

RESPONSABILIDAD CIVIL: HACIA LA UNIFICACIÓN DE LAS ÓRBITAS CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL

Aída Kemelmajer de Carlucci

1. PRELIMINARES¹

a) Nociones básicas

La doctrina mayoritaria de la generalidad de los países occidentales divide el llamado “Derecho de daños” en dos grandes ámbitos: el contractual y el extracontractual (denominado también aquiliano, en recuerdo de la *lex Aquilia*, 296 a.C.).

A grandes trazos, la línea divisoria podría basarse en el siguiente esquema:

- incurre en responsabilidad *contractual* quien causa un daño al contravenir un deber específico que lo une a otro sujeto;
- incurre en responsabilidad *extracontractual* quien causa un daño contrariando el deber genérico de no dañar a otro.

Consecuentemente, en sentido amplio, la responsabilidad *contractual* puede definirse como el “deber de reparar del contrayente incumpliente”, o la “obligación del deudor que no ha cumplido la prestación, o que la ha cumplido mal o fuera de tiempo, de resarcir el daño al acreedor”.²

Se afirma que estas dos nociones reposan sobre dos ideas o

1 Me he referido a este tema en el comentario al art. 1107 del Código Civil y leyes complementarias, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, pág. 325. Estas reflexiones deben considerarse una continuación de aquel trabajo por lo que no reiteraré las cuestiones abordadas en aquellas líneas sino en cuanto hayan tenido modificación en estos últimos quince años; consecuentemente, pido al lector que tenga en consideración toda la bibliografía y jurisprudencia allí referenciada pues, en principio, omitiré su cita.

2 Ferrarí, Franco, *Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione*, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n°1.2.2., pág. 17.

teorías distintas:

- la teoría de la *voluntad*, en el ámbito *contractual*,
- la idea de la *solidaridad* (que impone el recíproco respeto entre las esferas jurídicas a las que se pertenece), en el área extracontractual.³

Desde un ángulo algo diverso, y en fórmula hoy muy criticada, en el Common Law se afirma:

- El derecho de los Contratos es *productivo*.
- El derecho de los *Torts*, es *protector*.

El autor del ilícito es responsable por hacer mal las cosas; el contratante, por no hacerlas mejor”.⁴

En síntesis, frente a esta dualidad, en Francia se dice que el derecho de la responsabilidad civil es “*bicéfalo*”.⁵ y en Italia, que el sistema es *binario*.⁶

b) Una brevísima referencia histórica

Al parecer, esta dualidad fue expuesta de este modo por Zacharie; ulteriormente, recibió el apoyo de Larombière, para quien “el art. 1382 del código civil francés⁷ es extraño a la culpa contractual”,

3 Di Majo, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 9.

4 No he traducido la palabra “*Torf*” por no existir en castellano una expresión totalmente equivalente. Compulsar Markesinis B and. Deakin, Tort Law, 3° ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 9.

5 Roussel, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilités délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n° 22.264.

6 Giardina, Francesca, Responsabilità contrattuale ed Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág.95.

7 Correlativo del art. 1109 del Cód. civil argentino, 1902 del código español, 5141 de Puerto Rico, etc.

añadiendo que “la entrada del art. 1382 en la regulación de los contratos subvertiría completamente la reglamentación contractual querida por las partes”.⁸

c) Propósito de estas líneas

Estas reflexiones pretenden explicar por qué la legislación debiera unificar, en todo lo posible, ambos regímenes, tal como lo propician en Argentina todos los proyectos de reforma al código civil del último decenio⁹, con amplio apoyo doctrinal.¹⁰

Adelanto algunas de las razones de mi propuesta. En mi opinión, esta distinción no se sustenta en la naturaleza de la obligación de reparar; dicho de otro modo, sólo se trata de una diferencia de régimen y no de esencia.¹¹ Daré sólo dos argumentos a favor de este aserto:

- Ciertas responsabilidades entran en uno u en otro campo, según los diversos sistemas jurídicos; así, por ej., mientras la

8 Ver estos datos en Diez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Civitas, 1999, pág. 248.

9 Tuve el honor de integrar, conjuntamente con los Dres. Belluscio, Zannoni, Bergel, Videla Escalada, Rivera y Le Pera, la Comisión designada por decreto 468/92 del Poder Ejecutivo Nacional. El proyecto elevado al Senado sustituía el libro II y regulaba en un solo título los dos ámbitos. En 1987 el Poder Legislativo aprobó una importante serie de reformas al código civil argentino, cuyo sustrato era también la unificación, pero la ley fue vetada por el Poder Ejecutivo de la Nación. Luego, la llamada Comisión Federal preparó un proyecto de unificación que fue aprobado por la Cámara de Diputados en 1993, pero no fue tratado por el Senado. El último esfuerzo en el mismo sentido es el proyecto firmado por los juristas Héctor Alegría, Atilio A. Alterini, Jorge H. Altermi, María Josefa Méndez Costa, Julio Rivera y Horacio Roitman, 6 de los nueve integrantes de la Comisión designada por decreto 685/95 (Para los proyectos mencionados ver, entre otros, Bueres, Alberto, *La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El Código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español*, *La Revista del Foro de Cuyo*, 1992 n° 4, pág. 7). La metodología del proyecto del Ejecutivo de 1992 fue aprobada por la doctrina; ver, entre muchos Ghersi, Carlos A., *Los proyectos de reforma de los códigos civil y comercial y la sistemática de la responsabilidad civil*, LL 1994-C-769.

10 Me remito a la citada en mi artículo *La responsabilidad civil en los albores del siglo XXI. La responsabilidad civil en el proyecto de reformas del Código Civil de 1993*, en JA 1993-11-807 y ss.

11 Ver Alpa, Guido, *Responsabilità civile e Danno*, Bologna, Il Mulino, 1991, pág. 17.

responsabilidad médica, en principio, es contractual en los sistemas continentales,¹² es extracontractual (*tort of medical malpractice*) en los EE.UU. Sin embargo, no hay diferencias sustanciales en las reglas: en ambos sistemas la carga de la prueba de la culpa médica recae sobre el paciente, se recurre a la regla *res ipsa loquitur*, etc.¹³

- Como se verá a lo largo de estas líneas, hay toda una serie de figuras - cuyo nacimiento y crecimiento es "aluvional"¹⁴- que rigurosamente analizadas no se identifican con las que encuadran en ninguno de los dos campos (ilícito o incumplimiento contractual).

2. IMPORTANCIA PRÁCTICA DE LA DISTINCIÓN

No analizaré cada una de las diferencias -reales o ficticias- que dividen ambos campos pues han sido enumeradas por la doctrina de modo minucioso.¹⁵ Sólo recordaré algunas de las que son objeto de

12 Tanto en Italia, cuanto en Argentina, la responsabilidad médica es en principio contractual, pero abre la vía extracontractual. Para el derecho italiano ver De Matteis, Raffaella, La responsabilità médica, Padova, Cedam, 1995, pág. 21.

13 Giardina, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?, en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 89.

14 Giardina, Francesca, Responsabilità contrattuale ed Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág. 181.

15 Véase, entre muchos, en Argentina, Bueres, Alberto, La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español, La Revista del Foro de Cuyo, 1992 n° 4, pág. 15 y ss; Bustamante Alsina, Jorge, Teoría general de la responsabilidad civil, Bs. As., 9° ed., A. Perrot, 1997, pág. 695 y ss. En Italia, Visintini, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, trad. de Aída K. de Cariucci, Bs. As., Astrea, 1999, t. I n° 20 y ss; Baldassari, Augusto, Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, en La responsabilità civile, a cura di Paolo Cendon, Torino, Utet, 1998, t. I pág. 327; Ferrari, Franco, Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 19 y ss; n° 5.1, pág. 153 y ss; Majello, Ugo, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, en Scritti di Diritto Patrimoniale, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1992, pág. 262 y ss; Rossello, Carlos, Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza, en Contratto e impresa, 1996 n°2, pág. 646 y ss; Giardina, Francesca, Responsabilità contrattuale ed Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág. 4 y ss; De la misma autora, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale; una distinzione attuale?, en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 79; en España, De Ángel Yagüez, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Civitas, 1993, pág. 14 y ss. En Francia, Viney, Geneviève, Traité de Droit Civil sous la direction de J.Ghestin. Introduction à la responsabilité, 2° ed., Paris, LGDJ, 1995, n° 166, n° 169 y ss; Starck, Boris et autres, Obligations. 2. Contrat, 5° ed., Paris, Litec, 1995, n° 1754 y ss; Cornu, Gérard, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, en Études de Droit Contemporain, Institut de Droit Comparé, n° XXIII, pág. 239.

reiterada discusión en el ámbito jurisprudencial.

a) Plazo de prescripción

En la mayoría de las legislaciones, generalmente el plazo de prescripción de la acción para reclamar los daños derivados de la responsabilidad contractual es más extenso que en la responsabilidad extracontractual (en Argentina, dos años para la extracontractual, diez para la contractual). Por eso, en general, al dañado le conviene la responsabilidad contractual si ya ha transcurrido el plazo de la prescripción más breve. Sin embargo, a veces, la acción contractual tiene un plazo menor de prescripción (como sucede en Argentina para el transporte terrestre de personas),¹⁶ o la ley prevé plazos de caducidad para hacer protestas o reservas (véase, por ej., las acciones contra el constructor de una obra que presenta vicios), inexistentes en el ámbito extracontractual.

b) Responsabilidad por el hecho de otro

En España se ha afirmado que mientras en la responsabilidad extracontractual el principal responde por el hecho del dependiente con fundamento en la culpa presunta, en el ámbito contractual esa responsabilidad es objetiva.¹⁷ En el derecho argentino, en cambio, en ambos supuestos la responsabilidad tiene fundamento objetivo.¹⁸

El problema, en cambio, reside en determinar cuáles son los sujetos por los que se debe responder:

Entre las distinciones ficticias ubico la relativa a la carga de la prueba de la culpa, por lo que omitiré toda referencia a esta cuestión.

16 Ver jurisprudencia citada en mi obra *Daños causados por los dependientes*, Bs. As., ed. Hammurabi, 1992, pág. 54 y ss.

17 Ver, entre muchos, Jiménez Horwitz, Margarita, *La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares*, Madrid, McGraw Hill, 1996, pág. 66.

18 Me remito a lo expuesto en mi comentario al art. 1113 del Código Civil y leyes complementarias, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, pág. 446 y ss, doctrina y jurisprudencia citada.

- Para algunos, entre los que me incluyo, en el ámbito *contractual*, se responde de los llamados *auxiliares*, es decir, de toda persona, dependiente o no, que el deudor utiliza para el cumplimiento de las obligaciones. Como dice Geneviève Viney, si el deudor no fuese responsable de los hechos de los sujetos que él mismo introduce, se lo estaría autorizando para desligarse unilateralmente de la obligación asumida, todo lo cual es un contrasentido.¹⁹

En el campo *extracontractual*, en cambio, se requiere una relación de dependencia entre el comitente y el autor, calificación que supone la posibilidad de dar instrucciones, aunque esta posibilidad no tenga base en un contrato de trabajo (ni siquiera en un contrato válido), las tareas no sean remuneradas, no se haya tenido posibilidad de elegir, y el comitente carezca de los conocimientos especiales que sí tiene el dependiente.²⁰

La terminología del código civil italiano apoya esta distinción: el art. 1228 (que regula la responsabilidad contractual) dispone: “Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de *terceros*, responde también de los hechos dolosos o culposos de éstos”. Para la *extracontractual*, en cambio, el art. 2049 dice: “Los patronos y los comitentes son responsables por los daños causados por el hecho ilícito de sus *domésticos y empleados* en el ejercicio de las incumbencias a que están adscritos”.

La doctrina que interpreta ambos textos explica que en el art. 1228 cabe no sólo el dependiente ligado con vínculos de subordinación, sino también cualquier sujeto que ha colaborado con el deudor en la operación preordenada, aunque sea extraño a su hacienda y a las relaciones entre acreedor y deudor.²¹

19 Viney, Geneviève, *Traité de Droit Civil sous la direction de J.Ghestin. Introduction à la responsabilité*, 2° ed., Paris, LGDJ, 1995, n° 818.

20 Me remito a lo expuesto en mi comentario al art. 1113 del Código Civil y leyes complementarias, dirigido por Belluscio y coordinado por Zannoni, Bs. As., Astrea, 1984, t. 5, pág. 432/446, doctrina y jurisprudencia citada

21 De Marco, Carmelo, *La R.C. nel trasporto di persone e cose*, Milano, ed. Giuffré, 1985, pág. 19.

En sentido coincidente, refiriéndose a la responsabilidad contractual, un autor español afirma: “Se consideran *auxiliares* no sólo los dependientes o subordinados del deudor, sino cualquier persona (incluidos empresarios autónomos) de cuya actividad éste se sirva para la realización del cumplimiento, no como simple presupuesto táctico del mismo, sino funcionalizándola al cumplimiento de una concreta obligación respecto del cual aquella actividad es instrumental. Lo importante no es la relación que media entre el deudor y su auxiliar, que puede ser o no de dependencia, sino que aquél utilice a éste para la ejecución de la relación obligatoria; por eso, basta que el tercero auxiliar haya sido incorporado para el cumplimiento de la obligación, sea para efectivizar, sea para cooperar en él”.²²

- Otros, en cambio, entienden que no se debe distinguir. En esta posición, Bueres afirma: “no hay diferencias en uno u otro ámbito... La noción de dependencia aparece en las dos órbitas aludidas, pues ella no supone de manera indefectible la presencia de un nexo negocial o de una relación que exija vigilancia o imposición de autoridad efectivas. El ejecutor del último tramo del plan de prestación es siempre un dependiente si promedia una autorización para obrar. Cuando los poderes de elección, contralor, dirección etc., se diluyen hasta un punto en que ni siquiera acudiéndose a una ficción pudiera concebirse en su existencia, el deber de responder reflejo o indirecto por el actuar ajeno deja de ser tal y da paso, se transforma, en una obligación de seguridad que funciona con carácter secundario respecto de la prestación principal y cuya trasgresión engendra una responsabilidad contractual y directa del deudor”.²³

c) Régimen de la solidaridad

Si el dañado tiene acción contra varios posibles responsables, en el ámbito extracontractual puede obtener la condena solidaria de todos,²⁴ la acción por responsabilidad contractual, en cambio, da lugar a la mancomunidad entre los demandados, salvo que la solidaridad

22 Jordano Fraga, La responsabilidad contractual, Madrid, Civitas, 1987, pág. 564.

23 Bueres, Alberto, La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El Código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español, La Revista del Foro de Cuyo, 1992 n° 4, pág. 18.

24 Jiménez Horwitz, Margarita, La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares, Madrid, McGraw Hill, 1996, pág. 66

hubiese sido pactada o derivase de la regulación legal del contrato en cuestión.

d) Cláusulas convencionales relativas a la responsabilidad (limitativas y extensivas):

Si las partes han estado unidas por vínculos contractuales han podido prever las consecuencias del incumplimiento, tanto para agravar sus consecuencias (cláusula penal, asunción de riesgos, etc) cuanto para restringirlas (cláusulas limitativas). Esta situación no opera, normalmente, en el ámbito de la responsabilidad extracontractual.

Está fuera de discusión que si se trata de contratos “negociados”, rige la autonomía de la voluntad siempre que los derechos en juego sean disponibles. En los contratos con cláusulas generales predispuestas, en cambio, la necesidad de un régimen único se hace más evidente,²⁵ pues la noción de orden público juega un rol más o menos extenso.

e) Antijuridicidad

La sala I del Tribunal Supremo de España tiene resuelto que a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad contractual, que siempre deriva de una conducta contraria a las reglas específicas previamente establecidas, en la extracontractual, “el art. 1902 del CC sólo exige que en la conducta dañosa intervenga culpa o negligencia, por lo que su consideración como antijurídica, más bien ilícita *-alterum non laedere-* no precisa violación de un precepto concreto”.²⁶

La doctrina argentina expresa esta idea de otro modo: en el ámbito extracontractual basta una antijuridicidad genérica o abierta; más aún, los supuestos excepcionales de daños reparables por actividades

25 Para esta distinción y la mayor justificación de la unificación en los contratos negociados, ver Vzquierdo Tolsada, Mariano, La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea), en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Atilio A. Alterini, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 110.

26 Trib. Supr. España, sala 1º, 26/12/1995, Rev. General de Derecho, Valencia, año LII, nº 620, 1996, pág. 5239.

lícitas (por ej., daños causados al ingresar a un inmueble, con autorización del dueño, para pasar materiales en una obra que se construye en el terreno vecino), se ubican en el ámbito extracontractual. En el contractual hay una violación de obligaciones específicamente asumidas (ver, sin embargo, lo expuesto infra 7 respecto a la obligación implícita de seguridad).

f) Extensión de la reparación

Los autores señalan que mientras en la responsabilidad contractual por culpa sólo se responde por las consecuencias inmediatas previsibles al tiempo de contratar, en la extracontractual se responde de las consecuencias inmediatas y mediatas.

En tal sentido, el art. 1107 del código español prevé que “los daños y perjuicios de que responde el deudor de buena fe son los previstos o los que se hayan podido prever al tiempo de constituirse la obligación y que sean consecuencia necesaria de su falta de cumplimiento. En caso de dolo responderá el deudor de todos los que conocidamente se derivan de la falta de cumplimiento de la obligación”. Sigue de este modo el art. 1150 del cód. civil francés según el cual “el deudor sólo está obligado a los daños y perjuicios que hayan sido previstos o que se hubieran podido prever en el momento de contratar, siempre que la inexecución de la obligación no haya ocurrido por su dolo”.²⁷

En la Argentina, no obstante la existencia de normas semejantes (art. 520 Código Civil), la jurisprudencia registra pocas sentencias que hayan rechazado la demanda por daños derivados de la responsabilidad contractual con fundamento en que se trataba de una consecuencia mediata; y en las ocasiones en que así ha sucedido, la solución ha sido criticada. Véase el siguiente caso: el propietario de un automóvil lo dejó en un taller para realizar un trabajo de ajuste; el tallerista lo llevó a una estación de servicio para hacer el lavado y engrase; por negligencia imputable al propietario de la estación de servicio, el automóvil fue robado, apareciendo algún tiempo después, con averías provocadas por un choque. Iniciado juicio contra el dueño de la estación de servicio, se hizo lugar al rubro privación del vehículo durante el

²⁷ Para el tema en el derecho francés ver, entre otros, Le Tournau, Philippe y Cadet, Loïc, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, n° 356 y ss.

tiempo en que el automotor estuvo “desaparecido” pero no a la reparación de los daños causados por el choque. El tribunal afirmó que estos últimos eran una consecuencia *mediata* desde que resultó de la conexión de un hecho (el robo) con un acontecimiento distinto (el choque). Borda criticó con razón la solución: es ilógico que el garajista a quien se confió la guarda responda por el daño mayor (la pérdida definitiva) y no por un daño menor (las averías con las que fue encontrado). Con el mismo criterio habría que sostener que no responde si las averías se produjeron porque el ladrón abandonó el automotor después de haberse llevado las gomas, el acondicionador de aire y otras piezas, pues se trataría de la conexión de un hecho (el robo del automóvil) con un acontecimiento distinto (el robo de las piezas).²⁸

En el derecho italiano, en cambio, la regla parece ser la de la indemnización integral, tanto en el ámbito contractual cuanto en el extracontractual.²⁹

g) Reglas del Derecho internacional privado

Cuando existe algún punto de contacto en el extranjero, las diversas leyes internas y tratados internacionales que regulan la ley aplicable y el juez competente, normalmente distinguen entre responsabilidad contractual y extracontractual.³⁰ Esta es la posición que asume, por ej., el Tratado de Montevideo.³¹

28 Cám. Nac. Civ. Sala C, 23/9/1982, Abril c/Battaglia, LL 1983-A-281, con nota desaprobatoria de Borda, Guillermo, La Lógica y la justicia.

29 Me remito, *in totum*, a la excelente obra de Pinori, Alessandra, Il danno contrattuale, Padova, Cedam, 1998, pág. 4 y ss.

30 Para el tema en Europa ver Rossello, Carlos, Responsabilit  contrattuale ed aquiliana: Il punto sulla giurisprudenza, en Contratto e impresa, 1996 n 2, pág. 647; Le Tournau, Philippe y Cadiet, Lo c, Droit de la responsabilit , Paris, Dalloz, 1996, n  425 y ss.

31 Ver fallo firme de 1   instancia del Dr. Julio A Noodt Lorenzen, 10/10/1983. LL 1986-B-387, con nota de Perugini de Paz y Geuse, Alicia, La responsabilidad extracontractual en un caso argentino-uruguayo. El juez estimó que el transporte benévolo genera responsabilidad extracontractual y, consecuentemente, por aplicación del Tratado de Montevideo deb  aplicarse la ley uruguayo, desde que el accidente hab  ocurrido en territorio de ese país.

h) Reglas de determinación de la competencia

En algunas provincias argentinas -por ej., Santa Fe- la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual tiene incidencia en materia de competencia, pues para la responsabilidad extracontractual existen tribunales llamados “colegiados de instancia única”.³²

3. PRIMER PROBLEMA DEL DUALISMO: DETERMINACIÓN DEL CAMPO RESIDUAL Y DEL ÁMBITO CERRADO

La primera tarea reside en identificar el campo residual o abierto y el ámbito cerrado. En otros términos: dado que las categorías jurídicas normalmente no comprenden todos los casos que la realidad presenta, es menester saber cuál es el ámbito que recoge los casos no previstos; cuál es el que puede ser considerado el “derecho común”.

Para algunos, el derecho común es la responsabilidad delictual o aquiliana; consecuentemente, todo lo que no es responsabilidad contractual, ingresa al ámbito extracontractual, sea o no un hecho ilícito.

Para otros, en cambio, el ámbito extracontractual es la categoría cerrada, que sólo contiene los daños derivados de *ilícitos strictu sensu*, por lo que el resto se rige por las reglas de la responsabilidad contractual.³³

La determinación del campo residual no es cuestión menor, sobre todo si se tiene en consideración que:

- algunos códigos, al regular en particular cada contrato, contienen normas específicas de responsabilidad por incumplimiento; en cambio, es más dudoso si existe una normativa genérica para la responsabilidad contractual.³⁴

32 Compulsar, entre muchos, Vázquez Ferreyra, Roberto, Responsabilidad médica: ¿contractual o extracontractual?. El caso en que el paciente muere y reclaman indemnización sus familiares, Zeus t. 61 D-87.

33 Compulsar Ferrari, Franco, Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 18; en Argentina, Bustamante Alsina, Jorge, La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual es de excepción, JA 1989-1V-475.

34 Viney, Geneviève, Traité de Droit Civil sous la direction de J.Ghestin. Introduction à la responsabilité, 2° ed., Paris, LGDJ, 1995, n° 166.

- según cual sea la respuesta, se dará distinta solución a los casos discutidos (por ej., daños derivados de conductas *lícitas* que generan obligación de responder, daños causados por incumplimiento de la voluntad unilateral, por el transporte benévolo, etc.)

4. SEGUNDO PROBLEMA DEL DUALISMO. CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL

Delimitado el campo residual, surge el problema de definir la responsabilidad *contractual*, llamada también *obligacional*.³⁵ En esta tarea aparecen dos cuestiones:

a) Obligación nacida de un contrato *strictu sensu* u obligación específica nacida también de otras fuentes

Sobre esta alternativa, hay para todos los gustos:

El Supremo de España ha dicho que la responsabilidad contractual puede estar precedida de una relación jurídica que no sea un contrato sino otra clase de vínculos, como los generados por la comunidad de bienes, o una relación de derecho público similar a un contrato de derecho privado. En otros términos, aunque la obligación no derive de un contrato, si hay una relación jurídica que concede un medio *específico* para el resarcimiento, se excluye la aplicación del art. 1902 (responsabilidad por hecho ilícito) pues la regla general es la aplicación preferente de los preceptos relativos a la responsabilidad contractual.³⁶

En esta misma línea, algunos autores argentinos entienden que hay responsabilidad contractual si la obligación preexistente violada con el incumplimiento es una obligación específica o concreta; consideran

35 Ver Pantaleón Prieto, Fernando, su comentario a sentencia del Trib. Superior de España, 26/1/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, *Enero/marzo* 1984, n° 4 n° 106, pág. 1263.

36 Trib. Supr. España, 26/1/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, *Enero/marzo* 1984, n° 4 n° 106, pág. 1257, comentado por Fernando Pantaleón Prieto (en el caso, un contrato de servicio de alcantarillado de la ciudad para su vigilancia y mantenimiento y daño producido por filtraciones). El autor entiende que el Supremo violó el principio de congruencia pues la acción había sido calificada de extracontractual por la Cámara y la sentencia había sido apelada sólo por la demandada (beneficiada por la calificación aunque no por el resultado final de la sentencia).

que si el deber preexistente es específico y determinado con relación al objeto de la obligación, cualquiera sea la fuente, se entra en el ámbito contractual.³⁷

Para la Casación francesa, en cambio, todo lo que no es contractual es, automáticamente, delictual, y la responsabilidad contractual se configura sólo si existe un contrato válido entre el responsable y la víctima.³⁸

Algunos casos del derecho norteamericano parecen seguir este último criterio. Así por ej., en *Marsalis c/ La Salle* un tribunal resolvió, como un supuesto de *tort* (responsabilidad extracontractual) una situación por demás curiosa; una mujer estaba en una droguería; sin darse cuenta, pisó un gato, y el animal le mordió un pie. En esa época, los medios difundían una campaña que advertía sobre el peligro de las mordeduras de animales. La mujer convino con el farmacéutico, propietario del gato, que el animal no fuera recluido, contentándose con la promesa de que el propietario controlaría al gato durante 14 días y avisaría cualquier anomalía a su denta. Pero el dueño no cuidó al gato y éste se escapó. Dado que había pasado un mes y no se tenían noticias del animal, la mujer se sometió al tratamiento antirrábico, que no soportó bien, sufriendo diversas lesiones. Recién cuando salió del hospital, apareció el gato en perfecto estado. La Corte dijo que el dueño del animal no podía ser condenado por la mordedura, pues de su parte no hubo culpa, ya que se trataba de un animal que no tenía antecedentes; sin embargo, fue condenado, *extracontractualmente*, por las lesiones sufridas, por haber *incumplido la promesa* de controlar al gato.³⁹

37 Bustamante Alsina, Jorge, La responsabilidad delictual o aquiliana es de derecho común y la contractual es de excepción, JA 1989-IV-475

38 Ver jurisprudencia citada por Roussel, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilit  délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n  22.264.

39 Caso relatado por Prosse, Williams, Il cumulo delle responsabilit  contrattuale ed extracontrattuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 408.

b) Daño causado por la inejecución o la ejecución defectuosa del contrato

Los autores coinciden en que para que exista responsabilidad *contractual* el daño debe estar relacionado *con la inejecución* del contrato.

El problema reside en aplicar esa regla a las situaciones concretas. Las soluciones judiciales no son extremadamente claras. Así, por ej., se ha resuelto que la responsabilidad:

- es *extracontractual* si no obstante las partes estar unidas por un contrato de cuenta corriente de gestión, el daño reclamado provenía de la falsificación de un cheque debitado en esa cuenta corriente;⁴⁰

- es *contractual* la derivada de haberse vendido un automotor con documentación falsa.⁴¹

5. TERCER PROBLEMA: LOS CASOS DUDOSOS

Mencionaré sólo algunos supuestos que muestran la amplitud de las zonas grises entre ambos regímenes.

a) Acción ejercida por terceros que, sin ser parte del contrato, son beneficiarios de una obligación contractual y demandan los daños causados de la inejecución.⁴²

La jurisprudencia francesa ubica la mayoría de estos supuestos en la órbita *extracontractual*,⁴³ pero excepcionan a la regla, entre

40 Cám. Civ.Com. y Crim de Necochea, 6/10/1998, Cooperativa Agropecuaria General Necochea c/Calamani, La Ley Bs. As., 1999 pág. 367.

41 Cám. Civ. y Com de Mercedes, sala I, 2/8/1994, Alet c/ Felice, La Ley Bs. As., 1995-962.

42 Para el tema de los terceros (beneficiados y perjudicados) por el contrato, consultar especialmente Kortmann, B and Faber, D., Contract and Third Parties, en obra colectiva, Towards a European Civil Code, London, ed. Martinus Nijhoff, 1994, pág. 223.

43 Por ejemplo, se ha considerado *extracontractual* la responsabilidad de la agencia inmobiliaria que violó el deber de información, frente a los adquirentes de un Inmueble y frente al banco que prestó el dinero, por los daños producidos por la nulidad del acto de enajenación por error en las cualidades sustanciales de la cosa (Cass. 16/12/1992, reseñado y comentado por Jourdain, Patrice, Responsabilité civile en Rev. Trim. Droit Civil, 1993 pág. 362).

otras, la acción del destinatario de la mercadería contra el transportista, del subadquirente contra el fabricante o el vendedor anterior en una cadena de contratos traslativos de propiedad, y los damnificados indirectos (*victimes par ricochet*) de los daños a la persona derivados del transporte.⁴⁴

Por lo demás, las soluciones dadas por las diversas salas de la Casación francesa no siempre son coherentes. Véanse estos dos ejemplos.

- El propietario de una tintorería insertaba en los contratos suscritos con sus clientes una cláusula que prohibía a éstos, dentro de determinadas circunstancias, contratar con personas que habían sido empleadas de la tintorería. La Sra. Legendre inició un juicio por daños y perjuicios contra su antiguo empleador, a quien acusaba de no haber podido encontrar trabajo por causa de esta disposición convencional. La *Cour* de Rouen hizo lugar a la demanda, fundada en que la cláusula limitaba la libertad de trabajo. La sala Social de la Casación casó la decisión con el argumento de que la Sra. Legendre no era parte en los contratos donde estas cláusulas estaban insertas, por lo que ella no podía invocarlas, y consecuentemente, la procedencia de la acción intentada requería la prueba de la existencia de una culpa cuasidelictual del empleador.⁴⁵

44 Compulsar Viney, Geneviève, *Responsabilité civile*, La Semaine Juridique, 1995, Chronique n° 3853.

45 Cass Soc. 5/6/1995, caso relatado por Ghestin, Jacques, *Droit des Obligations*, La Semaine Juridique 1997, Chronique, n° 4002. Casos semejantes fueron analizados por prestigiosa doctrina italiana a principios del siglo XX respecto del pacto concertado entre las aseguradoras de no contratar con quienes, con anterioridad, habían sido empleados de una empresa adherente al pacto. Explica Angelo Sraffa que con este pacto, las aseguradoras intentaron concluir la guerra declarada entre ellas, desde que por varios años se sacaron unas a las otras los mejores empleados. Pero la paz pretendió firmarse con un acto de guerra contra los empleados (Compulsar, Sraffa, Angelo, *Contratti a danno di terzi*, en *Riv. di Diritto Commerciale*, 1903. PP, pág. 452; del mismo autor, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1904. PP, pág. 67; en contra, sosteniendo que en estos casos no hay derecho a la indemnización, Perozzi, Silvio, *Ancora sui contratti a danno di terzi*, *Riv. di Diritto Commerciale*, 1904. PP, pág. 63. Los casos también son recordados por Franzoni, Massimo, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Alpa-*

- En cambio, el 24/3/1998, la Sala Comercial de la Casación hizo lugar a la demanda interpuesta por una empresa contra un nuevo empleador que había tomado a un ex empleado suyo no obstante conocer que éste se había obligado a no trabajar para los competidores de su antiguo patrón durante un tiempo determinado. La solución sería correcta, pero sucede que el patrón ya había percibido de su anterior empleado una cláusula penal prevista en el contrato. La Corte de apelación rechazó la demanda porque el acreedor de una cláusula penal no puede acumular el principal y la pena, pero el tribunal de casación anuló la sentencia; argumentó que la acción por competencia desleal dirigida contra el nuevo empleador es procedente no obstante la existencia de una acción contractual contra el asalariado, y que ambas pueden acumularse pues tienden a la reparación de un perjuicio diferente. Viney duda del acierto de la solución pues la violación de la obligación de no competencia había sido convencionalmente tasada.⁴⁶

b) Acción deducida contra un tercero que interfiere en las tratativas, o en la ejecución de un contrato celebrado causando daños a uno de los contratantes;

La doctrina proporciona estos ejemplos: doble venta, en la que el segundo adquirente, conociendo la celebración de la primera, logra inscribir el documento que instrumenta su acto en el registro; doble concesión de derechos personales de uso, instigación a violar los supuestos de prioridad legal, etc.

Estos casos se ubican, generalmente, en el ámbito extracontractual, pero la solución no siempre es fácil.⁴⁷

Bessone, *I contratti in generale*, Torino, Utet, 1991, t. IV, pág. 1068 y en *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, pág. 1597 y ss.)

46 Cass. Ch. Comm. 24/3/1998, relatado por Viney, *Geneviève, Responsabilité civile*, La Semaine Juridique, 1998, Chronique n°. 185.

47 Compulsar, especialmente, Franzoni, Massimo, *La tutela aquiliana del contratto*, en *Alpa-Bessone, I contratti in generale*, Torino, Utet, 1991, t. IV, pág. 1053 y ss y en *I contratti in generale*, a cura di E. Gabrielli, Torino, Utet, 1999, pág. 1597; Poletti, Dianora, *Doppia alienazione immobiliare e responsabilità extracontrattuale da contratto*, en *Contratto e impresa*, 1991 n° 2, pág. 733 y ss; Castronovo, Carlos, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, ed. Giuffrè, 1991, pág. 19. Para la responsabilidad extracontractual del segundo adquirente que con su compra impide que el primero ejerza su derecho de

Véase la situación que debieron resolver los jueces italianos: El famoso pintor Giorgio De Chirico firmó una constancia, pegada detrás de un cuadro, en la que declaraba que la firma inserta en la pintura era suya; esa declaración firmada fue autenticada por un escribano. Un subadquirente del cuadro, un tal Fabio Failla, tercero respecto al pintor, probó en juicio la falsedad de la pintura y reclamó a De Chirico los daños consistentes en haber pagado como cuadro del autor una falsificación; la demanda fue acogida y se lo condenó al pago de una suma cercana a 12.000.000 de liras, con fundamento en la responsabilidad extracontractual, por “haber colocado negligentemente su firma en un cuadro que resultó falso”.⁴⁸ La Corte de Apelación de Roma, en cambio, había revocado la decisión de condena del juez de primera instancia con el argumento de que la asunción de la paternidad de la obra falsa no lo hacía responsable frente a un tercero, con quien no tenía vínculos contractuales, y que la colocación de su firma no podía ser considerada un hecho ilícito. Relato como dato anecdótico que antes de que la Casación dictara la sentencia definitiva, el pintor murió, y el proceso continuó con la viuda.

c) El incumplimiento contractual y la prueba de la culpa a cargo del tercero perjudicado.

A veces, el incumplimiento del contrato configura una culpa delictual frente a un tercero; en otros términos, el tercero que inicia la acción por responsabilidad extracontractual puede probar la culpa del autor del ilícito a través de la prueba del incumplimiento contractual; por ej., se ha estimado que hay responsabilidad delictual frente a quien conduce una moto y se cae por un defecto de la ruta, dándose por acreditada la culpa por el hecho del incumplimiento de la obligación asumida por la concesionaria frente al concedente, de tener la ruta en buen estado. En efecto, aunque se trata del incumplimiento de un contrato, la conducta tiene efectos respecto de terceros. No hay apartamiento de la regla de la relatividad de los contratos porque se trata de

prioridad u opción, ver sentencia de la Casación italiana sez. II/9/1/1997, reseñada y comentada por Batà, A. e Spirito, A., *Danno e responsabilità*, 1997 n° 3, G. 391.

48 La sentencia se transcribe en Visintini, Giovanna, *I fatti Illeciti*, Cedam, Padova, 1987, pág. 457. También es relatado y comentado por Castronovo, Carlos, *La nuova responsabilità civile. Regola e metafora*, Milano, ed. Giuffrè, 1991, pág. 27.

obligaciones asumidas en beneficio de los terceros. En estos casos, se afirma que el tercero opone el contrato como un hecho (*en tant que fait*).

Otras veces, en cambio, el incumplimiento contractual no prueba la culpa delictual, pues se trata de obligaciones convencionales cuyo ámbito consecucional está reducido a las partes contratantes.

No obstante, la aplicación que la jurisprudencia hace de estas reglas no siempre es clara.⁴⁹

d) Daños causados en cadenas o grupos de contratos.

La jurisprudencia es muy vacilante. En Francia, en algunas épocas, parecía distinguir según que esos contratos en cadena implicaran adquisición del dominio, en cuyo caso la naturaleza de la responsabilidad era contractual, de los que no implicaban adquisición de dominio, en que era extracontractual. Entran en el último caso los supuestos de sublocación, submandato, subcomisión, etc.⁵⁰

e) Daños causados en el ámbito de los contratos de derecho público.

La aplicación de las normas de la responsabilidad contractual al ámbito de las relaciones jurídico-públicas cuando las prestaciones que éstas tienen por objeto son del mismo tipo que las que pueden ser objeto de las relaciones obligatorias jurídico-privadas, es indiscutida en la doctrina y jurisprudencia alemana; no puede decirse lo mismo de la doctrina francesa.⁵¹

49 Compulsar Mestre, Jacques, Obligations et contrats spéciaux, Rev. Trim. Droit Civil, 1995, pág. 895 pág. 362

50 Para un análisis de la jurisprudencia francesa sobre el tema ver Jourdain, Patrice, La nature de la responsabilité civile dans les chaînes de contrats après l'arrêt d'Assemblée plénière du 12/7/1991, en Dalloz-Sirey, 1992 Chronique XXX pág. 149; LeTournau, Philippe y Cadiet, Loïc, Droit de la responsabilité, Paris, Dalloz, 1996, n° 285 y ss.

51 Pantaleón Prieto, Fernando, su comentario a sentencia del Trib. Superior de España, 26/1/1984, Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil, Enero/marzo 1984, n° 4 n° 106, pág. 1262.

f) Daños causados en las relaciones entre comuneros y entre vecinos

El panorama tampoco es claro tratándose de relaciones entre comuneros o de relaciones de vecindad.⁵²

& EL GRAN PROBLEMA: LA CONCURRENCIA. OPCIÓN Y CÚMULO

a) Concepto

En sentido estricto o *propio*, se habla de “concurso de responsabilidades” cuando un único hecho dañoso, proveniente del mismo autor, configura al mismo tiempo y respecto de los mismos sujetos el incumplimiento de la obligación y la violación del deber general de no dañar. O sea, hay un total paralelismo entre

- autor del daño-deudor, de un lado y
- damnificado-acrededor, del otro.

El concurso es *impropio*, en cambio, cuando el deudor con su incumplimiento causa un daño (contractual) al acreedor y al mismo tiempo un daño (por definición extracontractual) a un tercero extraño al vínculo obligatorio. El caso típico de concurso impropio es el de la gestión negligente de los administradores de una sociedad, que genera una responsabilidad contractual respecto de la sociedad y extracontractual respecto de los acreedores de la sociedad.⁵³ También opera cuando el daño puede ser atribuido a diversas personas, algunas unidas por vínculos contractuales con el dañado y otras no. Por ej. un tribunal italiano

52 Pantaleón Prieto, Fernando, su comentario a sentencia del Trib. Superior de España, 26/1/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, Enero/ Marzo 1984, n° 4 n° 106, pág. 1262. Paradojalmente, Ricardo de Ángel Vagüez enumera entre los casos “típicos” de responsabilidad extracontractual el de “un empresario que causa daños a los animales que pastan en terrenos vecinos a su factoría, por emanaciones de un gas tóxico; el de quien por descuido deja abierto un grifo de su vivienda, produciendo una inundación en la del piso inferior” (De Ángel Yagüez, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 14).

53 Rossello, Carlos, Responsabilità contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza, en Contratto e impresa, 1996 n°2, pág. 660; conf. Baldassari, Augusto, Concorso di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, en La responsabilità civile, a cura di Paolo Cendon, Torino, Utet, 1998, 1.1 pág. 333.

declaró que si el hurto en la caja de seguridad del banco fue cometido con la complicidad del guardián empleado de una empresa de vigilancia, la responsabilidad de esa empresa es contractual hacia el banco y extracontractual respecto del dueño de la caja de seguridad.⁵⁴

b) Posibles soluciones al concurso propiamente dicho.

El derecho comparado conoce varias soluciones que intentaré resumir.

- *Tesis de la incompatibilidad absoluta.*

Un texto de Josserand explica con toda fidelidad esta posición: “El contratante no es un tercero y además un contratante, del mismo modo que un francés no es extranjero y además un francés; no pueden sumarse calidades contradictorias que se excluyen recíprocamente; hay que elegir entre la una y la otra: la responsabilidad contractual excluye de pleno derecho a la extracontractual”.⁵⁵

Se afirma que “la voluntad contractual se ha entronizado en las relaciones entre las partes, en todo aquello que puede considerarse médula y sustancia del convenio, con una potencialidad excluyente de otra regla de interferencia y, por lo mismo, aquella, en su explícita y minuciosa regulación, o en la suplente urdimbre legal modeladora de los efectos del contrato, debe dar la pauta estatutaria de todas las vicisitudes y consecuencias que en el cumplimiento del mismo se produzcan”.⁵⁶

La tesis de la incompatibilidad se funda en los siguientes argumentos:

54 Caso citado por Invrea, Raffaele, *La responsabilità civile extracontrattuale*, Milano, ed. Giuffrè, 1997, pág. 82

55 Josserand, Louis, *Derecho civil*, trad. S Cunchillos y Manterola, Bs. As., Ejea, 1952, t. II voi. 1, n° 486, pág. 368

56 Soto Nieto, Francisco, *La responsabilidad civil derivada del ilícito culposos*, Madrid, ed. Montecorvo, 1982, pág. 140.

- La posibilidad de hacer intervenir la responsabilidad delictual haría inútil toda la reglamentación legal en materia contractual. ¿Para qué regular lo contractual, si luego el derecho extracontractual lo invade todo?

- Esa intervención operaría en violación del principio de la autonomía de la voluntad. Las partes han pactado los efectos de la contratación. Si el derecho de la responsabilidad extracontractual entrara en juego lo haría en contradicción con lo que las partes convinieron, pues la normativa delictual siempre ha sido considerada de orden público, noción que en cambio es excepcional en materia contractual.

- Esa intromisión borraría gran parte de lo convenido. Así por ej., la admisión de la responsabilidad por el hecho de las cosas, implicaría eliminar las obligaciones de medios; todas serían de resultado.

En suma, la tesis de la incompatibilidad (conocida en Francia con la expresión, tesis del *non cumul*) encuentra fuerte fundamento normativo en el respeto al principio de la libertad de las convenciones.⁵⁷

- *Tesis de la compatibilidad.*

Esta posición, que permite al dañado elegir una u otra vía, se funda en:

- Razones *históricas*: el derecho romano admitía la coexistencia de varias acciones.

- Razones *axiológicas*: la opción favorece a la víctima, porque le permite elegir, a su conveniencia, uno u otro régimen. La de la incompatibilidad, en cambio, ampara al autor del daño, que goza de la seguridad de no contraer otra obligación que no sea la especificada en el contrato.

57 Cornu, Gérard, Le problème du cumul de la responsabilité contractuelle et de la responsabilité délictuelle, en *Études de Droit Contemporain*, Institut de Droit Comparé, n° XXIII, pág. 247 y ss.

- Razones *lógicas*: el ser contratante no le quita a la persona su carácter de ciudadano.
- Razones *normológicas*: la ley debe otorgar opción al dañado del mismo modo que le concede al propietario que entregó una cosa en comodato o en depósito la acción del contrato y la reivindicatoria, a su elección.

En mi opinión, en estos últimos años, aunque con vacilaciones, el Tribunal Supremo de España ha adherido a la tesis de la compatibilidad. En efecto, la jurisprudencia española llega a la compatibilidad por diversas vías:

* En algunas sentencias, se afirma sin tapujos que “la responsabilidad contractual y la extracontractual son difíciles de separar, pues el principio *alterum no laedere* es aplicable incluso cuando media una relación jurídica preexistente”. Una fórmula alternativa para llegar a esta solución es: “cuando un hecho dañoso es violación de una obligación contractual y, al mismo tiempo, del deber general de no dañar a otro, hay una yuxtaposición de responsabilidades contractual y extracontractual y da lugar a acciones que pueden ejercitarse *alternativa o subsidiariamente*, u *optando* por una u otra, o incluso proporcionando los hechos al juzgador para que éste aplique las normas en concurso (de ambas responsabilidades) que más se acomoden a aquellos, todo ello a favor de la víctima y para lograr un resarcimiento del daño lo más completo posible”,⁵⁸ por lo que su ejercicio está afectado por el plazo prescriptivo de quince años asignado para las acciones personales que no tengan señalado término especial a tal fin.⁵⁹

La doctrina sostiene que estas afirmaciones suponen configurar ambas responsabilidades como “hipotéticos círculos secantes y superpuestos”⁶⁰ dentro de los cuales la responsabilidad extracontractual

58 Tribunal Supremo de España, 17/6/1994, Rev. General de Derecho, Valencia, año LI, n° 612, 1995, pág. 9985, con comentario de Rafael Gómez Ferrer Sapiña (en el caso, revocó la sentencia que había rechazado la acción por responsabilidad extracontractual sosteniendo que regían los principios de la responsabilidad contractual)

59 Trib. Supremo de España, 31/12/1997, Rev. General de Derecho, Valencia, año LIV, n° 648, 1998, pág. 10.843 (en el caso, responsabilidad del médico, que extirpa una mama, sin hacer un análisis intraoperatorio que confirme su diagnóstico, detectándose luego que la paciente no tenía cáncer).

60 García Valdecasas, G., El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en el derecho español, en Rev. de Derecho Privado, XLVI, 1962, pág. 931 y ss.

tendría una vocación general que determinaría su aplicación a todo tipo de daños con independencia de que éstos hayan sido o no consecuencia del incumplimiento por el deudor de una previa obligación contractual”.⁶¹

* Otras veces disimula la acumulación con una fórmula muy restrictiva para la incompatibilidad; en otros términos, excluye la opción desde una perspectiva negativa y señala que “si bien en principio la acción por culpa contractual y la aquiliana o extracontractual constituyen dos acciones distintas, como nacidas de preceptos, de títulos y de causas diferentes, aunque su finalidad última sea análoga, ello no significa que la preexistencia de la relación jurídica entre las partes excluya sin más la posible culpa extracontractual, puesto que para que tal exclusión suceda, “no basta que haya un contrato sino que se requiere que la realización del hecho dañoso acontezca dentro de la *rigurosa* órbita de lo pactado y como preciso desarrollo del contenido negocial, pues si se trata de negligencia extraña a lo que constituye propiamente materia del contrato, desplegará aquella sus efectos propios”.⁶² Y a la hora de aplicar esa fórmula a los hechos, lo hace con tal flexibilidad que termina reconociendo la posibilidad de acudir a una u otra vía; así, por ej., se ha resuelto que existe opción si el daño causado al camión del actor, transportado en el barco del demandado, se produjo por insuficiente estiba, trincado o calzado, lo cual supone una negligencia que viola tanto la obligación de custodia cuanto el principio genérico del *alterum non ledere*, en consecuencia, hizo lugar a la demanda aun cuando el actor no había cumplido con la carga de comunicar el daño en el plazo de caducidad previsto en el código de comercio al regular el contrato de transporte.⁶³

61 Audiencia Provincial de Madrid, 29/9/1992, Rev. General de Derecho, Valencia, año XLIX, n° 580/581,1993, pág. 567 (Condena a quien encarga a dos personas de ignorada cualificación técnica, la instalación de un gran cartelón publicitario, que cae sobre uno de ellos y lo mata).

62 Supremo Tribunal de España, 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil, Abril/Agosto 1984, n° 5 pág. 1645 n° 137, con nota de Fernando Pantaleón Prieto; Audiencia Provincial de Madrid, 14/12/1993, Rev. General de Derecho, Valencia, año L, n° 595,1994, pág. 4121.

63 Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, 14/1/1993, Rev. General de Derecho, Valencia, año L, n° 594,1994, pág. 2897.

Los jueces españoles también abren la opción, entre otros, en los siguientes casos: lesiones sufridas por pasajeros transportados,⁶⁴ daños sufridos por los obreros por accidentes producidos por violación de las normas de seguridad en el trabajo.⁶⁵

Por todo esto dice acertadamente Pantaleón Prieto que la llamada “tesis intermedia” funciona como un simple expediente para alcanzar los resultados propios de la tesis de la compatibilidad y no chocar frontalmente con la jurisprudencia anterior (que sostenía la tesis de la incompatibilidad).⁶⁶

De esta jurisprudencia se ha dicho con razón: “La conclusión es clara; si hay daño e imputabilidad, existe deber de indemnizar, no pudiendo ser causa para eludirlo el que los preceptos alegados por el perjudicado sean los relativos a la responsabilidad contractual o extracontractual que responden a los mismos principios y cuya aplicación de unos u otros es competencia de los tribunales”.⁶⁷

En suma: lo único que la jurisprudencia española prohíbe es la *acumulación*, o sea, el ejercicio directo y no subsidiario de las dos acciones conjuntamente. Aún más, es menester señalar que en algunas sentencias donde la fórmula se repite, lo que ocurre es que los jueces han entendido que ni en uno ni en otro campo se han cumplido los requisitos para la procedencia de la acción.⁶⁸

64 Audiencia Provincial de Madrid, 14/12/1993, Rev. General de Derecho, Valencia, año L, n° 595, 1994, pág. 4121. También la jurisprudencia italiana abre esta opción (Ver, entre otros, Azzariti, Giuseppe, In tema di responsabilità contrattuale ed extracontrattuale, en Riv. di Diritto Civile, anno V, 1959, Parte Seconda, pág. 469).

65 Audiencia Provincial de Teruel, 27/3/1995, Rev. General de Derecho, Valencia, año LII, n° 618, 1996, pág. 3067 (en el caso, porque el obrero fue puesto a trabajar en una sierra sin haber recibido adiestramiento previo); idem. 20/3/1995, Rev. General de Derecho, Valencia, año LII, n° 618, 1996, pág. 3069 (obrero minero que muere a causa de una explosión en la mina derivada de voladuras realizadas sin las precauciones necesarias). En contra, sosteniendo que debe regir la tesis de la incompatibilidad de pretensiones, Calvo Gallego, Francisco J., La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador, Madrid, Aranzadi, 1998, pág. 41.

66 Pantaleón Prieto, Fernando, comentario a la sentencia del 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 5., Abril/Agosto de 1984, n° 137, pág. 1654.

67 Gómez Ferrer Sapina, su nota a sentencia del Tribunal Supremo de España del 17/6/1994, Rev. General de Derecho, Valencia, año LI, n° 612, 1995, pág. 9991.

68 Audiencia Provincial de Madrid, 14/1/1993, Rev. General de Derecho, Valencia, año XLIX, n° 583, 1993, pág. 3701 (operación de vasectomía realizada en un hombre para evitar

Un sector de la doctrina critica severamente tamaña liberalidad en la concesión de la opción; se afirma que si el daño consiste en un neto y patente incumplimiento, entonces la normativa contractual ha de ser aplicada. “Sólo cuando las partes contratantes sufren daños que no afectan al interés contractual básico, cuando la contractualidad de estos daños se presenta más difusa, cuando tienen naturaleza híbrida, entonces se pueden tener por contractuales en cuanto causalmente imbricados con el cumplimiento del contrato y, al mismo tiempo, se pueden considerar como extracontractuales en cuanto no se refieren al interés de prestación y, en este sentido, conservan rasgos extracontractuales. La propia naturaleza mixta de estos daños justifica que, respecto a ellos, se admita la acumulación de una y otra normativa”,⁶⁹ pero no en el resto de los casos.

Con gran realismo se ha dicho que la admisibilidad del concurso de acciones y la posibilidad de optar constituye la prueba más evidente de la dificultad de distinguir entre los dos sistemas de responsabilidad: admitir el concurso significa recurrir a un “*escamotage*” de la clausura; se trata de casi una confesión de la imposibilidad y de la inutilidad de distinguir.⁷⁰

- *Tesis de la incompatibilidad relativa.*

Esta parece ser la tesis italiana. En principio, el incumplimiento del contrato da lugar a la responsabilidad contractual, pero la vía aquiliana se abre, “dando el máximo de tutela a la víctima, cuando el hecho contractual dañoso resulta lesivo de derechos *absolutos* que la persona ofendida espera que no sean perjudicados, como el honor, la incolumidad personal, la propiedad de la cual es titular”. No obstante la amplitud de la fórmula, aunque alguna vez se han “*filtrado*” otros casos, los jueces

futuros embarazos de su esposa que no tiene éxito. El tribunal entendió que el médico no se obligó al resultado, dado que la vasectomía es un método confiable pero está sujeta a un porcentaje de fracaso variable. También se descartó la responsabilidad por falta de información pues no había prueba terminante sobre el punto).

69 Jiménez Horwitz, Margarita, La imputación al deudor del incumplimiento del contrato ocasionado por sus auxiliares, Madrid, McGraw Hill, 1996, pág. 81.

70 Giardina, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?, en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 83.

han abierto la opción en cuatro casos típicos:

- contrato de transporte,
- incumplimiento doloso,
- responsabilidad profesional del médico e
- incumplimiento que al mismo tiempo constituye un delito del derecho criminal.⁷¹

O sea, más allá de la formulación, la jurisprudencia ha “tipificado” las hipótesis de opción.

c) La solución argentina

- La *normativa*.

El código argentino sigue el sistema de la incompatibilidad atenuada.

En efecto, el art. 1107, que reconoce como fuente la obra de Aubry et Rau, dispone: “Los hechos o las omisiones en el cumplimiento de las obligaciones convencionales, no están comprendidos en los artículos de este Título, si no degeneran en delitos del derecho criminal”.

La regla es, entonces, la incompatibilidad, pero la norma levanta la barrera y permite pasar al campo extracontractual cuando el incumplimiento de la obligación de origen convencional configura, al mismo tiempo, un delito del derecho criminal.

- *Casos en que el ordenamiento argentino admite la opción*

El ordenamiento argentino concede a la víctima la posibilidad de optar por alguna de las dos órbitas, sólo en los siguientes casos:

71 Giardina, Francesca, *Responsabilità contrattuale ed Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág. 162, especialmente nota 46.

- **Incumplimiento contractual que degenera en delito del derecho criminal.**

El hecho dañoso puede constituir un delito penal culposo o doloso, pues el art. 1107 toma la palabra delito con el alcance del derecho penal

Se discute en qué sede debe calificarse la existencia del delito de derecho criminal.

* Según una tesis, que comparto, el juez civil está habilitado para apreciar si el acto enrostrado al demandado ha constituido delito criminal a fin de admitir la apertura u opción al campo extracontractual.⁷²

* Para otros, en cambio, el ejercicio de la opción que en forma excepcional contempla el art. 1107 requiere que el hecho haya sido calificado como delito penal por los jueces del fuero criminal, lo cual implica que si el damnificado ha iniciado su demanda en sede civil deberá esperar el pronunciamiento condenatorio de la justicia represiva (art. 1101 del Cód. Civil Argentino)⁷³

Hay coincidencia, en cambio, en que para que la norma sea aplicable es necesario que el delito penal haya sido cometido por el demandado o sus dependientes y no por un tercero.⁷⁴

- **El incumplimiento malicioso, con intención de causar daño.**

72 Cám. Nac. Civ. Sala M, 14/4/1998, Intilli c/Transporte Los Patricios SA, Rev. Responsabilidad civil y seguros, año I n° 3, Mayo-Junio 1999, pág. 99.

73 Cám. Nac. Civ. Sala F, 7/4/1994, Gorosito c/Subterráneos de Bs. As., LL1995-A-105; Cám. Com. Sala D, 20/3/1998, Muñoz de rivero c/Ureta, JA 1998-111-495; sala I, 8/9/1998, Torrico c/ Sánchez, JA 1999-111-201; el fallo también es reseñado por Bueres, A., y Vázquez Ferreyra, R., Obligaciones, Rev. de D. Privado y Comunitario n° 22, Febrero de 2000, pág. 367.

74 Cám. Nac. Civ. Sala F, 7/4/1994, Gorosito c/Subterráneos de Bs. As., LL 1995-A-105 (en el caso, daño causado a una persona transportada por tres delincuentes que en forma coordinada le arrancan el reloj de la muñeca mientras otro traba la puerta y el tercero lo empuja por la espalda a las vías del tren).

El maestro Llambías sostuvo que la opción es viable cuando el deudor incumple a sabiendas y con intención de dañar la persona o los derechos del acreedor; es decir, cuando ese incumplimiento configura también un *delito civil*.

La solución tiene sólidos fundamentos:

* El art. 1107 está ubicado en el título IX referente a las "Obligaciones que nacen de los cuasidelitos". No existe norma prohibitiva de la opción en materia de delitos civiles ni hay razón para aplicar a los delitos civiles una prohibición que sólo se ha sancionado para los cuasidelitos.

* Todo incumplimiento realizado con intención de dañar a otro debe ser sancionado más severamente, pues no se explica que se pueda eximir del régimen más severo a un deudor que intencionalmente utiliza el incumplimiento del contrato como un instrumento para causar daños. A la identidad de intención dañosa, que es lo esencial, debe corresponder una identidad de régimen".⁷⁵

*** ¿Existen otros supuestos que abran la opción?**

La respuesta es negativa, aunque algunas veces los tribunales olviden la norma.⁷⁶ Un ejemplo paradigmático de esta actitud judicial es una sentencia que afirma: "aun cuando el actor no haya aclarado expresamente al demandar que ejercía la opción por la vía extracontractual, con fundamento en las prescripciones del art. 1107 del CC y que, en consecuencia, renunciaba a la acción de incumplimiento contractual, corresponde juzgar la causa de conformidad con las normas que rigen la responsabilidad aquiliana si la voluntad de acogerse a dicho régimen surge clara y explícita y ello ha sido consentido por el demandado". La regla es clara, pero el caso no encuadraba ni en la excepción legal, ni en la doctrinal, pues se trataba de un automóvil que se

75 Llambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Bs. As., A. Perrot, t. III, n° 2175, nota 144.

76 Hace casi un cuarto de siglo, Enrique Bianchi escribió un artículo al que tituló "El olvidado artículo 1107 del Código Civil", JA 1976-11-269.

incendió a raíz de una explosión producida en una estación de servicios donde el dueño cargaba nafta. Evidentemente, no había aquí un delito del derecho criminal, ni un incumplimiento malicioso, no obstante lo cual el tribunal entendió que regían las normas de la responsabilidad extracontractual -entre otras, el art. 1113- *porque éste era el encuadre jurídico dado por el actor sin oposición del demandado, por lo que debía estimarse que existía la opción prevista en el art. 1107*. El tribunal pudo fundar su sentencia en otros argumentos que, aunque discutibles, podían tener respaldo legal; por ej., afirmar que no existía responsabilidad contractual pues no se trataba -estrictamente- de un daño producido por el incumplimiento de una prestación de origen convencional, o argumentar que la responsabilidad por el hecho de las cosas también se aplica en el ámbito contractual (ver infra 9.d.), etc. Pero más allá de todo esto, lo cierto es que el fallo muestra una clara tendencia a la unificación por parte de los jueces argentinos.⁷⁷

• **Un caso muy conflictivo en el derecho argentino: los accidentes del trabajo.**

Me referiré muy brevemente a este supuesto, desde que en él no sólo se da el conflicto responsabilidad contractual-extracontractual, sino la cuestión régimen general-régimen especial.

El art. 39 de la ley 24557 argentina dispone: *1. Las prestaciones de esta ley eximen a los empleadores de toda responsabilidad civil, frente a sus trabajadores y a los derechohabientes de éstos, con la sola excepción de la derivada del art. 1072 del Código Civil. 2. En este caso, el damnificado o sus derechohabientes podrán reclamar la reparación de los daños y perjuicios de acuerdo a las normas del Código Civil.*

77 Cám. Civ y Com de Rosario, sala II, 8/4/1996, Ramos, Ángel c/Rimidán SA, La Ley Litoral 1997 pág. 855, con nota de Mosset Iturraspe, Una discutible opción con base en el art. 1107 del Código Civil. Razones que llevan al actor a preferir la vía aquillana, cuando se invoca el riesgo creado y al demandado a aceptarla. Las partes ponen los hechos y el juez el derecho.

En síntesis: el damnificado por un accidente de trabajo sólo puede acudir a la acción regulada en la ley de riesgos del trabajo; no tiene opción para acudir al derecho común; la única excepción, es la hipótesis de escuela de la existencia de un delito, es decir, del incumplimiento malicioso por parte del empleador de las obligaciones establecidas en las leyes y reglamentos de seguridad en el trabajo.

Las recomendaciones y declaraciones de Jornadas y Congresos han expresado, en general, opinión adversa a la solución legal. Así, por ej., las XV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Mar del Plata, 1995, dijeron: “Es discriminatorio el art. 39 de la ley 24557 en cuanto priva a las víctimas de infortunios laborales de acceder a la tutela civil para la reparación que gozan todos los habitantes, conforme al derecho común”. En sentido coincidente, el despacho respectivo de las XVI Jornadas sobre responsabilidad sobre riesgos del Trabajo, Mar del Plata, 1995, declaró: “La inconstitucionalidad del art. 39 de la ley 24557 en cuanto violación de los arts. 14 bis, 16 y 18 de la Constitución Nacional y de declaraciones y pactos internacionales, excluye o limita la reparación por riesgos del trabajo, discrimina al trabajador del resto de los ciudadanos y le impide el acceso a la jurisdicción”.

Aunque el texto no hace referencia al dolo⁷⁸ sino a la responsabilidad derivada del art. 1072, o sea, al delito, a la intención de causar un daño a otro, cabe recordar dos aspectos significativos que pueden llegar a motivar una interpretación judicial amplia del texto legal:

* La palabra dolo también se utiliza para referirse al dolo eventual.⁷⁹

* En muchas materias, la culpa grave se asimila al dolo.

* Conforme el art. 1073, el delito puede configurarse por acciones y omisiones.

78 Adviértase que la palabra dolo es usada, en el lenguaje jurídico argentino, con tres significados: el dolo como vicio de la voluntad de los actos jurídicos; el dolo como incumplimiento deliberado de las obligaciones de origen contractual y el dolo como elemento de los delitos (intención de causar un daño).

79 Conf. Foglia, Ricardo y Vázquez Vialard, Antonio, La limitación del acceso a la vía civil en el art. 39 de la ley 24.557 de riesgos del trabajo, TSS Junio de 1997 n° 6, pág. 471.

* El art. 1074 regula las omisiones antijurídicas, consistentes en no cumplir la acción esperada, lo que supone la preeexistencia de un deber jurídico de obrar de una determinada manera.⁸⁰

De aquí que “el paso del dolo a la culpa no sea impensable”. ¿Cuándo puede ocurrir ese paso? “Cuando comiencen a aparecer las situaciones injustas, los casos que estimulen la imaginación de los juristas e impacten luego en la sensibilidad de los magistrados”.⁸¹

d) Cuestiones procesales que plantea la opción.

El problema de la opción no se reduce al ámbito sustancial. También ha generado serias dificultades en el ámbito procesal, tal como lo muestra la jurisprudencia de la mayoría de los países. Mostraré algunos conflictos.

- La causa petendi y el iuria novit curia.

La dificultad nace cuando el actor invoca normas de un área (por ej. la extracontractual) pero en la demanda, o en el curso del procedimiento, afloran caracteres propios de la culpa contractual, derivados de las obligaciones negocialmente asumidas por las partes.

Las respuestas judiciales tratan de encontrar el complejo equilibrio entre los principios de celeridad, eficacia y conservación de la acción de un lado, y los de defensa y contradicción del otro.⁸²

En el Tribunal Supremo de España coexisten dos tendencias interpretativas en torno a la congruencia de la resolución judicial que, en casos como éstos, recogen nociones de un ámbito distinto al enunciado en la demanda.

80 Goldenberg, Isidoro, Los infortunios laborales en la ley 24557 (LRT), Doc. Laboral, Errepar, n° 133, pág. 766.

81 Ackerman, Mario, La ley sobre riesgos del trabajo y la responsabilidad civil del empleador, DT 1996-A-663.

82 Calvo Gallego, Francisco J., La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador, Madrid, Aranzadi, 1998, pág. 43.

En unos casos, sigue la teoría de la *individualización*, conforme la cual la *causa petendi* abarca la calificación jurídica de la acción y, por tanto, una reclamación por culpa extracontractual no puede ser canalizada por el juzgador a través de la responsabilidad extracontractual ni viceversa.⁸³

Sin embargo, la mayoría de las veces acoge la teoría de la *sustanciación*, según la cual la congruencia es obligada sólo respecto del hecho y del objeto que se pide, excluyéndose de ésta la naturaleza de la acción ejercitada.⁸⁴ Consecuentemente, resuelve que “no puede rechazarse la demanda con fundamento en la equivocada o errónea elección de la norma de aplicación aducida, pues se entiende que tal materia jurídica pertenece al campo del *iura novit curia* y no cabe eludir por razón de la errónea o incompleta elección de la norma el conocimiento del fondo, de manera que el cambio del punto de vista jurídico en cuestiones de esta naturaleza no supone una mutación del objeto litigioso”.⁸⁵

83 Tesis seguida por la Audiencia Provincial de Cádiz, 18/9/1996, Rev. General de Derecho, Valencia, año Lili, n° 634/635,1997, pág. 10.201

84 Ver citas de esta jurisprudencia en sentencia de la Audiencia Provincial de Almería, 23/5/1995, Rev. General de Derecho, Valencia, año LI, n° 610,1995, pág. 9273. Esa posición había sido mantenida con anterioridad (ver por ej., sentencia del 9/6/1989, Comentada por Jiménez Horwitz, Margarita, Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Acumulación alternativa de acciones. Incongruencia. Principio *iura novit curia*, en Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad de Granada, n° 15,1988, pág. 119. Esa es la tesis seguida por varios tribunales Inferiores. Ver, por ej., Audiencia Provincial de Castellón, Rev. General de Derecho, Valencia, año Lili, n° 630,1997, pág. 3367; también en forma mayoritaria por la jurisprudencia argentina (Ver, por ej., Cám. Civ. y Com de Mercedes, sala I, 2/8/1994, Alet c/ Felice, La Ley Bs. As., 1995-962). Conf. Zavala de González, Matilde, Doctrina judicial. Solución de casos, Córdoba, ed. Alveroni, 1998, t. 2, pág. 128.

85 Gómez Ferrer Sapina, su nota a sentencia del Tribunal Supremo de España del 17/6/1994, Rev. General de Derecho, Valencia, año LI, n° 612,1995, pág. 9985. Esta posición es sostenida en Argentina por varios tribunales. Ver, por ej., Cám. Nac. Civ. sala F, 14/12/1995, Gualtieri c/Falabella, JA 1997-1-407; Cám. Civ. Com. Crim y Correc. Necochea, 6/10/1998, Cooperativa Agropecuaria c/Calami, La Ley Bs. As., 1999-367. Campean en todas las decisiones los adagios “*Mihi factum, dabo tibi ius*” y “*iura novit curia*”.

No faltan fallos en los que el tribunal dice que “si se fundó en derecho la acción resarcitoria, el tribunal no puede luego cambiar de acción. Pero si el actor se limitó a exponer los hechos y su petición de indemnización, dejando al juez la tarea de selección de la norma aplicable, no hay incongruencia sino aplicación del principio *iuria novit curiar*.”⁸⁶

Por mi parte, coincido con un importante sector doctrinal que entiende que el pivote sobre el que debe plantearse la cuestión es el derecho de defensa en juicio y que “no hay indefensión cuando se relatan con precisión los hechos y se describen adecuadamente los daños, con independencia del acierto en la fundamentación como daño contractual o extracontractual”.⁸⁷ Por eso, cuando la alteración de la fundamentación jurídica de la demanda no conlleva a la merma real y no meramente accidental o ilusoria del derecho de defensa y contradicción, nada debe impedir que las partes reformen durante el proceso aquella primera fundamentación jurídica y que, por tanto, el juez pueda basar su decisión en esta nueva.⁸⁸

- *La cosa juzgada de la sentencia desestimatoria.*

Si un juez rechaza la demanda interpuesta con base en la responsabilidad extracontractual ¿Hay cosa juzgada si luego se intenta la vía contractual?. En España, Pantaleón afirma: “obviamente, la sentencia desestimatoria de la responsabilidad extracontractual motivada por la aceptación de la tesis de la incompatibilidad de las pretensiones no produce cosa juzgada respecto a la responsabilidad contractual, ya que falta la identidad de la causa petendi.”⁸⁹ En Argentina, Llambías sostiene igual posición, mas deja a salvo el supuesto que la acción haya sido rechazada por falta de prueba del daño, elemento común en ambas

86 ST España, 18/10/1995, reseñado por Cabanillas Sánchez, Anuario de Derecho Civil, tomo L, fascículo II, Abril-Junio 1997, pág. 971.

87 De Ángel Yagüez, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 49.

88 Calvo Gallego, Francisco J., La obligación general de prevención y la responsabilidad civil o contractual del empleador, Madrid, Aranzadi, 1998, pág. 44,

89 Pantaleón Prieto, Fernando, comentario a la sentencia del 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 5. , Abril/Agosto de 1984, n° 137, pág. 1659.

órbitas.⁹⁰

El problema es saber si rige o no la regla *“una vía electa non datur recursus ad alteram”*. En mi opinión, la sentencia hace cosa juzgada toda vez que la demanda haya sido desestimada por ausencia de alguno de los requisitos comunes a ambas órbitas; en cambio, la elección de una vía no impide recomenzar con la otra si la demanda se desestimó por no existir uno de los presupuestos específicos de la acción intentada.

- *El ejercicio subsidiario de ambas acciones.*

Adhiero a quienes dan la posibilidad del ejercicio simultáneo de las acciones siempre que “se adicionen en escalonada y subsidiaria alegación; o sea, el actor podría interponer una acción como principal y la otra como subsidiaria.”⁹¹

- *Acción de complemento.*

No es factible que, “acogida la primera acción -contractual o extracontractual- se trate más tarde de hacer efectiva la segunda ante una minoración del quantum solicitado”.⁹² En efecto, si acogida favorablemente la demanda derivada de la responsabilidad contractual, el damnificado pretendiera mediante la responsabilidad aquiliana percibir los daños que no fueron propuestos o pedidos en la primera demanda, en los hechos su petición supondría una acción mixta, pues tomaría de cada órbita el elemento que lo favorece; de ahí, la improcedencia de su reclamo.

90 Uambías, Jorge Joaquín, Tratado de Derecho Civil. Obligaciones. Bs. As., A. Perrot, t. III, n° 2177 nota 142.

91 Soto Nieto, Francisco, La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo, Madrid, ed. Montecorvo, 1982, pág. 145.

92 Soto Nieto, Francisco, La responsabilidad civil derivada del ilícito culposo, Madrid, ed. Montecorvo, 1982, pág. 145.

7. ¿ES UN ÁMBITO MÁS “PROGRESISTA” QUE EL OTRO?

Un prestigioso jurista argentino afirma que “el ámbito aquiliano o extracontractual se ha mostrado, de cuatro décadas a la actualidad, como más sensible a las novedades o avances del derecho de Daños: los factores objetivos de imputación y la responsabilidad del principio por el hecho del dependiente; la actividad peligrosa y las cosas riesgosas no son receptadas cuando se trata del incumplimiento de un deber preexistente. Esto traduce un corrimiento de las fronteras de lo ilícito aquiliano al que se resiste lo ilícito contractual, abroquelado en planteos tradicionales”.⁹³

La afirmación parece demasiado absoluta. En efecto:

- algunos autores afirman que los primeros intentos de alejar la responsabilidad de la culpa nacieron en el ámbito contractual;⁹⁴

- en el área contractual, al amparo del principio de buena fe, nacieron y se desarrollaron los llamados por los alemanes “deberes de protección”, y por los franceses “obligaciones de seguridad”, que han llevado al marco contractual los daños derivados del incumplimiento de las prestaciones implícitas, no sólo en el contrato de transporte, sino en tantas otras relaciones convencionales. De hecho, los jueces “encontraron” la obligación de seguridad en ciertos contratos como el transporte en épocas en que la responsabilidad por el hecho de las cosas no estaba suficientemente esclarecida⁹⁵ y produjeron lo que se ha dado en

93 Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿Unidad o separación? En Congreso Internacional de Responsabilidad civil. Fazenda Justica no Terceiro Milenio, Blumenau, Brasil, 1995, voi 1, pág. 125.

94 Giardina, Francesca, Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?, en Riv. critica del Diritto Privato, anno V n° 1, 1987, pág. 81. Por lo demás, la idea de una responsabilidad que no tiene a la culpa como elemento necesario campea en ambas órbitas, desde que tanto en una como en otra se admite que el resarcimiento del daño causado no tiene como función primaria punir al responsable sino adosarle las consecuencias económicas del evento dañoso (Ver Majello, Ugo, Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale, en Scritti di Diritto Patrimoniale, Napoli, ed. Scientifiche Italiane, 1992, pág. 256 y ss).

95 Visintini, Giovanna, Tratado de la responsabilidad civil, trad. de Aída K. de Caducei, Bs. As., Astra, 1999, t. I n° 12; Savaux, Eric, La fin de la responsabilité contractuelle?, Rev. Trim. Droit Civil, 1999 n° 1 pág. 9. Efectivamente, la obligación de

llamar el “enriquecimiento” del campo contractual⁹⁶ o “contractualización de la responsabilidad aquiliana”,⁹⁷ fenómeno que constituye uno de los factores que ha hecho perder consistencia a la distinción.⁹⁸ En tal sentido, dice Geneviève Viney que el acercamiento entre la inejecución de las obligaciones y la culpa delictual se ha producido, fundamentalmente, por el hábito de los tribunales, apoyados por la doctrina, de hacer de las obligaciones contractuales ciertos imperativos que, en realidad, son normas de comportamiento sancionables por la responsabilidad delictual.⁹⁹ En Francia, en cambio, se advierte una tendencia a sacar esta obligación de seguridad de la órbita contractual y analizarla como una norma general de comportamiento.¹⁰⁰

En suma, puede afirmarse que existe un fenómeno común a todos los ordenamientos jurídicos¹⁰¹ que muestra:

seguridad fue “descubierta” en 1911 en el contrato de transporte de personas para mejorar la indemnización de los daños sufridos por los viajeros (Compulsar Leturmy, Laurence, *La responsabilité délictuelle du contractant*, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 857). Algunas sentencias declaran la existencia de este deber de seguridad en casos no del todo claros. Así, por ej., se ha estimado que la acción derivada de un accidente sufrido durante la ejecución de un contrato en el que el actor prometió colocar las chapas de un galpón de propiedad de la demanda, que habían sido removidas por un temporal está sometida al régimen de la responsabilidad contractual, por lo que la locataria de la obra debe responder por incumplimiento de su obligación de seguridad si el locador realizó la obra con un material que no se encontraba en condiciones poniendo en peligro su persona (Cám. Nac. Civ. sala F, 14/12/1995, Gualtieri c/Falabella, JA 1997-1-407).

96 Compulsar Leturmy, Laurence, *La responsabilité délictuelle du contractant*, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 856.

97 Di Majo, Adolfo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 32.

98 Baldassari, Augusto, *Concorso di responsabilità contrattuale ed extra-contrattuale*, en *La responsabilità civile*, a cura di Paolo Cendon, Torino, Utet, 1998, 1.1, pág. 325.

99 Viney, Geneviève, *Traité de Droit Civil sous la direction de J. Ghestin. Introduction à la responsabilité*, 2° ed., Paris, LGDJ, 1995, n° 168. B)

100 Para este tema remito a la notable obra de Giardina, Francesca, *Responsabilità contrattuale ed Responsabilità extracontrattuale. Significato attuale di una distinzione tradizionale*, Milano, ed. Giuffrè, 1993, pág. 133 y ss.

101 Para el Common Law, compulsar Markesinis B and. Deakin, *Tort Law*, 3° ed., Oxford, Clarendon Press, 1994, pág. 13/16.

- por un lado, la necesidad de escapar del derecho de los contratos para ingresar en el más flexible de la responsabilidad extracontractual,
- por el otro, las permanentes huidas de la responsabilidad extracontractual para encontrar solución justa en los contratos.

8. LOS RESULTADOS PRÁCTICOS DEL DUALISMO

a) El desorden creado.

El sistema reparatorio de todos los países que aceptan el dualismo presenta serios problemas. En Francia Roussel afirma que la distinción entre responsabilidad contractual y delictual está considerablemente obscurecida y varía de acuerdo con “el humor de la jurisprudencia” por lo que se ha convertido en una “simple querrela de juristas”,¹⁰² pues lo cierto es que se trata de una distinción que tiene más de “accidentes históricos que de diferencias fundamentales”.¹⁰³ En Italia se ha dicho que “el intérprete que sacrifica la racionalidad del sistema al excesivo respeto de la tradición dogmática puede encontrarse en un callejón sin salida del que es difícil salir”¹⁰⁴ y que “la progresiva devaluación de la contraposición entre responsabilidad contractual y extracontractual, ha inducido a la doctrina a preguntarse sobre la validez conceptual y la oportunidad legislativa de la distinción”.¹⁰⁵ En España, Ricardo de Ángel Yagüez enseña que la dualidad constituye “una de las manifestaciones más patentes del sometimiento de la justicia material al conceptualismo”, “del sacrificio de las soluciones razonables en el

102 Roussel, Franck, *Violation du principe du non cumul des responsabilit  délictuelle et contractuelle par les juges du fond*, *La Semaine Juridique*, 1994, *Jurisprudence* n  22.264

103 Talion, Denis, y otros, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, ed. Pichon, 1987, pág. 82

104 Giardina, Francesca, *Responsabilit  contrattuale ed extracontrattuale: una distinzione attuale?*, en *Riv. critica del Diritto Privato*, anno V n  1, 1987, pág. 91.

105 Rossetto, Carlos, *Responsabilit  contrattuale ed aquiliana: il punto sulla giurisprudenza*, en *Contratto e impresa*, 1996 n 2, pág. 643.

altar de la dogmática”;¹⁰⁶ en la misma línea Díez Picazo agrega que “Las cláusulas contenidas en los contratos de seguros echan, por así decirlo, más leña al fuego”.¹⁰⁷

La experiencia del Common Law no es más alentadora: Di Majo escribe que la jurisprudencia puede testimoniar eficazmente cómo la relación entre los dos ámbitos ha visto etapas de confluencia y de separaciones y, finalmente, de renovado acercamiento.¹⁰⁸ Por su parte, Prosser dice que “cada vez que aparece un dualismo de conceptos o de teorías, se presentan muchas situaciones en las cuales las categorías se encaballan, la elección entre ellas deviene arbitraria y se funda menos en la lógica que en la simple necesidad de elegir”.¹⁰⁹

Cuando se analizan algunos casos de jurisprudencia, estas manifestaciones no pueden ser puestas en duda.

b) Situación en la Argentina.

Como ejemplo del desorden argentino piénsese que si el daño es reclamado por el paciente que contrató con el médico, la responsabilidad es contractual; en cambio, si el paciente muere y reclaman

106 De Ángel Yágüez, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1995, pág. 26.

107 Díez Picazo, Luis, Derecho de daños, Madrid, Cívitas, 1999, pág. 261. Efectivamente, esto es así porque muchas pólizas excluyen la responsabilidad contractual. El maestro español relata el caso de una joven, lesionada en un accidente de sky que demandó invocando las normas de la responsabilidad extracontractual pero acompañó un tickets para probar que había pagado para ser transportada. La aseguradora alegó que no debía responder porque ella aseguraba el riesgo extracontractual, no el contractual. La sentencia del Supremo, que confirmó la decisión de primera instancia y acogió la demanda, está transcripta en De Ángel Yágüez, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 29 y ss. También en Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia Civil n° 27, 1991, pág. 777 y ss, con nota de Martínez Marín, Mayro, Condiciones generales del contrato. Ámbito de cobertura de póliza de seguro. Responsabilidad civil contractual extracontractual. Contrato suscripto por el menor.

108 Di Majo, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 11

109 Presse, Williams, Il cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 409.

sus familiares, el daño propio sufrido por esa muerte, es extracontractual; otro tanto sucede en el contrato de transporte;¹¹⁰ además, la acción iniciada por el transportado lesionado contra la empresa transportadora es contractual; contra el conductor, extracontractual.¹¹¹ En cambio, tratándose de responsabilidad por vicios de la construcción, la acción contra el arquitecto que proyectó la obra viciosa es siempre la derivada del art. 1646, aunque la deduzca un sucesor a título singular (el adquirente del inmueble).

c) El ejemplo de la Corte de Casación francesa.

Tomaré algunas sentencias de las diversas salas de la Corte de Casación francesa, un tribunal de gran reputación, que pertenece al país “cuna” del “dualismo incompatible”, donde, además, rige la regla procesal del reenvío (con todo lo que este sistema conlleva en perjuicio del principio de economía procesal).

Comienzo por señalar que si el damnificado por el ilícito interpuso acción civil en el proceso penal, aunque el hecho sea también el incumplimiento del contrato, la Sala en lo Criminal afirma que la cuestión debe ser resuelta a la luz de las normas de la responsabilidad extracontractual; la Sala Civil, en cambio, en la mayoría de los casos, resuelve que aunque el hecho sea un delito del derecho criminal, si existe un contrato, son éstas las reglas que rigen.¹¹²

Véanse ahora algunos casos puntuales que se suman a las decisiones antes reseñadas.

110 Ver, entre muchos, CSN 24/11/1998, C.M.Ac/Misiones, Provincia de, ED 182-821; conf. Vázquez Ferreyra, Roberto, Responsabilidad médica: ¿contractual o extracontractual?. El caso en que el paciente muere y reclaman indemnización sus familiares, Zeus t. 61 D-87 y sus citas.

111 Cám. Nac. Civ. En pleno, 26/10/1993, Corsetti de Patrignani, c/ Martínez, LL 1994-A-291, ED 156-457; aplican el plenario las sentencias de la sala C, 24/4/1997, Gestal c/Expreso Lomas, ED 175-29.

112 Compulsar esta jurisprudencia en Viney, Geneviève, Responsabilité civile, La Semaine Juridique, 1994, Chronique n° 3773 y en Leturmy, Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 850.

- La Sala 1^o aplicó su consabido axioma “el alcance de las obligaciones derivadas de un contrato es una cuestión de hecho” y declaró improcedente el recurso interpuesto contra una decisión que había rechazado la siguiente demanda: El propietario de un barco contrató con una sociedad de transporte y mantenimiento para que colocara el barco sobre su quilla. Cuando esta operación se estaba ejecutando por un dependiente de la empresa mediante el uso de una grúa, el propietario del barco, que estaba guiando la operación, fue lesionado por la quilla que se movió a causa de la ruptura de una pieza de la grúa de la empresa. El rechazo de la demanda se fundó en que se trataba de la inejecución de una obligación contractual accesoria de velar por la integridad física del cocontratante, y siendo una obligación de medios, no se había probado la culpa de la empresa. La comentadora del fallo, la prestigiosa jurista Geneviève Viney, señala que se trata de una solución incomprensible para el hombre medio: la demanda hubiese prosperado si el propietario del barco hubiese muerto y la acción hubiese sido deducida por los herederos (responsabilidad extracontractual por el vicio de la cosa); lo mismo hubiese sucedido si en lugar de ser el contratante, el dañado hubiese sido un tercero; por estas razones concluye: “Encontrar en un contrato de mantenimiento de un barco una obligación de velar por la integridad física del cocontratante es ya bastante extraño, pero calificar esa obligación de obligación de medios, conduce a resultados que un no jurista, guiado por el simple sentido común, encontraría a todas luces extravagante”.¹¹³

- La sala 2^o, en cambio, revocó la decisión de un tribunal de Nymes que, con fundamento en el art. 1382 (responsabilidad extracontractual) había hecho lugar a la demanda interpuesta por un matrimonio en contra de un constructor que, por haber realizado la obra sin respetar el proyecto y en contra de disposiciones municipales, había impedido que los propietarios obtuvieran del Estado un subsidio por construcción en zonas prioritarias. La Corte casó la sentencia que acogió la demanda y reenvió la causa a los tribunales de grado para que la resolvieran con arreglo a los principios de la responsabilidad contractual, desde que “el art. 1382 del Cód. Civil francés es inaplicable a la reparación de un daño derivado del incumplimiento contractual”. El fallo ha sido criticado, no por la doctrina que afirma, jurídicamente correcta, sino

113 Cass. Chambre 1^o, 24/11/1993, relatado y reseñado por Viney, Geneviève., Responsabilité civile, La Semaine Juridique, 1994, Chronique n° 3773.

porque en lugar de sustituir los motivos, fomenta las maniobras dilatorias de los litigantes que aprovechan la redacción imperita de una decisión, muchas veces producto del error de los propios jueces, para obtener postergaciones suplementarias siendo que la responsabilidad era incontrovertible, sobre todo en una materia (responsabilidad en la construcción) donde la propia jurisprudencia es oscura (por ej., muchas veces ha declarado la responsabilidad extracontractual si se actúa con culpa grave, pues se la considera “exterior al contrato”).¹¹⁴

- Los daños *sufridos* por quien presta un servicio benévolo han dado lugar a más de una decisión encontrada¹¹⁵.

• La Primera Sala Civil, el 27/1/1993, casó la sentencia de condena de la Cámara de Apelaciones y rechazó la demanda interpuesta por quien sufrió lesiones graves producidas por una máquina eléctrica para cortar troncos mientras prestaba un servicio benévolo o de cortesía. La aseguradora del propietario de la sierra (hermano de la víctima) fue liberada porque el tribunal entendió que había aquí una responsabilidad contractual y el seguro cubría sólo la responsabilidad extracontractual.

• Sin embargo, un año más tarde, el 26/1/1994, la Sala II rechazó

114 Cass. Chambre 2°, 9/6/1993, comentado por Roussel, Franck, Violation du principe du non cumul des responsabilité délictuelle et contractuelle par les juges du fond, La Semaine Juridique, 1994, Jurisprudence n° 22.264.

La jurisprudencia francesa siempre ha aceptado que existiendo dolo o fraude del contratante, la responsabilidad es delictual: “Hay que resignarse a la intrusión del derecho delictual en el ámbito contractual y a la utilización por el acreedor de los arts. 1382 del CC en los casos en que el deudor, evadiéndose el mismo, deliberadamente de la Convención, haya cometido un dolo o un fraude; él no puede venir a reclamar la protección de un estatuto si intencionalmente se ha colocado fuera de él; la responsabilidad delictual se justifica por la función sancionadora que se le atribuye”. Estas ideas, sin embargo, han sido discutidas por la doctrina más moderna que propone, para estos casos, una responsabilidad contractual agravada (Compulsar Leturmy, Laurence, La responsabilité délictuelle du contractant, Rev. Trim. Droit Civil, 1998 n° 1, pág. 848).

115 Ver, entre muchos, Viney, Geneviève, Traité de Droit Civil sous la direction de J. Ghestin. Introduction à la responsabilité, 2° ed., Paris, LGDJ, 1995, n° 184.

formalmente el recurso interpuesto contra una sentencia de la cámara de apelaciones que condenó a la aseguradora del dueño de un árbol que cayó sobre un empleado municipal que, fuera del horario de servicio, trabajaba benévolamente para el referido propietario (aunque en el caso la indemnización fue disminuida porque hubo culpa concurrente de la víctima).

O sea, mientras la sala I declara que los daños que derivan de servicios no pagados son contractuales, la sala II insiste en que los jueces de grado son soberanos para juzgar la extensión de las obligaciones. Viney destaca esta contradicción entre las salas y -con razón- critica a la sala I de este modo:

* es sorprendente que se imponga al *beneficiario* de un servicio gratuito, que por hipótesis no asume ninguna obligación principal, una obligación accesoria de seguridad.¹¹⁵

* no menos paradójal resulta colocar a quien benévolamente presta un servicio a otro y sufre un daño, en una situación más perjudicial que si fuera un tercero.¹¹⁶

* la solución es totalmente incomprensible e inaceptable para el común de los mortales, para el hombre de la calle: alguien que contrató un seguro para cubrir los daños derivados de las cosas que utiliza en su vida privada, cuando el siniestro ocurre, no está cubierto.¹¹⁷

- Los daños *causados* por quien presta un servicio gratuito tampoco tienen respuesta coherente; los casos son muy variados; el transporte benévolo o de complacencia es sólo uno de ellos.¹¹⁸

116 Casos relatados por Viney, Geneviève, Responsabilité civile, La Semaine Juridique, 1994, Chronique n° 3809 y por Jourdain, Patrice, Responsabilité civile, Rev. Trim. Droit Civil, 1994 pág. 865.

117 Viney, Geneviève, Responsabilité civile, La Semaine Juridique, 1993, Chronique n° 3727.

118 Me remito a mi trabajo "Nuevamente sobre los daños causados en el llamado transporte benévolo", en Rev. de Derecho de Daños, n° 7. En cuanto a otros servicios gratuitos, la Corte de New Jersey condenó a una sociedad por responsabilidad extracontractual por el incumplimiento de una promesa, dados los siguientes hechos: Un conductor de un vehículo se sintió mal mientras estaba en el trabajo; traspiraba abundantemente y sufría de una fuerte emicrania. Su ayudante llamó por teléfono a la esposa;

En suma, dice Viney, la aplicación rigurosa de la regla llamada del *"non cumul"*, o sea, de la incompatibilidad, conduce muy asiduamente a una verdadera denegatoria de justicia, dando al responsable la posibilidad de liberarse bajo el pretexto de que el fundamento asignado a la acción no corresponde a la calificación que el juez estima exacta.¹¹⁹

d) La tendencia a otorgar opciones. La inseguridad jurídica

En algunas ocasiones, las injusticias del sistema de la incompatibilidad llevan a los jueces a otorgar opciones sin apoyatura legal y con grave perjuicio a la seguridad jurídica. En efecto:

-A veces, algunas especialidades del régimen de prescripción de las acciones tienen fundamento en la necesidad de asegurar una rápida y definitiva liquidación de la relación obligatoria, en concordancia con las exigencias del tráfico comercial. ¿Cómo pensar entonces que el ordenamiento permite que se las prive de eficacia mediante el simple expediente de reclamar por la vía extracontractual?¹²⁰

- Otras veces, la opción a favor de la vía extracontractual permite al contratante escapar a las limitaciones válidamente pactadas. Sostiene Pantaleón Prieto que esta conclusión es tan absurda que todos los autores que propician la opción aceptan, sin embargo, que rigen las

ésta no podía llamar al médico y el ayudante le prometió que lo haría él mismo, pero se olvidó. Mientras tanto, el enfermo descansaba en la cabina del vehículo; cerca de una hora después de la promesa del ayudante, el conductor se cayó de la cabina y murió; se descubrió que su muerte obedeció a una crisis cardíaca y que si hubiese sido atendido a tiempo hubiese podido salvarse la vida. La Corte negó que la empresa fuera responsable por la enfermedad del empleado, pero entendió que era responsable porque el ayudante no había cumplido la promesa hecha a la esposa de llamar al médico, promesa en la que había confiado por lo que se había abstenido de llamarlo ella misma (Caso relatado por Prose, Williams, Il cumulo delle responsabilità contrattuale ed extracontrattuale negli Stati Uniti, en Riv. del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni, anno LX, 1962, PP pág. 409).

119 Viney, Geneviève, Responsabilité civile, La Semaine Juridique, 1993, Chronique n°3664.

120 Pantaleón Prieto, Fernando, comentario a la sentencia del 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 5., Abril/Agosto de 1984, n° 137, pág. 1657.

cláusulas limitativas también en la órbita extracontractual;¹²¹ en igual sentido, Diez Picazo aprueba una decisión italiana que, en los años veinte, rechazó la demanda interpuesta por los herederos de un periodista que falleció en un accidente aéreo mientras cubría una nota porque, dadas las características de la prueba, los organizadores de la competencia habían hecho firmar a los periodistas que cubrían el acontecimiento deportivo, un convenio con una cláusula que excluía expresamente la responsabilidad de la organización por cualquier tipo de suceso con los aeroplanos; el jurista español dice que la cláusula convencional no podía ser violada mediante el simple instrumento de deducir la pretensión acudiendo a la órbita extracontractual.¹²²

Se afirma, entonces, que esta huida al ámbito extracontractual, esta expansión del derecho aquiliano puede llegar a “subvertir totalmente el castillo de los acuerdos contractuales entre las partes”, pues una cosa es tratar de remediar algunas insuficiencias o la rigidez del contrato, y otra eliminar el principio de la libertad contractual”.¹²³

9. QUÉ HACER FRENTE A ESTE DESORDEN?

a) “Algo hay que hacer”.

En todos los países que aceptan el dualismo se habla de la existencia de una tendencia a tornar difusos los criterios de distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual,¹²⁴ de una caída o

121 Pantaleón Prieto, Fernando, comentario a la sentencia del 10/5/1984, Cuadernos Cívitas de Jurisprudencia civil, n° 5., Abril/Agosto de 1984, n° 137, pág. 1656

122 Diez Picazo, Luis, Derecho de daños, Madrid, Cívitas, 1999, pág. 267. Aclaro que la convención liberaba a la empresa organizadora de la competencia; nada decía respecto de la transportadora. Aun así, en nuestros días, la cláusula es de dudosa validez, por tratarse de derechos indisponibles.

123 Di Majo, Adolfo, La responsabilità contrattuale, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 33.

124 De Ángel Yágüez, Ricardo, Algunas previsiones sobre el futuro de la responsabilidad civil, Madrid, Cuadernos Cívitas, 1995, pág. 25.

"bajada" de las fronteras.¹²⁵ de una "inminente desaparición del tradicional binomio como *summa divisio* de la responsabilidad civil".¹²⁶

En esta misma tendencia, en una de las revistas de Derecho Civil más difundidas en Europa, en 1999 un autor concluyó: "todos estamos de acuerdo en la necesidad de poner orden en el derecho de la responsabilidad y, particularmente, en suprimir las diferencias de regímenes aplicables a la indemnización de daños corporales según que el dañado sea un contratante o un tercero. Las diferencias residen solamente en determinar cuál es el remedio para llegar a esta unificación."¹²⁷

Pues bien, como decía Roosevelt, "algo hay que hacer".

Explicaré algunas de las vías propuestas.

b) La tesis unitaria y el proceso de descodificación.

Uno de los factores que favorecen la tendencia a la unificación es, sin duda, el proceso de descodificación de la responsabilidad civil. En efecto, los modernos regímenes especiales que regulan ciertos daños no hacen la distinción estudiada; por ej., las nuevas leyes que rigen los daños causados al ambiente, por productos elaborados, por violación de derechos intelectuales y de la propiedad industrial, por ataques abusivos a la libre competencia, etc.¹²⁸

Esta legislación especial unificadora ha solucionado muchos conflictos planteados antes de su sanción. Doy un solo ejemplo: el editor que hace una tirada superior a la pactada con el autor defraudándolo en sus derechos responde por las consecuencias legalmente previstas sin

125 Talion, Denis, y otros, *Le contrat aujourd'hui: comparaisons franco-anglaises*, Paris, ed. Pichón, 1987, pág. 82.

126 Aun los que no llegan a tanto y defienden el mantenimiento de la distinción, advierten que "no se trata de una *summa divisio*" (Starck, Boris et autres, *Obligations. 2. Contrat*, 5° ed., Paris, Litec, 1995, n° 1768).

127 Savaux, Eric, *La fin de la responsabilité contractuelle?*, Rev. Trim. Droit Civil, 1999 n°1, pág. 1.

128 Di Majo, Adolfo, *La responsabilità contrattuale*, Torino, ed. Giappichelli, 1997, pág. 14.

que la víctima-acreedor deba preocuparse por saber si esto es responsabilidad contractual o extracontractual.¹²⁹

Ésta es también la vía elegida en Francia por la ley Badinter de 1985 para las víctimas de los accidentes de tránsito. La ley crea un régimen único, cualquiera sea el carácter de la víctima: contratante o extraño.

En Argentina, aunque la norma ha sido introducida en el código civil (art. 1117), puede ser incluida en esta metodología, por ser ley especial, la n° 24.830 de 1997 que regula la responsabilidad de los establecimientos educaciones por los daños causados a terceros (responsabilidad extracontractual) y a los propios alumnos (responsabilidad contractual), bajo un régimen único.¹³⁰

c) La tesis unitaria y la idea clásica que los daños contractuales son un sustituto de la ejecución en especie.

La “descontractualización” de la obligación de seguridad.

Nuevas voces se escuchan en el derecho francés. Para explicar su visión sobre el tema, recuerdan las dos grandes posiciones asumidas por la doctrina:

- Domat y Pothier entendían que la inejecución de un contrato no hacía nacer una obligación nueva; el contrato mismo era la causa de la deuda de reparar los daños en caso de inejecución. Por eso, el código francés regula los daños e intereses como *un* efecto de los contratos. Dicho en otros términos, los daños y perjuicios son la forma que toma la obligación contractual cuando el acreedor no puede reclamar la ejecución en especie y por eso ninguna vinculación puede tener con los delitos y cuasidelitos. Lo pagado al acreedor por el deudor incumpliente no tiene por objeto repararle *un* perjuicio; sólo está destinado a procurarle la satisfacción que él podía esperar por la ejecución del contrato; no se trata de indemnizar sino de pagar. Es cierto que el acreedor

129 De Ángel Yagüez, Ricardo, Tratado de responsabilidad civil, Madrid, Cívitas, 1993, pág. 25

130 Para este tema ver, de mi autoría, La responsabilidad civil de los establecimientos educativos en Argentina después de la reforma de 1997”, L.L. 1998-B-1047.

sólo obtendrá dinero (y no la prestación en especie a la que el deudor se obligó) pero es que el dinero es “bueno para todo”: ejecutar un contrato, reparar un daño, restituir el enriquecimiento injustificado. Los daños y perjuicios son un “remedio” dado al acreedor (que tiene a su disposición otros remedios distintos)¹³¹ y no una nueva obligación. De allí que hasta 1870 no existió en el derecho francés la expresión “responsabilidad contractual”; se hablaba sí, de culpa contractual,¹³² pero esta misma noción hoy está en crisis, pues moderna doctrina propone sustituirla por la noción de incumplimiento.¹³³

Para quienes participan de esta posición, que supone una distinción radical (efectos de los contratos, por un lado, responsabilidad por el otro), ni siquiera son necesarias las normas; las diferencias podrían perfectamente ser deducidas de los principios generales que dominan ambas materias (los contratos, por un lado, los ilícitos, por el otro).

- Para Planiol, en cambio, la fuente de la obligación de reparar no es el contrato sino un hecho: la inejecución de la obligación; por lo tanto, su objeto no es ejecutar la obligación de pagar sino indemnizar al acreedor los perjuicios sufridos. Esta es también la tesis de los Mazeud para quien la responsabilidad contractual no es un efecto del contrato sino una fuente de las obligaciones, del mismo modo que lo es la responsabilidad extracontractual.¹³⁴ Habría dos obligaciones diferentes: una que nace del contrato, otra que la reemplaza y de la que nace la responsabilidad.

131 Por eso se señala que cuando se habla de culpa contractual en lugar de incumplimiento se dismantela un conjunto de remedios muy importantes que nacen del incumplimiento, realizándose una verdadera amputación de la inejecución. El acreedor no satisfecho tiene una serie de instrumentos: ejecución en especie, resolución, daños a título principal o combinado con otros medios, etc. (Talion, Denis, Pourquoi parler de faute contractuelle?, en *Écrits en hommage a Gérard Cornu*, Paris, ed. Presses Universitaire de France, 1994, pág. 435; Le Tournau, Philippe y Cadiet, Loïc, *Droit de la responsabilité*, Paris, Dalloz, 1996, n°220 y ss).

132 Remy, Philippe, La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, en *Rev. trim de Droit Civil*, 1997, pág. 329.

133 Talion, Denis, Pourquoi parler de faute contractuelle?, en *Écrits en hommage a Gérard Cornu*, Paris, ed. Presses Universitaire de France, 1994, pág. 429 y ss.

134 Por eso, para Planiol, la existencia de una verdadera y esencial diferencia entre las dos responsabilidades parece más “un capricho sin motivo y un absurdo legislativo, y concluye que la única distinción correcta es entre la responsabilidad que se encuentra en conexión con deberes positivos de dar o de hacer que quedan inejecutados, y la que concierne a obligaciones negativas de falta de atención en la producción de daños (Ver Diez Picazo, Luis, *Derecho de daños*, Madrid, Cívitas, 1999, pág. 249).

Ahora bien, estas “nuevas voces” entienden que esta “invención” de la responsabilidad contractual, nacida de las ideas de Planiol, ha hecho perder al principio del “*non cumut*” toda su racionalidad. La regla que impide invocar los mecanismos de la responsabilidad delictual en caso de daños causados al acreedor por la inejecución de una obligación se comprende fácilmente cuando se reconoce a los daños e intereses contractuales su verdadera naturaleza. Es imposible invocar un mecanismo que sirve para reparar un perjuicio cuando lo que se reclama, en realidad, es la ejecución de una obligación. Dos técnicas que no tienen el mismo objeto no corren el riesgo de ser confundidas. Por el contrario, es difícilmente justificable cuando se atribuye a la responsabilidad delictual y a la responsabilidad contractual la misma naturaleza y el mismo objeto. Si en los dos casos se trata de reparar un perjuicio, ¿por qué la indemnización debe obedecer a principios diferentes para un mismo tipo de daño según la cualidad de la víctima (tercero o parte)? ¿Por qué la reparación no puede seguir las mismas reglas? Si existen dos regímenes, ¿por qué la víctima no puede elegir? En el fondo, lo criticable es justamente esta coexistencia de dos regímenes; no debería haber sino una forma de responsabilidad.¹³⁵

De esta idea central se deriva la de “*descontractualizar la obligación de seguridad*” de este modo, las víctimas no se enfrentarán al problema de obligaciones de medio y de seguridad y el juez atenderá, prioritariamente, a si el daño ha sido causado o no con la Intervención de cosas u otros elementos que fundan la responsabilidad objetiva. Así, por ej., la sala 1º de la Casación francesa resolvió el 17/1/1995, en el *leading case Planet Wattohm* que “el vendedor profesional está obligado a poner en el mercado productos exentos de todo vicio o de todo defecto de fabricación, por lo que si tal daño se produce es responsable tanto frente al adquirente cuanto frente a *terceros*.”¹³⁶ O sea, el tribunal acepta una obligación *extracontractual* de seguridad en cabeza del fabricante y el distribuidor.

135 Compulsar Remy, Philippe, La “responsabilité contractuelle”: histoire d’un faux concept, en Rev. trim de Droit Civil, 1997, pág. 323.

136 Cass. Chm. 1º. 17/1/1995, SA Planet Wattohm c/CPAM du Morbihan, Dalloz 1995 J-351, con nota de Jourdain, Patrice, Nouveaux développements de l’obligation de sécurité: obligation de sécurité extra-contractuelle et responsabilité contractuelle du fait des choses (en el caso, una alumna de cuatro años se lesionó con un aro de plástico que formaba parte del material de la escuela para trabajar la psicomotricidad de los alumnos). Q tribunal hizo responsable al fabricante, al distribuidor, al colegio y a su aseguradora (estos dos últimos, en cambio, habían sido liberado por el tribunal de mérito porque no se había probado la culpa)

Patrice Jourdain comienza el comentario a esta sentencia con esta pregunta: ¿Último golpe de audacia de la Sala 1° de la Casación o pequeña revolución en el derecho de la responsabilidad civil?. Y contesta: se trata de un símbolo o muestra de una firme voluntad en pro de la armonización de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual. En efecto, aunque a la fecha de la sentencia Francia no había traspuesto aún la directiva europea por productos elaborados 85-374, el tribunal aplicó los principios de esa directiva, que no distingue según que el dañado sea contratante o tercero.

d) Los “clones” de la responsabilidad extracontractual.

Este remedio consiste en “imitar” en materia contractual los principios de la responsabilidad extracontractual;

Un ejemplo de esta técnica reside en aplicar al ámbito contractual la responsabilidad por el hecho de las cosas, previsto metodológicamente en el ámbito extracontractual. En tal sentido, la sala 1° de la Casación francesa aceptó, en contra de su anterior jurisprudencia conforme la cual la responsabilidad por el hecho de las cosas no rige en materia contractual, que los establecimientos educacionales tienen respecto de sus alumnos una obligación de seguridad por lo que responden no sólo por su culpa, sino también por las cosas que tienen bajo su cuidado”.¹³⁷ Sin embargo, parece haberse arrepentido de esta tesis, pues con posterioridad ha fundado la condena en la obligación de seguridad, sin recurrir a la responsabilidad por el hecho de las cosas.¹³⁸

De cualquier modo, la sala 2° aplica la responsabilidad extracontractual por el hecho de las cosas cuando el daño lo ha producido el empresario a sus clientes por un defecto en la organización o en el funcionamiento de su establecimiento; tal el caso del daño moral sufrido por dos clientes de un supermercado en las siguientes circunstancias: al

137 Cass. Chm. 1°. 17/1/1995, *Planet Wattohm c/CPAM du Morbihan*, Dalloz 1995 J-351, con nota de Jourdain, Patrice, Nouveaux développements de l'obligation de sécurité: obligation de sécurité extra-contractuelle et responsabilité contractuelle du fait des choses.

138 Así lo señala, con amplia ejemplificación, Jourdain, Patrice, Responsabilité civile, Rev. Trim. Droit Civil, 1996, pág. 633.

pasar por el pórtico del control, éste sonó de modo estrepitoso y ambos clientes fueron detenidos por personal de seguridad, no obstante no haber cometido ninguna anomalía.¹³⁹

En Argentina, la responsabilidad objetiva por el hecho de las cosas usadas durante la ejecución de un contrato ha dado lugar a opiniones encontradas. Así, por ej. en el caso de un dentista a quien durante una operación se le desprendió una pieza del torno eléctrico y provocó una lesión grave en el maxilar de la paciente, la mayoría del tribunal de apelaciones sostuvo que era de aplicación el 1113, y que la responsabilidad era extracontractual, pues se trataba de una responsabilidad nacida “al costado” del contrato; la minoría, en cambio, apoyada por los comentaristas del fallo, entendió que la responsabilidad era contractual, existiendo una obligación de seguridad implícita a favor de una paciente, sobre todo, si se tiene en cuenta que, el torno es un instrumento indispensable en el trabajo de un dentista.¹⁴⁰ Otros tribunales han considerado que “la aplicación de la teoría del riesgo previsto en el art. 1113 no es aplicable si media una relación contractual entre las partes.”¹⁴¹

139 Cass. Civ. 2° Ch. 5/6/1991, comentado por Penneau, Anne, *Non cumul des deux ordres de responsabilité et responsabilité du commerçant à l'égard de ses clients*, Dalloz-Sirey, 1992 pág. 270.

140 Cám. Apel CC Junin, 20/4/1988, Seta de Etchevers c/Gesulti, Doct. Jud. 1988-2-401, con sendas notas aprobatorias del voto minoritario del Dr. Azpilicueta, de Mosset Iturraspe, Jorge, *Daños dentro del contrato o al lado del contrato. El empleo de la cosa riesgosa en el cumplimiento de la prestación prometida. Un alegato a favor de la unificación de la responsabilidad*, y de Lorenzetti, Ricardo, *Causalidad y daño en el contrato de servicios profesionales*.

141 Cám. Nac. Civ. SalaC, 31/3/1997, Iaccarino, Marcelo d' Musso, Doc. Jud. 1997-2-829 (caso de un camarógrafo, contratado por un productor de la película) que se cae de la grúa porque se han olvidado de colocar los topes de este mecanismo) (Se hace responsable al locador de la grúa y al productor del video). Se libera al locatario de la obra.

e) Hacia una teoría única del responder.

Algunos países han atacado directamente el problema regulando un régimen único de reparación de daños. El código de Québec puede ser citado como el paradigma de esta tendencia que apoyo sin hesitaciones.¹⁴²

La tesis que propicio también es, sustancialmente, la que predomina en el derecho alemán, país en el que se estima que en estos casos no existen dos pretensiones resarcitorias jurídicamente autónomas e independientes entre sí, sino una única pretensión resarcitoria con base en un evento dañoso único. En otras palabras, no se trata de un supuesto de concurrencia de pretensiones (*anspruchskonkurrenz*) sino de concurrencia de normas fundamentadoras de una única pretensión (*anspruchsnormenkonkurrenz*).¹⁴³

Existe una única causa de pedir, una única pretensión. La víctima tiene ya bastante con el daño para que el ordenamiento jurídico la enfrente a los vericuetos de categorías ininteligibles; límitese el dañado a aportar los hechos en que apoya su demanda y descanse tranquilo en el conocimiento de los jueces.

La claridad de las leyes, para asegurar su eficiencia, es una aspiración a la que no debe renunciarse. "La simplificación de los códigos está en el signo de los tiempos".¹⁴⁴

142 Se mencionan en esta misma tendencia unificadora los códigos de la antigua Checoslovaquia de 1964, de la antigua Yugoslavia, 1978 y de Senegal, de 1967; también el art. 99 párrafo 3º del código suizo conforme el cual las reglas sobre la responsabilidad derivada de los actos ilícitos se aplican por analogía a los efectos de la culpa contractual; el art. 249 del CC cubano, con redacción análoga al suizo (Ver Bueres, Alberto, La unidad sistemática del resarcimiento de daños. El código civil argentino y el proyecto de unificación de la legislación civil y comercial de 1987. Comparaciones con el derecho español, La Revista del Foro de Cuyo, 1992 n° 4, pág. 27; Yzquierdo Tosada, Mariano, La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual (visión europea), en Responsabilidad por daños en el tercer milenio. Homenaje a Afilio A. Alterini, Bs. As., ed. A. Perrot, 1997, pág. 109.

143 Para el derecho alemán ver, fundamentalmente, Ferrari, Franco, Atipicità dell'illecito civile. Una comparazione, Milano, ed. Giuffrè, 1992, n° 1.2.2., pág. 25; Díez Picazo, Luis, Derecho de daños, Madrid, Cívitas, 1999, pág. 249.

144 Mosset Iturraspe, Jorge, Responsabilidad civil contractual o extracontractual: ¿Unidad o separación? En Congreso Internacional de Responsabilidad civil. Fazendo Justicia noTerceiro Milenio, Blumenau, Brasil, 1995, voi. 1, pág. 128.