sistemático de la responsabilidad civil contractual y extracontractual se encuentra en MAZEAUD: *Traite théorique et pratique de la responsabilité civile délictuelle et contractuelle*, Paris, 1947, págs. 94 y sigs. (hay traducción española de la quinta edición, a cargo de Alcalá-Zamora y Castillo, Buenos Aires, 1977). Pero es en VINEY: "Les obligations. La responsabilité. Conditions", en el t. IV del *Traité de Droit civil* de GHESTIN, Paris, 1982, donde se encuentra la más acabada teoría **general** de la responsabilidad civil (unificada en sus presupuestos, por tanto) que se conoce hasta la fecha. Particularmente interesantes son en este punto las páginas 192 a 300.

(6) DE ÁNGEL YÁGÜEZ: *La responsabilidad civil*, Bilbao, 1989, pág. 23. Aporta el caso de la mujer invitada a una cerveza en un bar y que después de un trago comprobó que había engullido un enorme caracol descompuesto y podrido, enfermando del asco. Creo que la responsabilidad del fabricante sería claramente extracontractual, pero no faltan los reparos.

al de la responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: cualquier daño derivado de un hecho del hombre distinto del incumplimiento obligacional será extracontractual.

Cuando digo que los principios de la responsabilidad extracontractual componen el derecho común de la responsabilidad no queremos decir que tal derecho común se encuentre comprendido en los preceptos legales específicos de la responsabilidad extracontractual (arts. 1.902 y sigs.). Antes bien, los textos positivos han aprovechado con comodidad la idea de que el contrato viene a ser el lugar donde más fácilmente se puede construir en forma de normas toda una teoría general de la obligación; de ahí que los artículos que componen la sede de la responsabilidad civil contractual (1.101 y sigs.) sean más bien —como la propia estructura del libro IV afirma— la sede de tal teoría general de la obligación (de *toda obligación*, provenga de contrato o de otra fuente). En una palabra: lo mismo que las normas aplicables a los contratos no sólo arrancan a partir de lo que dispone el artículo 1.254, las que tratan de la responsabilidad extracontractual tampoco son exclusivamente las contenidas en los artículos 1.902 y siguientes. Pero este dato no debe confundirnos: los principios de la responsabilidad aquiliana son principios **comunes y generales** en la medida en que se aplicarán cuando entre las partes no se haya convenido, por medio del contrato, un medio voluntario *específico*. Es ejemplar en este sentido lo que dispone el artículo 99-3.º del Código suizo de las Obligaciones: "las reglas relativas a la responsabilidad derivada de actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual".

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

1. QUE EXISTA UN CONTRATO

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

A) *El caso de la **relación jurídica precedente análoga** al contrato. En particular, el transporte de favor*

Resulta interesantísimo el examen del supuesto que vino a encontrar solución en la Sentencia de 26 de enero de 1984 (ref. núm. 386): a consecuencia de ciertas filtraciones de aguas fecales en los locales del piso bajo de un edificio de Palma de Mallorca, se produjeron diversos daños a la entidad demandante, que los reclamaba a la empresa que tenía a su cargo el servicio público de alcantarillado de la ciudad. El Tribunal Supremo declaró que la responsabilidad era de carácter contractual, siendo entonces aplicable el plazo de prescripción de quince años (art. 1.964 CC) y no el de un año de la responsabilidad aquiliana (art. 1.968 -2.º):

"... la culpa contractual puede ir precedida de una **relación jurídica que no sea un contrato sino de otra clase**, como (...) una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado, siendo de tener en cuenta que (...) si hay una relación jurídica que concede un medio específico para el resarcimiento, ello excluye la aplicación del artículo 1.902 del Código Civil, pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos acerca de la responsabilidad contractual: existiendo obligación derivada de contrato **o de relación precedente análoga** no hay que acudir a los artículos 1.902 y 1.903, que rigen las obligaciones que nacen de culpa o negligencia sin existir pacto cotravenido (...); y en el caso debatido es indudable que entre la empresa recurrente y la demandante y actual recurrida existía una relación jurídica, si no contractual de Derecho privado, al menos enmarcada en el ámbito de los servicios municipales, por virtud de la cual la recurrente se hace cargo de la conservación y reparación de la red de alcantarillado a cambio de la percepción de una suma periódica a la que contribuye la recurrida, de modo que la obligación de reparación de la red indicada a consecuencia de las filtraciones que causaron los daños a la actora no surgió *ex novo* a virtud de esos daños y por causación material de la recurrente, sino que deriva de la **relación jurídica previa existente** entre ambas".

Dicho sea de paso, parece como si detrás de las impecables consideraciones transcritas hubiese en la sentencia un deseo de evitar la calificación de extracontractual para no tener que declarar prescrita la acción, pero lo cierto es que, aunque la demanda se presentó más allá de un año desde que finalizaron las filtraciones, el acto de conciliación (que interrumpe la prescripción extintiva) había tenido lugar dentro de ese año (7).

(7) Véase el comentario que de la sentencia hace PANTALEÓN en *CCJC*, núm. 4, págs. 1257 y sigs.

La idea de que no es preciso para estar ante un caso de responsabilidad civil contractual que exista propiamente un contrato, sino que basta con una relación análoga, es reiterada en la Sentencia de 9 de julio de 1984 (ref. núm. 3802): es suficiente con que "los contendientes estén ligados por un vínculo contractual, sea éste expreso o sea tácito, o incluso presunto, **o por otra relación** basada, por ejemplo, en supuestos jurídico-reales como la comunidad de bienes" (8).

En parecido orden de cosas, destaca con mucho en la doctrina y jurisprudencia europeas el problema del **transporte benévolo o de favor**: ¿de qué tipo será la responsabilidad del conductor que ocasiona daños a una persona a la que aceptó transportar por amistad, por simple favor o por la razón que sea? No cabe duda de que siempre existirá un acuerdo expreso o tácito entre ambos, o cuando menos una de las llamadas "conductas sociales típicas"; pero ¿es ello suficiente para calificar la responsabilidad como contractual? La misma pregunta cabe hacerse ante cualesquiera otros servicios o actos benévolos.

No comparto la opinión de Ruiz VADILLO, para quien se trata de un contrato típico, híbrido entre arrendamiento de servicios y comodato, en el que se sobreentiende una cláusula de renuncia a exigir responsabilidad al conductor. Y es que tal renuncia es inadmisibles en nuestro Derecho, al ir en contra de los naturales efectos del contrato, y particularmente de los artículos 1.103 y 1.255. Tampoco parece adecuada la postura de SANTOS BRIZ, para quien se trataría de un contrato innominado o atípico. Más correcta resulta la idea sustentada por la Sentencia de 28 de diciembre de 1964, que entendió que la responsabilidad tiene carácter extracontractual, y se encuentra por ello sometida al plazo de prescripción de un año. La solución se encuentra en la actualidad muy compartida, siempre que se trate propiamente de un transporte *de cortesía*. Cosa distinta habrá que decir si entre las partes ha existido auténtica voluntad de poner una obligación a cargo de una de ellas, en cuyo caso el servicio, por más que sea gratuito, viene a prestarse porque ha existido un auténtico compromiso

(8) Lástima que se manejase la misma doctrina en un supuesto muy distinto, como el que dio lugar a la Sentencia de 1 de marzo de 1984 (ref. núm. 1191): el presidente de una comunidad de propietarios había contratado unas obras sin contar con la aprobación de la Junta; al referirse la sentencia a la responsabilidad derivada de los daños ocasionados, dice que el presidente "*ad intra* no es sino mandatario de los propietarios singulares que forman el régimen de la propiedad horizontal, en que se ingresa por la vía de algún contrato o acto jurídico que, al menos en principio, alejan la aplicabilidad del artículo 1.902". Craso error: si la responsabilidad del presidente es contractual, es en virtud precisamente de ese mandato que le vincula con los copropietarios, y no deriva por lo tanto del hecho de que éstos hayan ingresado en la comunidad "por la vía de algún contrato o acto jurídico", que generalmente será el de compraventa, totalmente distinto.

jurídico. El problema estriba en la serie innumerable de ejemplos en los que tal voluntad no está clara (9).

B) *La responsabilidad procedente del cuasicontrato*

Es bien sabido que la enumeración justiniana de las fuentes de las obligaciones añadió, a la bipartita de Gayo, que distinguía las obligaciones derivadas del contrato de las procedentes de delito —*omnis enim obligatio vel ex contractu nascitur vel ex delicto*, *Instituciones*, III, 88— el desarrollo de "otras varias figuras de causas" —*cuasi ex contractu vel cuasi ex delicto*—. Antepuesta a las respectivas expresiones la partícula *ex* por obra de la conocida paráfrasis de Teófilo, resultaron dos nuevas fuentes de obligaciones, que la doctrina ha admitido hasta la actualidad: el *cuasicontrato* y el *cuasidelito*. Con la expresión *cuasicontrato*, los Códigos consagran ciertas aplicaciones de un principio general: el que se enriquece sin causa a costa de otro, se convierte en deudor con respecto al empobrecido; esta obligación cuasicontractual cobra especialidad entre el gestor de negocios ajenos sin mandato y el dueño del negocio (arts. 1.888 y sigs. CC) y entre quien ha recibido el pago de la indebido y el que lo ha efectuado (arts. 1.895 y sigs.). Tras la inclusión en el Código de Napoleón de la ley como fuente de obligaciones, quedó completo el cuadro analítico de fuentes que se traduciría en el artículo 1.089 de nuestro Código Civil.

Aunque el régimen de las obligaciones cuasicontractuales suele encontrarse bien concretado en los textos positivos, se trata de preceptos que no

(9) Un Código europeo que regula expresamente la cuestión es el portugués, y lo hace dentro de los preceptos dedicados a la responsabilidad extracontractual: el artículo 504 establece la responsabilidad del porteador por los daños causados culposamente (párr. 2.º, y declara nulas las cláusulas limitativas de la responsabilidad (párr. 3.º). El problema del viaje de favor es cuestión muy tratada por los autores. Es muy importante en Francia la obra de LESERVOISIER. *La responsabilité civile résultant du transport gratuit de personnes en Droit français et en Droit anglais*, Paris, 1966, así como la de BOITARD: *Les contrats de services gratuits*, Paris, 1941. Exhaustiva la información doctrinal y jurisprudencial que de Francia, Bélgica y Canadá dan los MAZEAUD en el *Traite...*, cit. en los números 110 y sigs. En España, véanse GUIJARRO CONTRERAS: "El transporte gratuito y de cortesía", en Conferencias y Comunicaciones al V Curso Internacional de Derecho de la Circulación, Madrid, 1963, págs. 137 y sigs.; Ruiz VADILLO: "El problema de la indemnización por daños y perjuicios en el transporte gratuito", *RDJ*, 1967, págs. 11 y sigs.; LATOUR BROTONS. "El transporte gratuito y la responsabilidad civil", en *R.D.Circ.*, 1965, págs. 179 y sigs. En manuales generales, SANTOS BRIZ trata de la cuestión en *Derecho civil*, III, Madrid, 1975, págs. 623 y sigs. Para Italia y Alemania, pueden verse, respectivamente, RASI: "Alcune considerazioni sui trasporti a titolo di cortesia e di amicizia", en *Rivista Giuridica della circolazione e dei trasporti*, 1965, págs. 542 y sigs., y HABERKORN: "Haftungsausschlüsse bei Gefälligkeitsfahrten", en *Deutsches Autorecht*, 1966, págs. 150 y sigs.

resultan suficientes y es preciso colocarlos en un marco mayor. Y éste no puede ser otro que el de la responsabilidad extracontractual. La voluntad de los redactores del Code resulta inequívoca y, como recuerdan los MAZEAUD, quedó bien expresada en la exposición de motivos:

"En los contratos, el consentimiento mutuo de las partes contratantes es el que produce entre ellas la obligación. *En los cuasicontratos, al contrario, como en los delitos y cuasidelitos, la obligación (...) resulta de un hecho: es la ley la que lo hace obligatorio.* Los compromisos de esta especie se fundan sobre esos grandes principios de moral, tan profundamente grabados en el corazón de todos los hombres, que es preciso hacer a los demás lo que querríamos que hicieran por nosotros en las mismas circunstancias, y que estamos obligados a reparar los males y los daños que hayamos podido causar" (exposición de Treilhard, sesión del 9 de pluvioso del año XII, Locré, t. XIII, pág. 29, núm. 5).

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Supremo de 13 de marzo de 1958 (ref. núm. 1080) negó la existencia del cuasicontrato, al ser incompatible con la existencia de esta figura el haber mediado precio pactado por la prestación de unos servicios, ya sea de forma expresa o tácita: el cuasicontrato se caracteriza por la ausencia de toda relación, y viene a fundarse sobre simples principios de justicia, "al no poderse encuadrar los actos verificados en los diversos contratos calificados en el Código Civil".

Decir que la responsabilidad derivada del cuasicontrato tiene carácter extracontractual no se contradice con la idea, compartida por todos, de que el plazo aplicable para exigirla sea el de quince años (art. 1.964), al tratarse de una acción personal que no tiene establecido un especial plazo de prescripción. Y es que el artículo 1.968-2.º no establece el plazo de prescripción propio de *toda* reclamación de responsabilidad extracontractual, sino el de la acción para exigir la responsabilidad civil "...por las obligaciones derivadas de la culpa ó negligencia de que se trata en el artículo 1.902" (añádanse, eso sí, por lo dicho en el capítulo anterior, punto 2.5 —y por mucho que se niegue a ello, según se vio, la jurisprudencia de las Salas Primera y Segunda del Tribunal Supremo—, las acciones de la mal llamada responsabilidad civil *derivada del delito*) (10).

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

(10) Así, LACRUZ BERDEJO: *Elementos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1979, pág. 403; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II-3.º, Barcelona, 1983, pág. 73; SANTOS BRIZ, en el t. XXIV de los *Comentarios al Código civil y Compilaciones Forales* dirigidos por Albaladejo, Madrid, 1984, pág. 35.

C) El daño "*in contrahendo*"

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

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

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

A mi juicio, es preciso hacer constar que el problema no se plantea cuando nos encontramos ante la figura del llamado precontrato: cuando

una de las partes se beneficia, por iniciativa de la otra, de una indiscutible promesa de contrato, válida durante un tiempo determinado (el ejemplo más cómodo es el del arrendamiento con opción de compra), no cabe duda de que el precontrato constituye por sí solo un convenio entre el promitente y el beneficiario de la promesa, por lo que la eventual responsabilidad tendrá carácter contractual. Ahora bien: doctrina y jurisprudencia españolas no han hecho suyas, con acierto, las expresiones de otros Derechos: cuando los autores franceses hablan de **responsabilité précontractuelle**, no se están refiriendo a la que se origina como consecuencia del incumplimiento de lo que en España denominamos precontrato (para esta figura reservan la expresión de **avant-contrat**), sino también a la ruptura de los tratos preliminares (**pourparlers préliminaires** o **accords préparatoires**). La misma amplitud del término "responsabilidad precontractual" se aprecia, cuando menos, en la doctrina italiana y en la alemana (11).

Entiendo mucho más correcta la denominación española: una cosa es la *culpa in contrahendo* (tratos preliminares) y otra el *pactum de contrahendo* (precontrato o contrato preliminar). Y aclarado el problema terminológico, se puede decir que, ante un supuesto de ruptura de un precontrato propiamente dicho, estaremos en presencia de un caso de responsabilidad contractual, mientras que hablaremos de responsabilidad extracontractual cuando de lo que se trate sea de la ruptura de simples negociaciones preliminares. Frente al argumento de que no puede existir responsabilidad aquiliana en un terreno en el que, por poder las partes moverse aún con entera libertad, no cabe hablar de acto ilícito (DÍEZ-PICAZO) (12), puede recordarse que son cada vez más numerosos los casos de responsabilidad por actos *lícitos*. Así, el artículo 1.328-1.º del Código

(11) Así puede apreciarse en PLANIOL y RIPERT: *Droit civil français*, t. VI, París, 1930, págs. 167 y sigs.; VINEY, *cit.*, págs. 229 y sigs. También en MAZEAUD, *cit.*, núm. 116; SALEILLES: "De la responsabilité précontractuelle", *Rev. trim. dr. civ.*, 1907, págs. 697 y sigs.; BOYER: "Les promesses synallagmatiques de vente. Contribution à la théorie des avant-contrats", en la misma *Revista*, 1949, págs. 1 y sigs.; SCHMIDT: *La sanction de la faute précontractuelle*, en la misma *Revista*, 1974, págs. 46 y sigs. Puede verse en Italia, MENGONI "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", en *Riv. dir. com.*, 1956, II, págs. 360 y sigs.; STOLFI: "In tema di responsabilità precontrattuale", en *Foro it.*, 1954, I, págs. 1109 y sigs.; CARRESI, mismo título, en *Temì*, 1965, págs. 463 y sigs. En Alemania, NIEMANN: *Verschulden bei Vertragsschluss*, Leipzig-Berlin, 1932. Ya clásico el importantísimo trabajo de IHERING. "Culpa in contrahendo, oder Schadenersatz bei nichtigen oder nicht zur Perfection gelangten Verträgen", en *Iherings Jahrb. Dogm.*, 1860, págs. 1 y sigs.; BREBRIA: *Responsabilidad precontractual*, - Buenos Aires, 1987.

(12) Este autor prefiere acudir al principio general de la buena fe, "que no impera solamente en las relaciones jurídicas ya establecidas o constituidas, sino también en las relaciones derivadas de un simple contacto social". *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1979, pág. 191. Véase también para este punto la bibliografía que se acompaña al tratar de la responsabilidad en caso de contrato nulo (*infra*, punto 2).

Civil italiano permite al proponente revocar la propuesta mientras que el contrato no esté concluido, pero teniendo que indemnizar al aceptante de los gastos y las pérdidas sufridos si ya hubo comenzado de buena fe la ejecución del contrato antes de tener conocimiento de la revocación. DE CUPIS no duda en calificar el supuesto como de daño no antijurídico que encaja perfectamente en el concepto de daño extracontractual (13). Últimamente ha mantenido la misma postura en España Clara I. ASÚA, aunque sin restar méritos a quienes pretenden encontrar el encaje de la responsabilidad por *culpa in contrahendo* en el artículo 1.101 del Código Civil, admitiendo que la expresión "cumplimiento de sus obligaciones" puede abarcar a más de una de esas situaciones en que dos personas se encuentran negociando, y, por decirlo de algún modo, *tiñendo* de contractual a un *encuentro* que no llegará a tener tal carácter (ruptura de tratos preliminares) o que nunca lo ha tenido (responsabilidad derivada de contrato nulo) (14).

D) *El daño postcontractual*

Si determinar cuál es el momento en el que comienza la vida del contrato plantea evidentes problemas de calificación, éstos no faltan tampoco a la hora de decidir en qué momento el contrato expira. El químico que es contratado por una empresa y que hace uso ahora de una fórmula secreta conocida en el trabajo que desarrollaba para una empresa anterior (y siempre que en el contrato con ésta no se contuviese ninguna estipulación prohibitiva al respecto), ¿incurre en responsabilidad contractual o aquiliana? Ciertamente es que el primer contrato le obligaba no sólo al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley" (art. 1.258 CC), pero la expresión "todas las consecuencias" ¿incluye aquellas que nazcan con posterioridad a la relación entre las partes? Me inclino

(13) DE CUPIS: *El daño (Teoría general de la responsabilidad civil)*, trad. de Martínez Sarrión, Barcelona, 1975, págs. 165 y sigs.

(14) CLARA I. ASÚA GONZÁLEZ: *La culpa in contrahendo (tratamiento en el Derecho alemán y presencia en otros ordenamientos)*, Bilbao, 1989, pág. 259. Es bastante lógico que en Alemania se haya tenido que acudir al terreno contractual, si se tiene en cuenta que en su sistema de tipicidad de los daños extracontractuales resarcibles (*Enumerationsprinzip*), no entran los daños primariamente patrimoniales (que son precisamente ante los que nos encontramos en la gran mayoría de los casos en que se experimenta un perjuicio en la fase de preparación de los contratos), sino sólo los derechos subjetivos absolutos (la vida, el cuerpo, la salud, la propiedad o cualquier otro derecho de la persona, § 823-1.º. MERTENS: *Münchener Kommentar zum BGB*, III, München, 1980, págs. 1147 y sigs.

a pensar que sí. JORDANO FRAGA ilustra muy bien esta conclusión: el obligado a la entrega de la cosa quedará liberado si se da un caso de imposibilidad sobrevenida; pero ha de notificar oportunamente al acreedor esta eventualidad liberatoria para que pueda procurarse un cumplimiento sustitutivo rápido que le evite los perjuicios de una espera infructuosa. De no ser así incurrirá en responsabilidad por incumplir un elemental deber, por así llamarlo, "postcontractual", que se determinará con arreglo a las normas contractuales (15).

La Sentencia de 14 de octubre de 1983 (ref. núm. 5326) resolvió un caso de defraudación de la propiedad intelectual: una editorial había editado más ejemplares de los que se habían hecho constar en el contrato de edición, comentando el pronunciamiento del Tribunal Supremo, indica BERCOVITZ que "si los ejemplares no incluidos en el contrato de coedición se hubiesen realizado una vez extinguida la relación contractual entre las partes, la defraudación de la propiedad intelectual debería tener naturaleza extracontractual. Pero si los ejemplares de más se realizaron al mismo tiempo que los contratados, entonces creo que nos encontraríamos en un supuesto de responsabilidad contractual, es decir, de incumplimiento del contrato pactado entre las partes" (16).

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

(15) JORDANO FRAGA. *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, pág. 139. El profesor sevillano realiza un sugestivo encaje de esta mal llamada "responsabilidad postcontractual" en el ámbito de las normas contractuales, y en particular, en la regla integradora del artículo 1.258 del Código Civil.

(16) BERCOVITZ, en su comentario a la Sentencia de 14 de octubre de 1983 publicado en el núm. 3, págs. 993 y sigs. (en especial, pág. 1000), de *CCJC*.

2. QUE EL CONTRATO SEA VÁLIDO

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

Sin embargo, tal ausencia de consecuencias se refiere a las que el contrato estaría llamado a tener en caso de ser válido, y en tal sentido viene construido el régimen de los artículos 1.300 y siguientes del Código Civil, pero nada impide que se desplieguen ciertos efectos *diferentes*, entre los que destaca el problema de la indemnización de daños y perjuicios. Indica DIEZ-PICAZO que si la causa de nulidad deriva de la conducta de un tercero (así, por ejemplo, la conducta del funcionario de telégrafos que modifica por su voluntad el texto de un contrato transmitido por telegrama, o del notario autorizante de una escritura de donación que no expresa individualizadamente los inmuebles donados), la responsabilidad de éste quedará fácilmente determinada. Pero si el contrato deviene nulo como problema *inter partes*, sólo procederá la acción de daños y perjuicios cuando uno de los intervinientes haya procedido de buena fe (por desconocer, a pesar de que la diligencia desplegada haya sido la exigible, la concurrencia del vicio invalidatorio) y la otra parte se haya comportado con mala fe (porque conocía el vicio y no lo reveló). Se tratará, no de colocar al perjudicado en la posición en la que estaría si el contrato fuese válido, sino de indemnizarle con arreglo a cómo se encontraría si no hubiese contratado (*negative Vertragsverletzungen*: interés contractual negativo o interés de la confianza).

Es precisamente el caso propuesto por IHERING para el estudio de la *culpa in contrahendo*, y que, como ha quedado dicho, fue calificado de responsabilidad contractual. Al supuesto cabe asimilar el de los vicios provocados por una de las partes en el consentimiento de la otra, que sufrió daños cuando se vio forzada a realizar determinados gastos (viajes, estudios de marketing). A mi juicio, es más correcta la calificación contraria; existe, en efecto, derecho al resarcimiento, pero si el ordenamiento opta por solucionar las cosas como si el contrato nunca hubiese existido, éste no podrá tener ninguna consecuencia, ni siquiera la consistente en colorear la naturaleza de la acción en virtud de una idea de "apariencia de contrato" que no pasa de ser mera ficción. Otra cosa es que el problema,

en la práctica, se resuelva con una simple acumulación de la acción de responsabilidad a la de nulidad o anulabilidad.

En contra, DELGADO ECHEVERRÍA, para quien existe una conducta contractual, aunque inválida, que hace "más fácil admitir la aplicación de las reglas de la responsabilidad contractual". Invoca la analogía con los artículos 1.483 (gravámenes ocultos en la cosa vendida), 1.486-2, 1.487 (vicios ocultos) y 1.270-2. Pero téngase en cuenta que los tres primeros se refieren a supuestos en que el contrato es válido; y en cuanto al 1.270, bien cierto es que se puede entender que en caso de dolo grave habrá nulidad con indemnización y sólo indemnización en caso de dolo incidental, pero ello no creemos que sea suficiente para otorgar a la acción de responsabilidad por daños carácter contractual (17).

3. QUE EL CONTRATO VINCLE AL RESPONSABLE CON LA VÍCTIMA

Parece fuera de duda que para poder decir que el régimen común de la responsabilidad extracontractual quede reemplazado por el específico de la contractual, no sólo es necesario que exista un contrato y que éste sea válido, sino que vincule efectivamente al responsable y la víctima. Así, si una de las partes contratantes ve, con ocasión del contrato, comprometida su responsabilidad con un tercero, éste solamente podrá fundamentar la eventual reclamación al amparo de las normas extracontractuales. Ello es consecuencia del principio de relatividad del contrato proclamado en el artículo 1.257 del Código Civil. Sin embargo, es preciso plantearse ciertos interrogantes (18).

(17) Sobre la indemnización de daños y perjuicios en caso de nulidad de contrato, y aparte del trabajo citado de IHERING, véanse, entre los partidarios de la tesis contractualista: DELGADO ECHEVERRÍA, en *Elementos...*, cit., II-2, págs. 387 y sigs., y en *Comentarios al Código Civil y Compilaciones /orales*, cit., t. XVII-2.^o, Madrid, 1981, págs. 257 y sigs.; MENGONI: "Sulla natura della responsabilità precontrattuale", en *Riv. Dir. com.*, 1956, págs. 129 y sigs.; BENATTI: *La responsabilità precontrattuale*, Milano, 1963, págs. 129 y sigs.; PIOTET: *Culpa in contrahendo et responsabilité precontractuelle en Droit privé suisse*, Berne, 1963 págs. 24 y sigs. En contra, MAZEAUD: *Traite...*, cit., núms. 123 y sigs.; VINEY, *ob. cit.*, pág. 227; DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 299 y 300; SANTOS BRIZ: *La contratación privada. Sus problemas en el tráfico moderno*, Madrid, 1966, pág. 99; BARBERO: *Sistema del Diritto privato italiano*, t. I, Torino, 1965, págs. 370 y sigs.

(18) Está fuera del propósito de este trabajo analizar, con el detalle que merecen, las cuestiones relacionadas con el principio de relatividad del contrato, y en particular, con los contratos o estipulaciones en favor de tercero, más allá de los problemas relacionados con la delimitación de las responsabilidades contractual y aquiliana. Remitimos al lector a DE BUEN: "La estipulación en provecho de tercero", en *RGLJ*, 1923, págs. 193 y sigs., y MARTÍN BERNAL: *La estipulación en favor de tercero*, Madrid, 1985; GULLÓN BALLESTEROS: "En torno a los llamados contratos en daño de tercero", en *RDN*, 1958,2, pág. 111. Entre las obras generales, LUNA SERRANO, en LACRUZ. *Elementos...*, cit., II-2.^o, págs. 317 y sigs.; DIEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 259 y sigs.

A) En primer lugar, hay que recordar que el párrafo 2.º del indicado precepto prevé la posibilidad de que el contrato contenga alguna **estipulación en favor de un tercero**. En tal caso, tanto la redacción del precepto ("éste podrá exigir su cumplimiento") como su propia ubicación dentro del artículo 1.257, permiten dar una respuesta pacífica: el tercero beneficiario está asimilado a un contratante y, como tal, exigirá la responsabilidad por el incumplimiento al amparo de las normas reguladoras del contrato.

Lo contrario deberá decirse, en general, ante los llamados **contratos en daño de tercero**: la responsabilidad tendrá normalmente carácter extracontractual, ya se reclame de manera autónoma, ya sea acumulando la pretensión a una acción de nulidad en aquellos casos en que, existiendo connivencia entre las partes para ocasionar el daño al tercero por medio de la celebración del contrato, pueda calificarse éste como nulo por ilicitud de la causa (DÍEZ-PICAZO).

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

Hay que tener muy presente que, desde un punto de vista técnico, sólo son **contratos en favor de tercero** aquellos que las partes celebran para atribuir de manera directa o indirecta a un tercero un derecho subjetivo que le permita exigir el cumplimiento de la promesa. Y es que, de no ser así, el campo de aplicación de la figura sería absolutamente desmesurado, pues son innumerables los supuestos en que determinadas cláusulas se vienen a insertar en un contrato con miras a beneficiar a terceros, pero que no por ello van a proporcionar a éstos la posibilidad de exigir el beneficio. Así por ejemplo, no es contrato en favor de tercero un arrendamiento de local de negocio en el que se prohíbe al arrendatario la instalación de máquinas tragaperras, para asegurar con ello el monopolio a los restantes bares de la zona.

Es interesantísimo el pleito al que puso fin la Sentencia de 13 de diciembre de 1984: el padre de doña María Teresa Blasco Ranera había realizado con la Compañía Telefónica Nacional de España un contrato

de abono telefónico y otro de publicidad. En este segundo contrato se señalaba que el nombre que figuraría en la guía telefónica no sería el del abonado, sino el de la hija. Esta reclamó a la Compañía los perjuicios que su fama había sufrido como consecuencia de haber aparecido en la Guía de 1976 un cambio en una estratégica consonante de su segundo apellido: "Ranera" se había convertido en "Ramera". La demanda se amparó en el artículo 1.902 del Código Civil, y tuvo éxito. Lo que interesa aquí destacar es que, ante la imposibilidad de combatir la realidad del perjuicio, la Compañía Telefónica intentó desviar la atención por la vía de negar la existencia de la *estipulación en favor de tercero*, para con ello negar también la posibilidad de toda reclamación directa por parte de la señorita Blasco. Aunque la indemnización fue concedida, el Tribunal Supremo entendió que no había, en efecto, tal estipulación, sino una ***prestación a tercera persona***: "la persona beneficiaria de un contrato de publicidad con la Compañía Telefónica del que no es parte viene únicamente autorizada por esa convención para recibir la prestación establecida a su favor y en forma alguna adquiere el derecho estipulado sustituyendo al contratante acreedor. Por ello *no puede dirigir contra la Compañía una acción de daños y perjuicios fundada en el incumplimiento de las obligaciones nacidas de aquel contrato, ya que no es parte interviniente*"¹

De la misma manera, no todo contrato que ocasiona un perjuicio a un tercero o le coloca en una situación desfavorable puede calificarse de *contrato en daño de tercero*, sino sólo aquellos en que la producción del daño es consecuencia directa e inmediata del contrato (GULLÓN BALLESTEROS), y venga a lesionar un interés digno de protección por el ordenamiento.

B) Problema diferente, aunque muy vinculado con el anterior, plantea el supuesto en que ***la víctima del incumplimiento del contrato es causahabiente de uno de los contratantes***.² En efecto, si el principio de relatividad del contrato hace que la eficacia de éste se limite a las partes "y a sus herederos" (art. 1.257-1.º), todo parece indicar que los causahabientes del contratante, *al menos si lo son por título "mortis causa"*, deberán actuar como si del propio causante se tratara. Y lo mismo si se trata de que la víctima ejercite sus derechos contra los herederos del obligado. Todo ello es consecuencia del principio por el cual en la transmisión hereditaria se comprenden las titularidades activa y pasiva de las obligaciones y claro está, siempre que tales derechos y obligaciones no sean intransmisibles.

La aplicación de la normativa del contrato a los herederos de las partes plantea en la práctica el delicado problema del fallecimiento de una persona que resulta del incumplimiento del contrato que ella misma celebró. Es el caso del comprador al que los vicios de la cosa comprada ocasionan

la muerte, del viajero que fallece en el curso del transporte contratado, o del paciente que muere de resultar del incumplimiento negligente del contrato de servicios médicos. Resumo aquí la respuesta que di a esta cuestión en otro lugar (19): *a*) si la reclamación tiene lugar en calidad de herederos no podrán solicitar la reparación del daño que ellos mismos hayan experimentado personalmente, sino sólo la del perjuicio sufrido por el patrimonio de su causante, y en la proporción que corresponda a la cuota hereditaria del demandante; en la medida en que el perjuicio coincidió con el incumplimiento del contrato, se transmite vía hereditaria y la acción tendrá carácter contractual. Pero *b*) si lo que se reclama es el perjuicio, patrimonial o moral, que el demandante ha experimentado en su patrimonio, el derecho se posee *iure proprio*, no *iure hereditatis*, y la demanda deberá sustentarse sobre las normas de la responsabilidad extracontractual. Como se ve, pues, un incumplimiento contractual puede así generar responsabilidad contractual respecto de los herederos del acreedor fallecido y responsabilidad aquiliana respecto de los directamente perjudicados, sean o no herederos.

No es entonces necesario, como han señalado los MAZEAUD y, últimamente, VINEY en Francia, acudir a la ficción de la "estipulación *tácita* en favor de tercero" para dar solución a los casos propuestos. Lo que sucede es que con frecuencia, los parientes de la víctima reclaman los daños sin especificar el título por el que lo hacen: no demuestran su condición de **herederos** (por medio de la presentación del testamento o del auto de declaración de herederos, según la sucesión sea, respectivamente, testada o intestada), ni su condición de **terceros perjudicados iure proprio** (por medio de la acreditación del perjuicio efectivamente sufrido), sino sólo mostrando su cualidad de parientes. La jurisprudencia francesa reciente permite que el heredero demandante renuncie a la estipulación *tácita* en favor de tercero que se considera incorporada al contrato, y sitúe su reclamación sobre el terreno extracontractual.

Personalmente, y aparte de mostrar mi escasa simpatía hacia la figura de la estipulación *tácita*, creemos que tal opción sólo es posible cuando confluya en la persona del reclamante la doble condición de "heredero-reclamante del daño sufrido por el patrimonio del causante" y "perjudicado directo". Pero no cuando se reclamen por el causahabiente **sólo** los perjuicios que, ingresados como activo en el patrimonio del causante, se transmiten por herencia (en cuyo caso el art. 1.257-1.º le permitirá invocar las normas contractuales) o cuando un tercero no heredero reclame los daños que directamente ha sufrido como consecuencia del fallecimiento (en cuyo caso la reclamación siempre será extracontractual, pues a él ni la posición de parte en el contrato ni ninguna otra cosa se le ha transmitido).

(19) Véase YZQUIERDO TOLSADA: *La responsabilidad civil del profesional liberal Teoría general*, Madrid, 1989, págs. 357 y sigs.

C) ¿Y si se trata de **causahabientes a título particular**? Piénsese que cuando el artículo 1.257-1.º amplía el círculo del contrato a los causahabientes de las partes, no lo hace a cualesquiera causahabientes, sino tan sólo a los que lo son por título *mortis causa*, esto es, a los herederos. El problema no se plantea cuando un tercero asume la posición de parte merced a un negocio de *cesión de créditos* o a un supuesto de *subrogación legal*: tanto una como otra transfieren al, hasta entonces, tercero, el crédito con todos sus accesorios (arts. 1.528 y 1.212 CC, respectivamente). Como nuevo acreedor que es, exigirá el cumplimiento del contrato o, en su caso, la responsabilidad por el incumplimiento. Tampoco cuando se nos presenta un caos de ejercicio de *acción subrogatoria*, pues los terceros actúan contra los deudores de su deudor en nombre de éste y para que cumplan con éste (acción oblicua, no directa, del art. 1.111), siendo un problema de simple legitimación procesal.

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

La respuesta viene siendo afirmativa sólo de forma absolutamente excepcional. Como presupuesto para el juego de la excepción, debe tratarse de terceros que, habiendo a su vez contratado con una de las partes del "contrato primitivo", sufren las consecuencias del mal cumplimiento de éste (quedaría de este modo excluida la posibilidad de la acción contractual en el ejemplo propuesto de los invitados a la fiesta). Por ejemplo, en el terreno de la construcción es muy corriente que la jurisprudencia permita al subadquirente dirigirse directamente contra los participantes en la edificación por medio de una acción de responsabilidad contractual (no así, por supuesto, si se trata de viandantes que resultan heridos, o de vecinos perjudicados). Es muy conocida en este sentido la Sentencia de 5 de mayo de 1961 (núm. ref. 2310). En efecto, para el ejercicio de la acción derivada de la ruina de edificios consagrada en el artículo 1.591, basta con ostentar la condición de propietario del edificio arruinado, siendo por tanto indiferente que el edificio haya cambiado o no de dueño entre el momento en que se concluyó y entregó y el momento en que la ruina se manifiesta.

En cuanto a los subadquirentes de un bien que, aun no habiendo contratado con el fabricante sino con el intermediario (cosa que sucede en tantas ocasiones y con los productos del más elemental consumo diario) reclaman directamente de aquél, la solución contractual se encuentra en cambio muy limitada: no hay generalmente inconveniente en permitir al consumidor reclamar directamente del fabricante y a través de una acción contractual (la prevista para el saneamiento por vicios ocultos) responsabilidad por los defectos de la cosa que adquirió del revendedor; en cambio, para obtener el resarcimiento por los daños producidos en otras pertenencias o en su propia persona, deberá situarse en el terreno extracontractual. Se entiende así, a diferencia de lo que sucede en los supuestos de ruina de edificios, que la condena de transmisiones sólo otorga al adquirente final la tutela **contractual** del llamado "derecho a la utilidad", pero no la del "derecho a la indemnidad" (CAVANILLAS MÚGICA).

Es muy significativo que cuando la Directriz del Consejo de las Comunidades Europeas en materia de responsabilidad por los daños causados por productos defectuosos (25 de julio de 1985) se refiere a los daños resarcibles al amparo de esta normativa, habla de "los daños causados a una cosa o la destrucción de una cosa que no sea el propio producto defectuoso", dando con ello a entender que para los daños en el propio producto defectuoso tendremos las normas internas de cada país *en materia de contrato* de compraventa.

D) Si en los apartados anteriores hemos visto el carácter de la responsabilidad de los contratantes para con terceros, la calificación que ha de darse a la **responsabilidad de los terceros para con los contratantes** sólo puede ser extracontractual. Cuando un tercero se inmiscuye en la esfera de los derechos de crédito ajenos y provoca con su actuar el incumplimiento de un contrato, no habrá responsabilidad del deudor si la conducta del tercero fue necesaria y suficiente para la producción del daño al acreedor: en lo que se refiere al deudor, se rompe el nexo causal como si se tratase de un supuesto de fuerza mayor.

Cuestión distinta será la de decidir cómo y frente a quién habrá de responder el tercero. Para ello es preciso distinguir según el tercero actúe como **autor** del incumplimiento, o actúe como **cómplice** (valga aquí la terminología penal): a) si una persona ocasiona un accidente ferroviario, y el médico que viajaba en el tren no puede llevar a cabo una operación quirúrgica, está claro, por lo dicho, que no habrá responsabilidad del facultativo para con el paciente que le contrató. No menos claro que el causante del accidente vendrá obligado a resarcir los daños patrimoniales y morales sufridos por aquél. Pero el daño sufrido por el paciente no deberá ser tampoco resarcido por el tercero sino en la medida en que

hubiera sido previsto tal resultado, pues sólo en esa medida el hecho que rompió el nexo causal y exoneró al deudor puede al mismo tiempo guardar relación de causalidad adecuada con un daño tan remoto o, al menos, tan indirecto, como es el ocasionado al acreedor. Lo que está fuera de duda es que la responsabilidad del tercero cuando la haya (y ya sea frente a uno de los contratantes o frente a ambos) tendrá carácter extracontractual; b) más fácil es determinar frente a quién se va a responder cuando el tercero es cómplice del incumplimiento, como ocurre cada vez que se incumple un pacto de exclusiva. El problema está en que, si como todo parece indicar, también aquí la responsabilidad del tercero es extracontractual, estamos ante un mismo hecho que genera ambos tipos de responsabilidad: la contractual del deudor que incumple el contrato por medio de la celebración de otro, y la extracontractual del tercero. Ni que decir tiene que todo viene una vez más a resolverse en la práctica por la vía de la acumulación de acciones, pero aun así, la existencia de tratamientos diferentes para lo que podría ser considerado un acto de violación conjunta del contrato (y como tal, sometido a un único régimen de responsabilidad) ocasiona evidentes problemas (20). No sorprende así la polémica suscitada por la viabilidad de lo que se ha dado en llamar "tutela aquiliana de los derechos de crédito", realmente interesante: ¿se encuentra legitimado el acreedor para exigir la responsabilidad aquiliana al tercero, teniendo así su derecho un *plus* de protección? (21).

Es muy conocida la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de marzo de 1921 (ref. núm. 90). La conocida cantante Raquel Meller grabó con una compañía discográfica cuando todavía estaba vigente el pacto de exclusiva con otra. Como quiera que la primera compañía había dado a conocer por conducto notarial la existencia de la exclusiva a todas las

(20) Véanse GULLÓN BALLESTEROS: "En torno a los llamados contratos en daño de tercero", en *RDN*, 1958, 2 págs. 111 y sigs.; DíEZ-PICAZO: *Fundamentos...*, cit., págs. 725 y sigs., y *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, I, Madrid, 1979, págs. 389 y sigs. MAZEAUD: *Traite...*, cit.; VINEY, *ob. cit.*, págs. 236 y sigs., núms. 142 y sigs.; HUGUENY: *De la responsabilité du tiers complice de la violation d'une obligation contractuelle*, Dijon, 1910; STARCK. "Des contrats conclus en violation des droits contractuelles d'autrui", *JCP*, 1954, I, 1180, núm. 70.

(21) VATTIER FUENZALIDA, en un documentado resumen de la cuestión, se muestra decididamente partidario de dar acogida a la teoría de la tutela aquiliana del acreedor para los casos de intervención de tercero que provoca el incumplimiento por parte del deudor de una obligación de hacer o de no hacer. *La tutela aquiliana de los derechos de crédito: algunos aspectos dogmáticos*, en el libro homenaje al profesor Roca Juan, Murcia, 1989, págs. 845 y sigs. Entiendo que el *plus* de protección se dará cuando el tercero colabora en el incumplimiento, no cuando lo provoca de manera exclusiva, pues en tal caso, independientemente de la responsabilidad eventual en que el tercero pueda incurrir, lo que de ningún modo habrá es responsabilidad del deudor, al haberse roto el nexo de causalidad como consecuencia precisa y directa de un hecho ajeno.

demás compañías, a la responsabilidad contractual de la cantante se unía la aquiliana de la segunda casa de discos.

Supuesto relacionado con estas complicidades entre el tercero y el incumplidor de un contrato es el de la responsabilidad en que incurre el tercero participante en el fraude a que da lugar la *acción pauliana* o revocatoria,¹ en el caso de que la devolución de las cosas que fueron objeto del contrato celebrado en fraude de acreedores no puedan ser devueltas por hallarse legalmente en poder de terceras personas que no hubiesen procedido de mala fe. En tal caso sólo "podrá reclamarse la indemnización de perjuicios al causante de la lesión" (art. 1.295, párr. 3.º CC). La particularidad del supuesto reside en el hecho de que el contrato ya está incumplido en el momento de exigirse la rescisión del contrato fraudulento (consecuencia del carácter subsidiario de la acción); precisamente para escapar de las consecuencias de tal incumplimiento el deudor ha dejado salir fraudulentamente bienes de su patrimonio. El tercero, más que cómplice del incumplimiento, es cómplice en esa "fuga de bienes"; su responsabilidad tiene carácter extracontractual, por mucho que la cuestión se resuelva, dentro del litigio rescisorio por medio de las reglas propias de la rescisión de los contratos (para lo cual será necesario que en la demanda se haya solicitado la devolución de las cosas y, subsidiariamente, la indemnización).

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

Por último, se perfile el ámbito de la responsabilidad contractual con el requisito que se examina a continuación. No será contractual el daño que experimenta el inquilino cuando quien le atropella por la calle es precisamente su arrendador, pues en este caso actúa como peatón y no como arrendatario. El contrato válido que vinculaba a las partes ha de ocasionar un daño que es resultado *precisamente* del incumplimiento del contrato. Sin embargo, esta afirmación, que puede resultar hasta demasiado obvia, entraña enormes dificultades de precisión, y constituye probablemente el punto que mejor demuestra la existencia de zonas fronterizas entre las dos esferas de la responsabilidad civil.

A) Para comenzar por lo simple, veamos aquellos casos *en que el contrato y su ejecución vienen a constituir sólo la ocasión accidental para que el daño se produzca*. Por ejemplo, una disputa entre prestamista y prestatario sobre una cuestión cualquiera del préstamo ocasiona el que uno lesione al otro. O un mecánico que realiza mejoras en un automóvil

aprovecha para hurtar ciertos objetos de valor de su cliente. No cabe duda del carácter extracontractual del perjuicio: entre el daño y el contrato debe existir una relación que no sea puramente fáctica: no basta con comprobar que sin el contrato de daño "no se habría producido". Por mucho que se admita que los contratos obligan a más de lo expresamente pactado (art. 1.258 CC), no pueden jamás llegar a extender sus consecuencias a bienes o derechos absolutamente extraños a la prestación. Una cosa es que el contrato obligue al mecánico a ser diligente, no sólo en relación con las mejoras que se le encargaron, sino con el manejo de todos y cada uno de los componentes del vehículo, o que la ley le haga incluso asumir cualquier riesgo de destrucción (art. 1.589) y otra muy distinta que siga pudiéndose calificar de contractual un caso en que, como en el ejemplo del hurto, el contratante daña al situarse previamente al margen de la relación.

B) Casos en los que se incumple una obligación inequívocamente estipulada, pero el daño se produce en bienes de la personalidad. En ocasiones hemos utilizado del retruécano "responsabilidad extracontractual derivada de contrato" para referirnos a una teoría, ciertamente extendida, que resulta absolutamente extravagante, y que, como advierten los MAZEAUD, se suele presentar en sede de contrato de servicios profesionales, y sobre todo en el terreno de la medicina.

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

Hay quien ha llegado a decir —aunque se trata de razones hace ya tiempo dejadas de invocar— que las obligaciones contraídas por los profesionales liberales no pueden engendrar acciones contractuales porque se trata de actividades fuera del comercio de los hombres: "ni la inteligencia del hombre ni sus productos están en el comercio, no pudiendo ser objeto de un contrato civilmente obligatorio", decía GUILLOUARD.

Tampoco son escasos los litigios que, para reclamar los perjuicios derivados de una operación quirúrgica contratada, se plantean con éxito

al amparo de las normas propias de la responsabilidad extracontractual. Prueba de ello, las Sentencias del Tribunal Supremo de 7 de febrero de 1973 (ref. núm. 407), 20 de febrero de 1981 (ref. núm. 564) y 28 de marzo de 1983 (ref. núm. 1646), entre otras muchas (22).

No dudo que sea cómodo para la víctima ampararse en las normas de la responsabilidad aquiliana, que otorgan en la práctica un trato más generoso que la normativa contractual. Pero desde el punto de vista puramente técnico, la idea es rocambolesca. Poco importa que los deberes y procedimientos a que deban sujetarse los contratantes se encuentren previstos en el pacto (cosa harto infrecuente, por cierto) o provengan de la ley, de los usos profesionales o de las reglas de la deontología. Si hubo vínculo, la obligación encuentra en el contrato su única fuente posible, y las normas han de ser las contractuales. Como dice BARASSI, el contrato crea una situación particular, querida explícitamente, la cual es absorbente y excluye aquella más general que la ley crea por su cuenta, a falta de pactos particulares.

Es cierto, en efecto, que pocas veces un contrato prevé absolutamente todas las conductas que deberán ser observadas. Más todavía si el contrato es de servicios profesionales, en el que los usos de la profesión y las normas corporativas componen, junto a la buena fe, un clima tan natural, que no se considera preciso consignar en el texto contractual lo que se práctica habitualmente observada (piénsese, por otra parte, la enorme cantidad de supuestos en que las partes de un contrato de este tipo ni siquiera redactan dicho texto, limitándose a perfeccionar el contrato por un simple consentimiento que es resultado de unas conversaciones en las que casi todo se da por sobreentendido). Pero si por ello hemos de deducir que sólo son contractuales los daños ocasionados como consecuencia de la no observancia de lo pactado, no es fácil entender a qué queda reducida la labor de integración contractual prevista en el artículo 1.258. Toda falta

(22) Esta opinión, que ya critiqué en *La responsabilidad civil del profesional liberal. Teoría general*, Madrid, 1989, especialmente págs. 136 y sigs. y 189 y sigs., puede encontrarse, entre otras, en las obras de SANTOS BRIZ, muy especialmente en *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 715; PUIG BRUTAU. *Fundamentos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1983, pág. 133; ROMEO CASABONA: *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1985, pág. 101; FERNÁNDEZ-HIERRO: *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1977, págs. 63 y sigs., y también en *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, pág. 39. Aunque sin tomar partido decididamente; FERNÁNDEZ COSTALES: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987, pág. 94. En Italia, GABBA: *Nuove questioni di diritto civile*, Torino, 1905, págs. 239 y sigs. En Bélgica, el trabajo clásico de TART: "De la responsabilité des personnes qui exercent l'art de guérir", en *RBJ*, 1884. Pero, sobre todo, en Francia, PÉYTEL: *La responsabilité médicale*, París, 1935, págs. 21 y sigs.; KORNPROBST: *La responsabilité médicale. Origine*,

o insuficiencia de estipulaciones ha de verse completada imperativamente con la ampliación de lo pactado a todas las consecuencias que, según la naturaleza del convenio, sean conformes a la buena fe, al uso y a la ley, hasta el punto de que, en el caso de que las partes establecieran una cláusula contraria a alguna de estas pautas, no sólo sería lícito, sino obligado para el juez "buscar el derecho objetivo superior a la voluntad de los contratantes" (Sentencia de 10 diciembre 1959, ref. núm. 4933). Por eso es tan afortunada la expresión de LACRUZ BERDEJO, al calificar a los criterios enunciados en el artículo 1.258 como pautas de "heterointegración del contrato".

"Lo pactado es propiamente el área del contrato, la cual, por *accesión*, se extiende y amplía", decía Mucius SCAEVOLA. Ya señalaba GARCÍA GOYENA, al comentar el correlativo artículo 978 del Proyecto de 1851, que "no hay especie alguna de obligación, sea de dar, de hacer o de no hacer, que no descansen las reglas fundamentales de este artículo, a las que habrá de recurrirse siempre para interpretarlas, ejecutarlas y determinar todos sus efectos". El artículo 1.258 del Código Civil encuentra numerosos correlativos en los Códigos extranjeros. Véanse, entre otros, artículo 1.135 del francés, § 242 del BGB, 1.374 y 1.375 del italiano, y por supuesto, el 1.198 del argentino.

Pero todavía hay más. Los partidarios de tan extravagante teoría no dudarán en afirmar que si el que incumple el contrato es el cliente, al no satisfacer el pago de los honorarios estipulados, entonces el profesional acudirá sin vacilación a la regulación contractual. ¿Cómo se puede entonces admitir que si quien incumple es éste y, como consecuencia, queda dañada la salud del paciente —vuelvo al ejemplo más cómodo de la relación entre médico y paciente— las normas aplicables van a ser las extracontractuales? Sería tanto como decir que sólo existe contrato para una de las partes (23).

fondement et limites, Paris, 1947, núm. 126; NORDMANN: *Le contrat d'opération quirurgicale*, Paris, 1939; SAHUT: *Nature juridique de la responsabilité civile des médecins*, Montpellier, 1937; VAN RYN: *Responsabilité aquilienne et contrats en Droit positif*, Paris, 1933, núms. 155 y sigs. En cuanto a la tesis de las actividades profesionales como *res extracommercium*, véase AUBRY y RAU: *Cours de Droit civil français*, Paris, 1920, págs. 314 y 512; GUILLOUARD: *Traite du contrat de louage*, II, Paris, 1887, núm. 692.

(23) DE Cossfo: *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 105; MAZEAUD: *Traite...*, cit., núms. 146 y sigs.; COLOMBO: *Culpa aquiliana. Cuasidelitos*, I, Buenos Aires, 1965, pág. 226; AGUIAR: *Hechos y actos jurídicos. Hechos ilícitos*, Buenos Aires, 1936, pág. 226; BARASSI: *Teoría generale delle obbligazioni*, Madrid, 1955, pág. 105; MORELLO: "Profili comparatistici", en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, pág. 176.

Sobre el alcance del artículo 1.258 del Código Civil y sus correlativos en los Códigos extranjeros, véase LACRUZ BERDEJO: *Elementos...*, cit., II-2.^o, págs. 296 y sigs.; Mucius SCAEVOLA: *Código Civil*, t. XX, Madrid, 1957, pág. 635; MANRESA: *Código Civil espa-*

Cuentan los MAZEAUD cómo la jurisprudencia francesa, hasta muy entrado el siglo xx, ha aplicado a ciertas profesiones los artículos 1.382 y siguientes del Code (equivalentes a nuestros arts. 1.902 y sigs. CC), aunque la Corte de Casación no dejaba de admitir que el contrato existía (tal vez porque suele entenderse que los preceptos de la responsabilidad extracontractual son los que mejor caracterizan la prudencia ordinaria). Pero la conocida sentencia, de la que fue ponente nada menos que JOSSERAND, de 20 de mayo de 1936 indicó: "se forma entre el médico y su cliente un auténtico contrato que si no hace asumir a aquél el compromiso de curar, sí al menos de dar al enfermo sus cuidados atentos y conformes al estado de la ciencia. La violación, incluso voluntaria, de esta obligación *contractual* se sanciona por medio de una responsabilidad **de la misma naturaleza, igualmente contractual**". La sentencia ha tenido —y no es para menos— una decisiva importancia para el tratamiento de estos temas en la doctrina y jurisprudencia francesas.

C) Casos en los que ***el daño tiene lugar, no por el incumplimiento de una de las prestaciones inequívocamente estipuladas, sino por el de una prestación accesoria íntimamente ligada a la naturaleza del contrato***. El contenido del contrato, como se acaba de decir, va mucho más allá de las estipulaciones previstas por las partes. Aunque nada se estipule, también el médico se encuentra obligado a no revelar el secreto profesional. La compañía de transportes no sólo se obliga a la prestación en que el transporte consiste, sino también a velar por la seguridad de los viajeros. El hotelero, además de suministrar alojamiento a su cliente, proporciona un deber de custodia sobre su persona y bienes.

En este sentido, la correcta aplicación de los principios de la integración contractual debe conducirnos a la moderna idea de la ***obligación de seguridad***. JORDANO FRAGA, inspirado en la doctrina italiana y en la alemana, distingue los *deberes de prestación* a los que vienen inequívocamente obligadas las partes, de los *deberes de protección*. Unos salvaguardan el interés primario del acreedor; los otros preservan frente al daño que se pueda producir en un interés creditorio distinto de la prestación. Tan autónomos son unos de otros que pueden funcionar independientemente, hasta el punto de poder ocurrir que el deudor haya cumplido escrupulosamente la prestación propiamente dicha, y sin embargo, haya dejado de observar esos deberes de protección añadidos.

En Francia, un movimiento jurisprudencial muy favorable al reconocimiento de las obligaciones de seguridad, tanto respecto de la persona

ñol, t. VIII-2.^o, Madrid, 1967, pág. 437; DE LOS MOZOS: *El principio de la buena fe*, Madrid, 1963, pág. 181; LASARTE: "Sobre la integración del contrato. La buena fe en la contratación", en *RDP*, 1980, págs. 50 y sigs.; BORDA: *Tratado de Derecho civil argentino. Obligaciones*, I, Buenos Aires, 1965, pág. 39; SACCO: "Il contratto", en el *Tratatto di Diritto Civile italiano*, de Filippo VAS ALLÍ, V-2.^o, Torino, 1965, pág. 789.

como respecto de los bienes, ha dado lugar a numerosos estudios doctrinales. Indica VINEY que ha sido en el *contrato de transporte de personas* donde la teoría ha encontrado su auténtico banco de pruebas. En efecto, desde una Sentencia de 21 de noviembre de 1911, y tras las iniciales vacilaciones e incluso negativas, recuerdan los MAZEAUD que la jurisprudencia se muestra unánime en resolver que el contrato de transporte obliga al conductor no sólo a efectuar el traslado del pasajero, sino a garantizar su seguridad durante el viaje. De esta suerte, el viajero podrá intentar una acción de responsabilidad contractual cuando resulte herido como consecuencia de un accidente provocado por el transportista o caiga enfermo por causa de una insuficiente calefacción.

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

También el *contrato de trabajo* ha dado lugar a similares consideraciones: sin perjuicio de que los accidentes de trabajo se encuentren mayoritariamente regidos por leyes especiales, se admite que son compatibles la indemnización que proceda por aplicación de las mismas (a determinar por la jurisdicción laboral) y la procedente del incumplimiento por parte del empresario de su deber de garantizar a sus empleados el trabajo en condiciones de seguridad. Aunque en nuestro país viene este supuesto a considerarse indefectiblemente como de responsabilidad extracontractual (*vid. infra*, por todas, la Sentencia de 9 marzo 1983, ref. núm. 1463), no vemos razón para negarle carácter contractual, pues bien puede entenderse que el empresario se encuentra obligado *en virtud del contrato* de trabajo a adoptar las precauciones necesarias para que los accidentes no se produzcan.

Se afirma de igual modo la existencia de obligaciones contractuales de seguridad en cuanto a la persona en los contratos de enseñanza celebrados con centros escolares y similares, en los celebrados con empresarios de clubes deportivos para la práctica de un deporte o con ferias, zoológicos y parques de atracciones, en el contrato de hospedaje, en el de hospitalización y hasta en el de compraventa (respecto de los daños que el uso o consumo de la cosa adquirida pueda producir al comprador). También, respecto de los bienes, en los contratos de arrendamiento (v. gr., daños por

el mal estado de la vivienda), comodato y depósito. Es ejemplar en Argentina la potencialidad que el artículo 1.198 del Código Civil ha sabido extraer VÁZQUEZ FERREYRA.

En resumen, creo que no es difícil encontrar estas obligaciones contractuales accesorias en aquellos casos en que las partes han manifestado su voluntad de que formen parte del contenido del contrato. Así, cuando el vendedor se ha obligado a señalar al comprador los riesgos particulares que pueden correr con el uso de la cosa, o cuando el club de tenis garantiza al nuevo asociado frente a los daños que sufra por un eventual mal estado de las instalaciones. O cuando, por el contrario, se ha indicado expresamente la *inexistencia* de la obligación de responder de los que sufra el vehículo estacionado en el establecimiento hotelero o el paciente que ingresa en una clínica (otra cosa será el determinar hasta dónde llega la validez de tales cláusulas de exoneración). Pero cuando nada se haya previsto, es ahí donde el artículo 1.258 del Código Civil desplegará todos sus efectos para averiguar si la buena fe, los usos o la ley han de completar o no el contenido del contrato con más obligaciones de las expresamente establecidas por las partes y deducir con ello si la responsabilidad contractual ha de quedar o no ensanchada merced a los citados criterios integrativos. Y siempre que el daño en cuestión sea consecuencia directa de la ejecución del contrato, y no —como también quiere STOLL— éste una simple ocasión para la producción de aquél, la pregunta deberá tener respuesta afirmativa (24).

Lamentablemente, y a juzgar por lo que se deduce de la práctica judicial diaria, la teoría de la obligación de seguridad no está llamada a tener mucho éxito en España, pues no parece que se desee dar al artículo 1.258 del Código Civil todo el juego que merece. Se comprenderá que, si en los casos en que el daño tiene lugar como consecuencia del incumplimiento de una *prestación claramente pactada*, se afirma comúnmente su carácter extracontractual si afecta a cierta categoría de bienes (los de la

(24) Sobre la obligación de seguridad, deben consultarse ante todo MAZEAUD: *Traité...*, cit., núms. 150 a 171; VINEY, *ob. cit.*, págs. 597 y sigs., y LE TOURNEAU: *La responsabilité civile*, Paris, 1982, núms. 1502 y sigs. Todas contienen un abundantísimo aparato bibliográfico. STOLL: "Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzungen", en *Arch. Ziv. Pr.*, 1932, págs. 286 y sigs.; MENGONI: "Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi", en *Riv. Dir. Com.*, 1954-1, y allí págs. 368 y sigs.; VISINTINI: *La responsabilità contrattuale*, Napoli, 1979, págs. 138 y sigs. En España, JORDANO FRAGA: *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987, págs. 141 y sigs. (véase también la copiosa bibliografía que cita). En relación con el contrato de trabajo, ALDAR RIERA: "La responsabilidad civil del empresario en el accidente de trabajo del trabajador de la empresa", *RDP*, págs. 245 y sigs., y allí pág. 251. Naturalmente, hay que consultar a quien recientemente ha tratado el tema de manera sistemática en Argentina: VÁZQUEZ FERREYRA: *La obligación de seguridad en la responsabilidad civil*, Rosario, 1987.

personalidad, *vid. supra*, apartado B), con mayor motivo se suele otorgar la misma calificación si el perjuicio viene a causarse como consecuencia del incumplimiento de una *obligación accesoria* no expresamente pactada. El examen de alguna respuesta del Tribunal Supremo nos servirá para deducir la conclusión.

1. La obligación de seguridad en el transporte de personas: Sentencia de 9 de diciembre de 1949 (ref. núm. 1463): un pasajero de un autobús accidentado pierde la facultad sexual como consecuencia del golpe sufrido en una vértebra. Reclama una indemnización por daños morales a la empresa transportista *al amparo de los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil* y la consigue. Lo mismo en la Sentencia de **30 de abril de 1959** (ref. núm. 1981), en un supuesto de pérdida de visión parcial de un viajero por astillamiento de un vidrio y alojamiento en uno de sus ojos. Cabe preguntarse: ¿se habría logrado el mismo resultado invocando exclusivamente la existencia de una *obligación contractual de seguridad* implícita en el contrato de transporte?

2. La obligación de seguridad en el contrato de escolarización: Sentencia de 15 de junio de 1977 (ref. núm. 2883): un matrimonio, ante la necesidad de emigrar al extranjero, había convenido con un colegio los estudios *custodia* de su hijo menor. Este, en compañía de unos compañeros, lograron escaparse de las instalaciones escolares eludiendo la vigilancia del centro, y procedieron a bañarse en unas charcas que se encontraban fuera del casco urbano de la población. Murieron ahogados dos de los escolares, entre los que se encontraba el citado niño. La reclamación de sus padres se planteaba contra el dueño del terreno por la vía del artículo 1.902, y contra el colegio por la vía del artículo 1.903, párrafo 6.º. Para absolver al Colegio la sentencia entiende, y con razón, que no resultaba invocable al artículo 1.903 (pues no se trataba de *daños causados por* los estudiantes a terceros, sino de *daños sufridos por* ellos): los hechos no se adaptan a los supuestos legales expresados". No cabe duda de que, según el Supremo, lo que era invocable era el artículo 1.902. La duda vuelve a ser si no existía aquí también una obligación contractual de seguridad inherente al contrato celebrado.

3. La obligación de seguridad en el contrato de trabajo: Sentencia de 9 de marzo de 1983 (ref. núm. 1463): esta sentencia refleja de forma muy elocuente el estado de la cuestión. El capataz de una explotación agrícola había ordenado a uno de los obreros la conducción de un tractor en circunstancias altamente peligrosas, y tratándose además de un vehículo para cuya conducción no se encontraba habilitado el empleado. Sobrevino la muerte de éste, y se planteó la posibilidad de coexistencia de la reclamación por accidente de trabajo con la dimanante de culpa civil, perfectamente reconocida en el artículo 97-3.º de la Ley General de la Seguridad Social de 30 de mayo de 1974). El Tribunal Supremo admitió, invocando copiosa jurisprudencia, la coexistencia de ambas acciones, laboral y civil, pero al plantearse las normas aplicables a ésta, negó rotundamente que se debiera tratar de las contractuales, para incardinar la cuestión en los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil.

El recurso planteaba, en efecto, y a mi juicio con gran acierto, que **"la responsabilidad que puede imputarse directamente al encargado de la finca e indirectamente al recurrente, no es la extracontractual de que trata aquel precepto, sino la responsabilidad contractual derivada de negligencia en el cumplimiento de obligaciones contemplada en el artículo 1.101 del Código**, por cuanto la víctima del accidente, de quien traen causa los demandantes, se encontraba vinculada a los responsables —directo e indirecto— mediante un contrato laboral, sujeto a una específica y compleja normativa, que previene de manera concreta la consecuencias indemnizatorias".

La sentencia señala que lo anterior viene a ser una "alegación improsperable, pues el tema de la coexistencia o conjunción de las responsabilidades contractual y aquiliana cuando los sujetos se hallan ligados por un negocio bilateral y el daño sobreviene en su ámbito, es resuelto por la generalidad de la doctrina sosteniendo que si la extracontractual, por razón de su naturaleza de su objeto y de los principios que consagra basados en la amplia regla del *alterum non laedere*, constituye la responsabilidad general y básica estatuida en el ordenamiento, **no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para que ello suceda la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial**, de suerte que si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del trabajo —si de arrendamiento de servicios se trata— desplegará aquella sus efectos y entre otros el de la vigorosa presunción de culpabilidad del empresario, y en este sentido son numerosas las decisiones jurisprudenciales que declaran aplicables los artículos 1.902 y siguientes no obstante la preexistencia de una relación obligacional..."

La abrumadora cascada de sentencias que acompaña el extracto del considerando transcrito resulta absolutamente descorazonadora, no ya sólo de cara al reconocimiento de las obligaciones contractuales de seguridad en el ámbito del contrato de trabajo, sino a la propia virtualidad integrativa del artículo 1.258 del Código Civil. Con posterioridad, véase la **Sentencia de 6 de mayo de 1985** (ref. núm. 6319). Como señala al comentarla PANTALEÓN PRIETO, la calificación como "contractual" de la responsabilidad civil del empresario por accidente de trabajo parece clara en nuestro Derecho sin más que recordar que junto a los deberes *básicos o principales* de la relación contractual se dan cita los *accesorios o de protección* eficaz de la seguridad en el trabajo (art. 19-1.º del Estatuto de los Trabajadores y 7-2.º de la Ordenanza General de Seguridad e Higiene en el Trabajo de 9 de marzo de 1971). Pero si los abogados de los trabajadores accidentados fundamentan siempre sus acciones en las normas de responsabilidad extracontractual, es porque se piensa erróneamente que lo que la Seguridad Social paga (por cierto, con fondos en parte financiados por los propios trabajadores: he ahí otra razón para admitir la "perfecta compatibilidad de indemnizaciones", laboral y civil) es *precisamente la responsabilidad contractual* del empresario.

4. **La obligación de seguridad en el transporte de mercancías: Sentencia de 10 de mayo de 1984** (ref. núm. 2405): ante un supuesto de daños sufridos por las mercancías transportadas, entiende correcto el Supremo el que se califiquen como daños extracontractuales, pues *"no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere necesariamente con exclusión de la aquiliana, sino que se requiere para ello que la realización del hecho acontezca dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial,* supuesto que en el caso debatido no se dio, en cuanto se trató simplemente de un accidente sobrevenido por una conducción defectuosa de un vehículo de motor al no observar el conductor las precauciones que venían impuestas por la carga que transportaba y el lugar en que el accidente ocurrió, derivándose en consecuencia que la Sala *a quo*, al atenerse a la acción extracontractual, procedió conforme a derecho..."

Vuelve el Supremo a negar la existencia de la obligación de seguridad, esta vez en el contrato de transporte de cosas. Y lo hace transcribiendo literalmente una expresión ("no es bastante que haya un contrato...", etc.) que ya se ha convertido en auténtica fórmula de estilo de las sentencias. Véase la **Sentencia de 16 de diciembre de 1986** (ref. núm. 7447), que llevó a VILA RIBAS a preguntarse: ¿cuándo un hecho podrá ser entendido como perteneciente a la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negocial?

5. **La obligación de seguridad en el arrendamiento de cosas: Sentencia de 19 de junio de 1984** (ref. núm. 3250): probablemente sea ésta la sentencia que, aun reincidiendo claramente en la línea de las anteriores, contenga una doctrina más densa y que merezca mayor comentario. En la demanda origen del pleito, promovido por los dueños de un inmueble, se reclamaban los daños originados por el incendio provocado en el mismo por el hijo del arrendatario cuando procedió en su interior a soldar el depósito de gasolina de una motocicleta. Las llamas destruyeron, en efecto, el local, no obstante la colaboración de los bomberos y del vecindario para sofocarlas.

En el primer Considerando, se recuerda lo que la Audiencia señaló: "la culpa en que incurrieron los demandados, con independencia de las calificaciones que los actores hayan podido darle, debe calificarse (...) 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".

Resumidamente diré que el tercer Considerando: a) recuerda las diferencias existentes entre los dos ámbitos de responsabilidad, en cuanto a sus respectivos regímenes jurídicos y en cuanto a su origen; b) señala que, a pesar de las diferencias, las pretensiones tienen una finalidad reparadora común, "comprendida en el concepto genérico que a Ja de indemnizar asigna el artículo 1.106 del Código Civil", lo que conduce a que "la tajante separación originaria se atenúe mediante la aplicación indistinta

de preceptos que pueden reputarse, con matizaciones, preceptos comunes"; c) vuelve a la carga con la consabida *muletilla*: "no es bastante que haya un contrato entre las partes para que la responsabilidad contractual opere con exclusión de la aquiliana...", y d) admite que un mismo hecho puede ser a la vez incumplimiento contractual y acto ilícito extracontractual, consideración ésta que merecerá algún comentario en el epígrafe siguiente.

Pero no **todo han de** ser críticas. Una Sentencia (¡una!), la de 9 de mayo de **1984** (ref. núm. **2403**), permite albergar la tímida esperanza de que en alguna ocasión la jurisprudencia se vaya a mostrar dispuesta a defender la aplicación de los factores de integración del contrato, sin necesidad de que las normas de la responsabilidad aquiliana intervengan para que el acreedor logre el justo resarcimiento.

En esta ocasión, se trataba de que un abogado de Lérida había ejercitado una acción indemnizatoria de daños morales, pretendidamente sufridos como consecuencia de haberse omitido en la guía telefónica de la provincia todos sus datos, personales y profesionales. El contrato de suplemento publicitario había quedado incumplido. Pues bien, para conceder la indemnización reclamada por los "daños inmateriales o relativamente patrimoniales o indirectos, tales la fama, el prestigio, la nombradía profesional, la permanencia en el ejercicio de una actividad dependiente de clientela...", al Supremo le basta con afirmar que si bien es cierto que "el solo incumplimiento contractual no genera el deber de indemnizar", no se puede generalizar esta máxima: más bien se trata con ella de indicar que hay ocasiones en que no procederá indemnizar, bien porque el incumplimiento viene a subsanarse con la obligación de cumplimiento específico o bien porque el acreedor sólo consigue demostrar perjuicios meramente contingentes o ganancias dejadas de obtener que son meras expectativas. Puede así suceder que el incumplimiento constituya *per se* un perjuicio, un daño, una frustración en la economía de la parte, en su interés material o moral, "**pues lo contrario equivaldría a sostener que el contrato opera en el vacío** y que sus vicisitudes, en concreto las contravenciones de las partes, no habrá de tener ninguna repercusión, **contradiciendo así, además, la realidad normativa de la fuerza vinculante del contrato y de sus consecuencias perfectamente señaladas en el artículo 1.258 del Código Civil**".

Aún hay más; la sentencia afirma que la prueba de este tipo de daños es "paradójicamente, **más fácilmente apreciable o perceptible en los casos de incumplimiento contractual**, pues ya el hecho de esa conducta en una de las partes en el contrato produce, en el curso normal de la convivencia y de las expectativas creadas por la relación negocial intersubjetiva, una frustración, una ruptura de la confianza que es la base de la buena fe (arts. 7.1 y 1.258 del CC) y aunque una concepción economicista y material de la convivencia abonó o amparó en un tiempo una respuesta negativa para resarcir esa frustración, cierto es que hoy aparece superada

(...) gracias a la beneficiosa o compensadora entrada o irrupción de la ética (exposición de motivos del título preliminar del Código Civil de 1974) en el campo de las relaciones jurídicas..."

En fin, una sentencia tan magníficamente argumentada que dispensa de cualquier otro comentario.

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

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

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

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

En nuestro país es ya clásico el trabajo de GARCÍA VALDECASAS: "el problema que se presenta —decía— es el de la posible concurrencia de ambas clases de responsabilidad cuando en el hecho causante del daño concurren, al mismo tiempo, los caracteres de una infracción contractual y de una violación del deber general de no causar daño a otro. Más concretamente, cuando el hecho causante del daño es un acto ilícito (delito o cuasidelito), abstracción hecha de la obligación contractual, es decir, aunque ésta no hubiera existido nunca. Tal es, por ejemplo, el caso del depositario que, intencionadamente o por negligencia, causa daño a la cosa depositada. El depositario, en tal caso, no sólo incumple el contrato de depósito, sino que, al propio tiempo, ha cometido una violación del deber de no causar daño a otro (...). Cabe entonces preguntarse si el autor del daño ha incurrido en doble responsabilidad, la contractual y la delictual (y) si, por consiguiente, el perjudicado, es decir, el acreedor, podrá disponer de ambas acciones contra el deudor".

Adelanto ya que el punto de partida me parece equivocado. Entendemos que en el ejemplo propuesto y en tantísimos otros hay daño contractual y sólo contractual. Es incorrecto decir, por ejemplo, que como el dolo y el fraude se oponen "a todas las reglas del derecho contractual, no está ya el culpable bajo la protección del contrato y deberá sufrir la aplicación del derecho delictual" (entiéndase, extracontractual), debiéndose así dar a la víctima la posibilidad de optar por una u otra vía porque "el sentido de la justicia reclama una mayor protección". Y es incorrecto porque el dolo y el fraude aludidos, como también la negligencia o la mora, pueden encontrar perfectamente su acomodo en las reglas de las responsabilidades contractual, y no hay necesidad de buscar mayor protección fuera de ellas. Otra cosa será que resulte muy conveniente buscarla, pues la práctica evidencia de querer lograr el resarcimiento integral de los daños a través de las normas contractuales es casi la pretensión de un imposible.

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

1. TEORÍA DEL CONCURSO DE PRETENSIONES

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

Si la demanda es rechazada, la víctima podrá en un nuevo proceso utilizar la vía que excluyó primitivamente, pues, si según esta teoría, se trata de pretensiones diferentes, no hay cosa juzgada. En definitiva, los partidarios de la teoría de la opción vienen a entender que la existencia de contrato no excluye la tutela aquiliana del crédito: pero ésta se da, no para reforzar la protección normativa del acreedor (eso sería hablar de *concurso de normas*), sino para permitirle la opción por la vía que desee: la norma-

tiva contractual viene a ser un añadido de la protección aquiliana creada por la ley, no pudiendo los contratantes eliminar la tutela general, que no hacen más que reproducir en sus convenciones (PLANIOL) (25).

Esta opinión de GARCÍA VALDECASAS, compartida por tantos otros, puede encontrarse, implícita o explícitamente, en las sentencias que se citan a continuación. Algunas se refiere a la opción, pero casi todas eluden el problema y se limitan a declarar la aplicación de las reglas extracontractuales a la materia de los contratos: 13 de junio de 1942, 2 de enero de 1945, 9 de diciembre de 1949, 21 de marzo de 1950, 17 de febrero de 1956, 2 de abril de 1957, 30 de abril de 1959, 2 de mayo de 1961, 16 de abril de 1963, 20 de mayo de 1964, 10 de febrero y 3 de noviembre de 1966, 22 de diciembre de 1967, 24 de junio de 1969, 23 de enero de 1974, 30 de diciembre de 1980, 20 de febrero y 14 de abril de 1981, 8 de noviembre de 1982, 9 de marzo, 5 de julio, 18 octubre y 16 de noviembre de 1983, 10 de mayo y 19 de junio de 1984, 9 de enero de 1985, 16 de diciembre de 1986 y 19 de octubre de 1987.

Un terreno particular en el que la tesis de la opción suele admitirse es el del incumplimiento de contrato que engendra al mismo tiempo **responsabilidad criminal** (al menos cuando se trata de delito doloso). Creo que la solución no está tan clara como se pretende, pues nada impediría que el juez penal pudiera apreciar la existencia del delito y —si no hubo reserva de la acción civil para un proceso posterior— condenar civilmente aplicando *las normas contractuales* (o hacerlo el propio juez civil con posterioridad al proceso penal si medió reserva), y sin ninguna necesidad de hacer uso de las extracontractuales. Por ejemplo, un cirujano incumple el contrato de servicios médicos cometiendo un delito de imprudencia profesional con resultado de muerte o lesiones; un depositario incumple su obligación de custodia disponiendo del objeto depositado y cometiendo con ello un delito de apropiación indebida: son casos en los que el incumplimiento contractual se produce *precisamente* mediante la comisión de

(25) Participan de la teoría de la opción GARCÍA VALDECASAS: "El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el Derecho español", en *RDP*, 1962, págs. 831 y sigs.; SANTOS BRIZ: *La responsabilidad civil. Derecho sustantivo y Derecho procesal*, Madrid, 1981, pág. 715; PUIG BRUTAU: *Fundamentos de Derecho civil*, II-3, Barcelona, 1983, pág. 133; ROMEO CASABONA: *El médico ante el Derecho. La responsabilidad penal y civil del médico*, Madrid, 1985, pág. 101; FERNÁNDEZ-HIERRO: *La responsabilidad civil por vicios de construcción*, Bilbao, 1977, págs. 63 y sigs., y también en *Responsabilidad civil médico-sanitaria*, Pamplona, 1983, pág. 39. Aunque sin tomar partido decididamente, HERNÁNDEZ COSTALES: *Responsabilidad civil médica y hospitalaria*, Madrid, 1987, pág. 94; PACHIONL "Colpa contrattuale e colpa aquiliana", en *Riv. Dir. Com.*, 1905, II, pág. 258; PLANIOL, RIPERT y ESMEIN: *Traite pratique de Droit civil français*, t. VI, París, 1930, págs. 683 y sigs.; VAN RYN: *Responsabilité aquilienne et contrats en Droit positif*, París, 1933, en especial págs. 245 y sigs.

un delito. Claro, que en estos supuestos, en esta afirmación viene a interferir la previsión del artículo 1.092, que ordenaría al juez (penal o civil, lo mismo da) aplicar los preceptos de Derecho civil contenidos en el Código Penal. Pero no está de más decir que lo que los artículos 19 y siguientes y 101 y siguientes del Código Civil regulan es la responsabilidad *extracontractual* derivada de delito (que, recuérdese, es la misma que la *extracontractual* pura). En una palabra, puede haber **responsabilidad contractual derivada de delito**.

B) Teoría de la absorción o incompatibilidad. La opinión que entiende que responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual constituyen pretensiones resarcitorias distintas e independientes admite una segunda variante, por la que, *de lege lata*, comienzo tomando partido: si se trata de pretensiones distintas y con regímenes jurídicos separados, no cabe la opción, sino sólo colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde. El demandante ve excluida la acción contractual si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado: la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelando el mismo interés, ha sido la deseada por las partes. Como dice CHIRONI, las partes han sometido ese interés a una particular tutela, y por ello lo han sustraído de cualquier otra tutela genérica preexistente.

Merced a la entrada en juego de los factores de integración contractual (art. 1.258 CC) y a la invocación en más de un caso de la noción de las *obligaciones de seguridad* (noción que nos parece sumamente útil, pero que GARCÍA VALDECASAS no dudaba de calificar de ficción, "pues presume en las partes la voluntad de contraer una obligación que la mayor parte de las veces ni siquiera pasa por su imaginación"), el contrato absorbe todo aquello que se encuentra en su órbita natural, y los daños ocasionados en el marco del contrato encuentran su eventual reparación con arreglo a la normativa contractual.

La tesis de la absorción ha encontrado mucho éxito en Italia (donde no pocos partidarios tienen también la teoría de la opción), pero sobre todo en Francia, donde, como dice VINEY, los Tribunales han tomado firmemente partido contra las tentativas de intrusión de la normativa extracontractual en el ámbito de la contractual, por la amenaza que ello supone en cuanto a la nada deseable modificación del contenido de las obligaciones derivadas del contrato y del particular régimen que éstas poseen. En nuestro país ha tenido repercusión jurisprudencial en no pocas ocasiones. Particularmente, me parece, con PANTALEÓN PRIETO, la teoría dogmáticamente correcta, si bien muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar un resarcimiento tan

amplio como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales. No otra explicación tiene el frecuente uso y abuso que se hace del artículo 1.902. "Es curioso —dice SÁNCHEZ VÁZQUEZ, no tan curioso, añadimos nosotros— que en la práctica se invoque tan a menudo el artículo 1.902 tratándose de daños causados a las personas en el cumplimiento de ciertos contratos, y que se intente justificar tal invocación con la errónea pretensión de que tal precepto tiene un alcance absolutamente general. Con tal fundamento se podría suprimir casi todo el Código Civil y reemplazarlo por el indicado precepto".

Véanse, entre las sentencias que niegan la aplicabilidad de las normas extracontractuales, las de 13 de noviembre de 1901, 1 de febrero y 22 de abril de 1910, 3 de mayo y 31 de octubre de 1924, 12 de marzo de 1926, 10 de junio de 1929, 13 de junio de 1962, 8 de octubre de 1968, 12 de mayo de 1969, 26 de junio de 1975, 7 de abril y 5 de octubre de 1983 y, sobre todo, la de 9 de mayo de 1984 (26).

2. TEORÍA DEL CONCURSO DE NORMAS

La teoría del concurso de normas (*Geseízeskonkurrenz* o *Anspruchsnormenkonkurrenz*) parte de la base de que no existen dos pretensiones independientes. El demandante no ha de *etiquetar* la demanda, sino limitarse a exponer los hechos en que basa la pretensión resarcitoria. El no es quien ha de calificar los hechos, y aunque lo haga, su elección no vincula al juez, que puede actuar con absoluta libertad en virtud del principio *iura novit curia*, de modo que si la reclamación no encaja en el campo preten-

(26) Se muestran partidarios de la tesis de la absorción: PANTALEÓN PRIETO, en numerosos comentarios doctrinales publicados en *CCJC* y particularmente los contenidos en los números 4 (págs. 1257 y sigs.), 5 (págs. 1645 y sigs.), 6 (págs. 1869 y sigs.) y 8 (págs. 2609 y sigs.). Véanse también, en la misma publicación, los comentarios de BERCOVITZ (núm. 3, págs. 993 y sigs.), IGARTUA ARREGUI (núm. 5, págs. 1631 y sigs., y núm. 7 págs. 2235 y sigs.) y VILA RIBAS (núm. 13, págs. 4297 y sigs.). SÁNCHEZ VÁZQUEZ: "La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana", en *RDP*, 1972, págs. 965 y sigs.; DE COSSIO: *El dolo en el Derecho civil*, Madrid, 1955, pág. 105; MAZEAUD: *Traite...*, cit., en especial núm. 192; VINEY: *Traite...*, en especial págs. 262 y sigs.; BARASSI: *Teoría generale delle obbligazioni*, Madrid, 1955, pág. 105; MORELLO: "Profili comparatistici", en *Risarcimento del danno contrattuale ed extracontrattuale* (estudios dirigidos por VISINTINI), Milano, 1984, pág. 176; CHIRONI: *La culpa en el Derecho civil moderno*; culpa extracontractual, t. 1, trad. de Adolfo Posada, Madrid, 1978, págs. 63 y sigs.; Russo: "Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto", en *Riv. Trim. Dir. e Proc. Civ.*, 1950, págs. 962 y sigs. (y allí, 986 y sigs.); CARADONNA: "Concorso di colpa contrattuale ed extracontrattuale", en *Riv. Dir. Comm.*, 1922, I, págs. 270 y sigs.; PERETTI GRIVA: "Inammissibilità del concorso dell'azione aquiliana e contrattuale", en *JR/v. RCP*, 1933, págs. 215 y sigs.

dido por el actor, podrá intercambiar los argumentos y darle acomodo en la otra esfera, sin que ello suponga vicio de incongruencia.

En ocasiones se hace uso de esta técnica, no por encontrarse el demandante ante una situación encajable en la *zona borrosa* entre ambas esferas, sino porque, tratándose de un inequívoco supuesto de incumplimiento contractual, se invocan también las reglas de la responsabilidad aquiliana, tal vez pensando que con ello existirán mayores posibilidades de éxito. Así, por ejemplo, las Sentencias de 1 de febrero de 1910 y 3 de mayo de 1924 declaran inaplicables los artículos 1.902 y siguientes del Código Civil cuando se trata de hacer efectivas las obligaciones derivadas de contrato (se habían invocado tanto las reglas de la responsabilidad aquiliana como las del contrato de arrendamiento —en la primera sentencia— y las del Código de Comercio en materia de transporte —en la segunda—).

La teoría del concurso de normas no parece viable en los ordenamientos que, como el nuestro, parten del presupuesto de que ambas formas de reclamación constituyen pretensiones jurídicas diferentes. Claro, que si se entiende que a pesar de la doble regulación, estamos ante pretensiones idénticas (Sentencias de 24 marzo 1952, ref. núm. 1209; 18 junio 1979, ref. núm. 2895, y 30 diciembre 1981, ref. núm. 5357), bien puede entenderse que lo que hace el ordenamiento es proporcionar a la aludida *zona borrosa* una doble regulación: el objeto a que la reclamación se dirige sería único (el resarcimiento), y única también la causa de pedir (el daño). Es así como DÍEZ-PICAZO afirma 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, sino 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*. Esta solución, más realista, parece también mucho más justa que la de formalizar y cristalizar las acciones, que conduce inevitablemente en la elección, a una especie de ordalía o juicio de Dios".

Lo que no parece ocioso recordar es que el *iura novit curia* puede jugar su papel en la justicia de instancia, pero no en casación, pues de lo contrario se convertiría el Tribunal Supremo en tercera instancia, que es precisamente para lo que no está. Y es que no parece muy correcto que en la Sentencia de 26 de enero de 1984 (ref. núm. 386) cambiase, como en efecto hizo, la calificación que de relación extracontractual había dado la Audiencia y *aceptado los litigantes*, para afirmar que se trataba de un caso de responsabilidad contractual.

Una sentencia que ha merecido comentarios es la de 16 de diciembre de 1986 (ref. núm. 7447). Se invocaron en el recurso reglas contractuales

y extracontractuales; en concreto, el recurrente indica que la *causa petendi* se encuentra tanto en el artículo 1.554-2.º como en el 1.902, añadiendo que "no existen entre las responsabilidades contractual y extracontractual esenciales diferencias y sí fundamentos y finalidad comunes". Pues bien, la sentencia parece jugar la doble baraja de la tesis de la opción y la del concurso de normas:

- a) Por una parte se dice que, aun existiendo contrato, el actor ha alegado, y el demandado aceptado, el artículo 1.902, por lo que "el Tribunal de instancia no debe entender ejercitable la acción contractual" (o lo que es lo mismo, no juega el *iura novit curia* porque el juzgador se ve vinculado por la relación jurídico-procesal establecida por las partes), "máxime cuando se piden, entre otras partidas, una por daños materiales devenidos fuera del piso arrendado y otra por daños morales, cuya procedencia de mera infracción contractual es dudosa" (pronunciamiento este último descorazonador, pues parece negar que el daño moral contractual sea indemnizable); teoría de la *opción*, por tanto, ...
- b) Pero por otra parte, entiende lícito alegar ambos bloques normativos, y dice que "está bien aplicado el artículo 1.902 aunque en la demanda por argumento *ad maiorem* se invoquen artículos sobre responsabilidad contractual" (teoría del *concurso de normas*). Más todavía: "la obligación de indemnizar a consecuencia de la actuación culposa de la arrendadora ha de declararse, tanto si se trata de infracción contractual como si es extracontractual".

Lo que al menos queda claro es que se excluye la teoría de la *absorción*, pues, "aunque existiendo obligación derivada de contrato no hay que acudir al artículo 1.902", no se trataba de "la realización de un hecho dentro de la rigurosa órbita de lo pactado y como desarrollo del contenido negociar. No compartimos aquí las afirmaciones que hace VILA RIBAS en su, por lo demás, magnífico comentario de la sentencia (27).

Ni que decir tiene que si desapareciesen las razones por las que el daño contractual y el aquiliano vienen a ser tratados de manera diferente, el problema ya no se plantearía en términos de concurso: ni de pretensiones ni de normas. Una regulación unitaria que permita a la víctima encontrar

(27) Véanse los comentarios que de las Sentencias de 26 de enero de 1984 y 16 de diciembre de 1986 hacen, respectivamente, PANTALEÓN y VILA RIBAS, en *CCJC*, núm. 4, págs. 1257 y sigs., y núm. 13, págs. 4297 y sigs.; GULLÓN BALLESTEROS: *Curso de Derecho civil. Contratos en especial. Responsabilidad extracontractual*, Madrid, 1968, pág. 473; DIEZ-PICAZO: *Estudios sobre la jurisprudencia civil*, t. I, Madrid, 1979, pág. 251; DE CUPIS: *El daño. Teoría general de la responsabilidad civil* (trad. al castellano de Martínez Sarrión), Barcelona, 1975, págs. 164 y 165; BARCELLONA: "Scopo della norma violata. Interpretazione teleologica e tecniche di attribuzione della tutela aquiliana", en *Riv. Dir. Civ.*, 1973, I, págs. 311 y sigs.

el resarcimiento de aquellos daños que guardan una adecuada relación de causalidad con la conducta del agente convertiría a la responsabilidad civil contractual y a la extracontractual en dos campos con sus problemas fenomenológicos particulares, pero sometidos, no ya a reglas *comunes* (eso y no otra cosa son, por cierto, los arts. 1.101 y sigs. CC), sino a *la misma* normativa. Todo ello suprimiría todas las injusticias que en la práctica pueden constatarse (TUNC). A juzgar por los movimientos doctrinales, jurisprudenciales y legislativos que recientemente se vienen produciendo en el Derecho comparado, nos encontramos ante la inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divissio* de la responsabilidad civil (VINEY).

Y es que tal vez hay que hacer ver que la proliferación de los contratos de adhesión, contratos tipo, contratos normativos y tantas modernas formas de contratación que poco o nada se parecen al modelo romano (o sea, al que los codificadores tenían presente) acercan considerablemente la esfera de la contratación al ámbito de la responsabilidad aquiliana. Cuando los contratantes tienen ocasión de pactar, asumir sus riesgos conscientemente, *verse las caras* en una palabra, la regulación por ellos querida desplazará a las normas extracontractuales; y allí sí es lógico seguir manteniendo la dualidad de sistemas (aunque no, desde luego, con tantas y tan abrumadoras diferencias como las que a diario se pueden constatar): en un contrato "a la romana" cada uno tiene el deudor que buscó y quiso, y el factor de atribución presentará matices que no presenta la responsabilidad extracontractual. Pero tanto más nos alejemos del modelo de la autonomía contractual, tanto más recomendable será unificar las esferas, no ya sólo desde el punto de vista metodológico, sino también en orden a las consecuencias prácticas.

MARIANO YZQUIERDO TOLSADA

Profesor Titular de Derecho Civil
Universidad Complutense de Madrid