

## LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EN RELACION CON LA CONTRACTUAL

por el Dr. José MELICH ORSINI

1. Necesidad de distinguir entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.—2. Tesis clásica.—3. Teoría unitaria de la responsabilidad civil.—4. Crítica de la teoría unitaria.—5. Diferencias de regulación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.—6. Diferencias controvertibles entre ambos dominios de la responsabilidad civil.—7. Criterios para distinguir entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual.—8. Reglas aplicables a las responsabilidades legales.—El problema del concurso de acciones por responsabilidad contractual y extracontractual.

1.—No basta señalar la diferencia entre la responsabilidad civil y la penal; en el campo de nuestro estudio, es necesario distinguir además —conforme a una larga tradición en la materia— entre los dos dominios de la responsabilidad civil: la contractual y la extracontractual.

2.—**Tesis clásica:** La tesis clásica ha sido trazada por el Código Napoleón. Este Código trata en su libro III “De los Contratos y Obligaciones Convencionales en general” y allí desarrolla toda la materia de responsabilidad contractual como un simple *efecto del incumplimiento de la obligación* nacida del contrato; en tanto que en su Título IV, que denomina “De los compromisos que se forman sin convención”, trata en uno de sus capítulos (Capítulo II: “De los delitos y cuasidelitos”) de la responsabilidad extracontractual como *fuerza de obligaciones* (1).

---

(1) En nuestro vigente Código Civil pueden hallarse también los trazos de tal construcción. En efecto, en el Capítulo I (“*De las fuentes de las obligaciones*”), Título III (“*De las Obligaciones*”) del Libro III, se exponen en cinco secciones las fuentes de las obligaciones y la Sección V (“*De los hechos ilícitos*”) trata ampliamente de la responsabilidad delictual como una de estas fuentes; en tanto que es propiamente en el Capítulo III (“*De los efectos de las obligaciones*”) del mismo Título, donde se exponen las reglas de la responsabilidad contractual.

Según esto, lo característico de la *responsabilidad extracontractual* sería suponer la violación del mero deber general de no dañar a otro y *no consistir en la violación de una relación jurídica preestablecida*. El hecho llamado ilícito engendraría *ex novo* una obligación de resarcimiento a cargo del agente del daño y en favor de la víctima (2).

La *responsabilidad contractual*, por su parte, se caracterizaría por suponer la violación de un vínculo jurídico determinado que preexistiría entre el agente del daño y la víctima. Propiamente ella no haría nacer una obligación, sino que sería

---

(2) "La responsabilidad extracontractual existe cuando una persona causa, ya por sí misma, ya por medio de otra de la que responde, ya por obra de una cosa de su propiedad, un daño a otra persona respecto de la cual *no estaba ligada por vínculo obligatorio alguno anterior* Por ejemplo, un automovilista imprudente aplasta a un transeunte; un cazador torpe hiere a un individuo; la caza que un propietario cría en sus tierras causa daño a las cosechas de los propietarios colindantes; una pared se hunde y daña al fundo contiguo; un incendio estalla en una casa y se comunica al inmueble vecino; una persona daña la reputación de un tercero por medio de escritos o de conversaciones difamatorias; un prometido rompe sin motivo legítimo su promesa de matrimonio; un individuo emplea maniobras reprensibles para llegar a seducir a una muchacha; un comerciante realiza actos de concurrencia ilegítima respecto de otro comerciante, etc. En estos diferentes casos en que se causa un perjuicio a otra el autor del daño está obligado a repararlo, generalmente pagando a la víctima de sus actos una indemnización pecuniaria" Colin y Capitant: 'Curso Elemental de Derecho Civil' Tomo III, págs. 797-798.

Y más adelante añaden estos mismos autores: "La culpa contractual consiste, como hemos visto en el derecho por parte del deudor, de no haber cumplido la obligación a que estaba sujeto por el contrato que lo ligaba a su acreedor. La culpa extracontractual consiste en causar un perjuicio a otro distinto del que procede del incumplimiento de una obligación, ya por maldad e intención de dañar, ya por simple falta de las precauciones que la prudencia debe inspirar a un hombre diligente" (págs. 827-828).

"La responsabilidad aquiliana es aquella que existe cuando la ley obliga a reparar el daño causado a otro *en ausencia de toda relación contractual preexistente entre el autor del daño y la víctima*, o al menos *independientemente de toda obligación nacida de tales relaciones*". DE PAGE, Henri: "Traité Elementaire de Droit Civil Belge". Tomo II, N° 905, 3°.

"Es preciso rechazar sin vacilación —escribe Josseland— la doctrina evangélica que considera que los humanos están todos ligados por obligaciones jurídicas indeterminadas, innumerables e infinitas; ya hemos dado nuestro parecer respecto a esta armonía preestablecida que no se afirmarí más que por su ruptura y que realizaría una especie de panteísmo obligacional: no es el artículo 1382 (equivalente al 1185 C. C. venez.) el que hace el delito y la obligación que de él deriva, con tampoco es el artículo 231 (equivalente al 185 C. C. venez.) el que realiza el divorcio con todas sus consecuencias; así como la ruptura del matrimonio tiene su causa en la ofensa de uno de los esposos al otro —injuria grave sobre todo—, así también el deber de reparar las consecuencias de un hecho ilícito se deriva de ese mismo hecho y del daño que de él resulta para la víctima... ("Derecho Civil", Tomo II, vol. I, N° 485, 1°).

solamente *la sanción de la inejecución de una obligación preexistente*. En este sentido proponía Saintelette emplear para ella la denominación de “garantía”, reservando la de “responsabilidad” para la violación de los deberes extracontractuales (3).

La oposición fundamental entre ambos dominios de la responsabilidad civil estribaría, pues, en que en el caso de la responsabilidad contractual el deudor no sería libre de poner o no el hecho prometido, sino que se hallaría constreñido a prestar una conducta determinada (la prometida) y, por tanto, si su incumplimiento al respecto causare un daño al acreedor, la obligación de reparar surgiría como sanción de tal incumplimiento: la responsabilidad aparecería aquí como *garantía* del cumplimiento de la obligación contractual; en cambio, en el caso de la responsabilidad delictual se trataría propiamente de que se habría causado un daño a un tercero por un hecho que, en principio, uno era libre de haber realizado o no, ya que la ley no lo obligaba a cumplirlo, pero que por haberse realizado con la intención de dañar o en una forma imprudente o negligente se transforma en ilícito y se convierte en fuente de una obligación de reparar (4).

**3.—Teoría unitaria de la responsabilidad civil:** Frente al dualismo de la tesis clásica, algunos civilistas han defendido con calor la tesis adversa de la fundamental unidad de la responsabilidad civil. Según esta segunda doctrina toda responsa-

---

(3) “*La responsabilidad contractual* define De Page —es aquella que nace de la *inejecución de una convención*. Su fundamento es el desconocimiento de la palabra dada, que obliga al deudor a reparar el daño causado por este desconocimiento, desde luego que toda convención tiene a misma fuerza obligatoria que una ley” (op. cit. Tomo II, N° 905, 2°).

“La falta contractual escribe a su turno Savatier —no ocupa en materia de responsabilidad sino un terreno definido y limitado. Ella consiste en la *inejecución, previsible y evitable, por una parte o por sus causahabientes, hacia una parte o sus causahabientes, de una obligación nacida de un contrato*”. (*Traité de la Responsabilité Civile*”, Tomo I, N° 108).

(4) Entre los partidarios de esta tesis clásica pueden citarse BAUDRI LACANTINERIE y BARDE: “*Obligations*”, Tomo I. pág. 402; COLMET DE SANTERRE: “*Traité des Obligations*”, Tomo V, pág. 486; LAURENT: “*Principios de Derecho Civil Francés*”, Tomo XVI, pág. 230; JOSSEMAND: op. cit, Tomo II, Vol. I, Nos. 482 a 485; DE PAGE: op. cit, Tomo II, N° 905; SAVATIER: op. cit, Tomo I, Nos. 109 a 113. Como extremista dentro de esta tesis se cita a SAINTELETTE: “*De la responsabilité et de la garantie*”.

bilidad es necesariamente de orden delictual (5). La responsabilidad civil surgiría siempre como una sanción por el incumplimiento de una obligación preexistente, sea que ésta derive de un contrato, sea que se funde directamente en la ley. En ambos casos, tal obligación preexistente no debe ser confundida con la responsabilidad, que es siempre una *nueva* obligación surgida como consecuencia de la violación de aquélla. Por el hecho mismo del incumplimiento se produce una *novación* de la obligación inicial. Ahora bien, ¿cuál es el carácter de la obligación a que da lugar tal novación? Evidentemente —se responde— será siempre una obligación delictual. Violar un contrato, faltar a la palabra empeñada, lo mismo que violar un deber legal cualquiera, es incurrir en un delito; y, por lo mismo, la acción que el acreedor tendrá en tal hipótesis contra su deudor encuentra su fuente, no ya en el contrato, sino en su inejecución (6).

La teoría unitaria de la responsabilidad ha gozado de gran favor entre muchos civilistas, pero sería erróneo pensar que tal adhesión se presta en el mismo grado a todos los postulados de esta teoría. Los hermanos Mazeaud, por ejemplo, quienes han dedicado su monumental monografía "Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual" a establecer la fundamental identidad de naturaleza entre ambas responsabilidades, demostrando con extraordinaria agudeza la identidad de sus elementos constitutivos (culpa, daño y re-

---

(5) "La evidencia para nosotros —escribe Lefebvre— es que la expresión responsabilidad contractual es una forma viciosa, una forma errónea de lenguaje, y que la responsabilidad es necesariamente delictual". Cfr. LEFEBVRE: "De la responsabilité delictuelle et contractuelle", *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1886, citada por MAZEAUD, HENRI y LEÓN: "Traité Théorique et Pratique de la Responsabilité Civile". Tomo I, N° 101.

(6) "La obligación inicial, nacida *ex contractu* o *ex lege*, se extingue por la pérdida o imposibilidad de su objeto, la obligación de reparar, que nace entonces, no es la primitiva deuda surgida del contrato sino una obligación que toma su fuente en los artículos 1382 (1185 C. C. venez.) y siguientes" GRANDMOULIN: "Nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles", tesis, Rennes, 1892, libro II, pág. 4, citada por MAZEAUD: op. cit., Tomo I, N° 101, y JOSSEAND: op. cit., Tomo II, vol. I, N° 483.

Entre los partidarios de esta teoría unitaria de la responsabilidad civil, además de Grandmoulin y Lefebvre, que representarían posiciones extremas, podríamos contar a PLANIOL y RIPERT: "Tratado Práctico de Derecho Civil Francés" escrita con la colaboración de Pablo Esmein Tomo, VI, N° 488 y sigts; BONNECASE, Julien: "Elementos de Derecho Civil", N° 482; MAZEAUD: op. cit. Tomo 1, Nos. 101 y sigts.

lación de causalidad), no han vacilado, sin embargo, en señalar la existencia de “*diferencias accesorias*” entre ambos dominios de la responsabilidad civil. En tal sentido escriben ellos:

“Que la obligación nacida de la inejecución del contrato sea lógicamente distinta de aquella que nace del contrato mismo, no es dudoso; pero no debe olvidarse que entre estas dos obligaciones existe un ligamen extremadamente estrecho: la una sustituye a la otra; la segunda nace solo cuando la primera se extingue. Hay aquí algo susceptible de ser comparado con una novación. Es rehusar ver esta dependencia pretender, para determinar los principios de la responsabilidad contractual, colocarse directamente en el terreno de los artículos 1382 (1185 C. C. Ven.) y siguientes, haciendo abstracción de las reglas trazadas en relación con la inejecución de los contratos. Los redactores del Código Civil no han cometido este error. Ellos han querido distinguir la responsabilidad delictual de la responsabilidad contractual; han comprendido que debían tratar de esta última accesoriamente a los contratos...” (7) “Cuando uno examina los elementos constitutivos de la responsabilidad, se advierte que tanto en el dominio delictual como en el contractual las soluciones son idénticas: en uno y en otro caso tres condiciones deben cumplirse para que haya responsabilidad: un daño, una falta y un ligamen de causa a efecto entre la falta y el daño. Estas reglas han sido consagradas tanto por los artículos 1382 (1185 C. C. Venez.) y siguientes como por los textos que rigen la responsabilidad contractual. Pero sería negar la evidencia querer asimilar en todos los aspectos las reglas que rigen la responsabilidad delictual a aquellas que gobiernan la responsabilidad contractual. Si ciertas diferencias resultan discutibles, especialmente en el dominio de la prueba, las hay también incontestables, ¿y cómo podría ser de otro modo? El hecho de que, en un caso, la víctima y el autor del daño se hayan relacionado antes de la realización del daño, hasta el extremo de que sin tal relación previa el perjuicio no habría podido producirse, debe entrañar necesariamente la aplicación de reglas particulares a esta situación. Uno tropezará con ellas

---

(7) MAZEAUD: op. cit. T. I, N° 101.

cuando precise los efectos de la responsabilidad y cuando examine la jurisprudencia sobre las convenciones de responsabilidad. Se comprende, por ejemplo que la víctima de la inejecución de un contrato no pueda reclamar los daños y perjuicios sino cuando ella ha puesto al deudor en mora de cumplir con su obligación, ¿cómo se podría aplicar una regla semejante en materia delictual? Hay así, en nuestro derecho positivo, toda una serie de *diferencias de detalles* entre los dos órdenes de responsabilidades" (8).

4.—**Crítica de la teoría unitaria:** La crítica más aguda que se ha hecho a la teoría unitaria se contrae al argumento favorito de aquélla de producirse una especie de novación por el hecho de la negativa del deudor contractual a cumplir espontáneamente con su obligación. Al respecto escribe Jossierand: "no es exacto que una obligación se extinga sólomente por razón de que el deudor se niegue a ejecutarla; por el contrario, es entonces, cuando se afirma el vínculo jurídico (*vinculum juris*), es entonces cuando aparece el sentido y la virtud de la fuerza obligatoria de los contratos" (9). La idea de novación, en efecto, parece oscurecer el planteamiento fundamental de la primacía que debe asignarse, aun en caso de ejecución forzosa, al cumplimiento en especie frente al cumplimiento por equivalente.

Se añade además que en la responsabilidad extracontractual la obligación de reparar surte efectos desde el día de la comisión del hecho ilícito, esto es, que sólo desde tal día debe considerarse que existe la obligación; en tanto que para juzgar sobre la responsabilidad contractual hay que remontarse a un momento anterior al de violación del contrato, o sea, al momento de la celebración del mismo. Esta observación tiene particular importancia para determinar las condiciones de existencia de la responsabilidad (en materia contractual se exige capacidad en el momento de la celebración del contrato, en materia delictual basta la imputabilidad en el momento de comisión del hecho ilícito), para juzgar sobre la ley aplicable en caso de cambio de la misma (en materia delictual se aplica la ley que rige

(8) MAZEAUD: op. cit. T. I, N° 102.

(9) JOSSEIRAND: op. cit. Tomo II, vol. I, N° 484.

en el momento de la comisión del hecho ilícito, en materia contractual la del momento de la celebración del contrato), así como también la solución del derecho internacional privado no es la misma en el dominio contractual (en principio rige la ley a que las partes han querido someterse, que de ordinario será la del lugar donde se celebró el contrato) que en el dominio delictual (en el cual rige la ley del lugar donde se realizó el hecho ilícito).

**5.—Diferencias de regulación entre la responsabilidad contractual y la extracontractual:** A las indicadas diferencias habría que añadir todavía estas otras:

1º) La responsabilidad contractual, por descansar sobre la idea de la autonomía de la voluntad de las partes, hace comprensible que exista respecto de ella una cierta libertad para graduar en el propio contrato la diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de las obligaciones que las partes se han impuesto libremente a sí mismas. En su oportunidad veremos como la doctrina y la jurisprudencia se inclinan por la validez de las cláusulas contractuales limitativas y aún exoneratorias de responsabilidad, con la única salvedad del dolo y de culpa grave asimilable a dolo, salvedad ésta, por lo demás, que es mera consecuencia de la regla lógica de que no se concebiría la obligación en sí misma, si el contrato autorizara ya al deudor para incumplirlo intencionalmente.

En materia de responsabilidad extracontractual, en cambio, la cuestión de la validez de los contratos celebrados con el objeto de limitar o de exonerar de responsabilidad a una parte en el caso de que ella resultare agente de un daño que eventualmente pudiere afectar a la otra, está lejos de tener una solución unánime. Mientras la tendencia dominante en la jurisprudencia francesa consiste en reputar de *orden público* las normas legales que rigen la responsabilidad extracontractual, decidiendo en consecuencia que ellas no pueden ser derogadas ni relajadas por convenios entre particulares; la jurisprudencia belga, por el contrario, no obstante referirse a un mismo Código, considera que tales normas no hacen más que reglamentar intereses privados y que, por ende, pueden ser libremente derogadas y sustituidas. La misma solución de la jurisprudencia francesa es adoptada

en Italia y en otros países (10). En nuestro país no existe todavía una jurisprudencia que haya tomado conciencia del punto, si bien la tendencia de nuestros juristas es aplicar la misma solución adoptada por la jurisprudencia francesa.

2º) Por lo mismo que en materia contractual el deudor incumpliente es a la vez autor del incumplimiento y de la norma incumplida, que se funda en la autonomía de su voluntad, resulta lógico que, cuando en el propio contrato no existan reglas para regir la responsabilidad por el incumplimiento, el Código Civil, por interpretación de la voluntad presunta de las partes, disponga que la reparación no puede exceder de lo que había sido previsto o era previsible al tiempo de la celebración del contrato, salvo el caso de dolo (art. 1274 C. C.). Demás sería decir que semejante interpretación de la presunta voluntad de las partes carece de sentido en el campo de la responsabilidad extracontractual.

3º) La responsabilidad contractual basada sobre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes supone necesariamente la capacidad del deudor para obligarse, sin lo cual no es posible hacer pesar sobre él ninguna sanción por su incumplimiento (art. 1394 C. C.); en cambio, la responsabilidad delictual, que la jurisprudencia tiende a considerar como fundada en razones de orden público, gravita inclusive sobre los incapaces (art. 1186 C. C.).

4º) Mientras que en materia extracontractual el autor ilícito está obligado a reparar tanto el daño material como el moral (art. 1196 C. C.), en materia contractual la jurisprudencia descarta la posibilidad de reclamar indemnizaciones por daños morales (11).

5º) En materia delictual la ley establece la solidaridad entre los coautores del hecho ilícito (art. 1195 C. C.); en materia contractual, en cambio, al menos en el dominio de los contratos de naturaleza civil, la solidaridad no se presupone (art. 1223 C. C.).

---

(10) Al respecto de las cláusulas limitativas o exoneratorias de responsabilidad civil *cfr.* SAVATIER: *op. cit.*, Tomo II, N° 664; MAZEAUD: *op. cit.*, Tomo III, N° 2571; PEIRANO FACIO, Jorge: "Responsabilidad Extracontractual", N° 26, pág. 49; MESSINEO, Francesco: "Manual de Derecho Civil y Comercial", Tomo IV, § 169, 2-I, pág. 479.

(11) La jurisprudencia venezolana (I) coincide de este punto con la jurisprudencia francesa. *Cfr.* JOSSEAND: *op. cit.*, Tomo II, vol. I, N° 628.



6º) Mientras en materia delictual los hechos ilícitos de un cónyuge no perjudican al otro cónyuge en sus propios bienes ni en su parte de los bienes comunes (art. 167 C. C.); en materia contractual el marido, por tener la administración de los bienes comunes, compromete la responsabilidad de ellos por los contratos que celebre, aun en la parte que sobre los mismos pertenezca a la mujer, y, a su vez, la mujer compromete aquéllos cuya administración le corresponda, aun en la parte que pertenezca a su marido (art. 165 C. C.).

7º) Una jurisprudencia de los tribunales superiores del Distrito Federal se ha empeñado en añadir una singular diferenciación de orden procesal entre ambos dominios de la responsabilidad civil, consistente en destacar el carácter *autónomo* de la acción por responsabilidad delictual (art. 1185 C. C. y sigts.) frente a un supuesto carácter *subsidiario* que se atribuye a la acción por responsabilidad contractual (II). Esta subsidiaridad de la acción por daños y perjuicios contractuales se arguye como consecuencia de la redacción del Art. 1167 C. C. (copia textual del primer aparte del art. 47 del Proyecto Franco Italiano), que expresa lo siguiente: "En el contrato bilateral, si una de las partes no ejecuta su obligación, la otra puede a su elección reclamar judicialmente *la ejecución del contrato o la resolución del mismo, con los daños y perjuicios en ambos casos si hubiere lugar a ello*". Semejante jurisprudencia es, sin embargo, el resultado de una errónea interpretación literal de la ley.

En efecto, cuando en un contrato bilateral una de las partes incumbe *totalmente* su obligación, la otra parte tiene una opción: o pide el cumplimiento en especie o pide la resolución del contrato, la cual según la doctrina más autorizada es sólo una forma de cumplimiento por equivalente (12). Ahora

---

(12) Al respecto escribe Henri Mazeaud: *La verdadera explicación de la resolución judicial es la reparación del perjuicio causado*. En que consiste ese perjuicio sufrido por el acreedor? Este perjuicio consiste en el hecho de que él estaría obligado a ejecutar su propia obligación a pesar de no recibir nada en contrapartida. En lugar de demandar como reparación una ejecución por equivalente (daños y perjuicios) por tal incumplimiento y de quedar por su parte obligado a ejecutar su propia obligación, el puede, *a título de reparación del perjuicio por el sufrido, demandar la resolución del contrato con o sin daños y perjuicios, según que la resolución baste o no para reparar esos daños*. ('Cours de Droit Civil', pág. 790). En sentido similar consúltese DE PAGE: op. cit. N° 874.

bien, así como en el primer caso el retardo en el cumplimiento supone amenudo que el acreedor ya no obtiene un cumplimiento en especie total y por eso habrá que acordarle como suplemento un cumplimiento por equivalente (daños y perjuicios); asimismo, en caso de resolución de contrato, que como decimos es sólo una forma de cumplimiento por equivalente, puede que el acreedor reciba en la práctica un cumplimiento por equivalente sólo parcial y, por tanto, que haga falta acordarle todavía un suplemento de cumplimiento por equivalente (daños y perjuicios). El art. 1167 C. C. tiene justamente este sentido y los daños y perjuicios de que el mismo habla no son más que estos daños y perjuicios suplementarios.

Pero supongamos un contrato bilateral en que una de las partes incumple *parcialmente* su obligación, en una forma en que, por la relativa insignificancia del incumplimiento, no quepa pedir la resolución del contrato (13), ¿debe decidirse que el acreedor no puede pedir en ningún caso un cumplimiento por equivalente? Supongamos por ejemplo, que un actor se obliga a representar en un teatro una serie de números escénicos diferentes y habiendo cumplido con casi todos ellos se niega a realizar uno de esos números. Es evidente que no cabría pensar en la resolución del contrato; pero, lo que aun es más, no sería siquiera posible pedir la ejecución forzosa en especie, pues se trataría en el caso de una obligación de hacer personalísima y no tendría sentido el recurso indirecto que prevé el art. 1266 C. C. ¿Deberá entonces el acreedor conformarse con la inejecución? Es evidente que no. El art. 1264 C. C. expresamente autoriza el cumplimiento por equivalente en todo caso en que no quepa el cumplimiento en especie. Pretender que el art. 1167 C. C. niega en tal caso la acción para pedir el cumplimiento por equivalente por tratarse de un contrato bilateral, sería desconocer el carácter de remedio *excepcional* —y podríamos añadir, *discrecional*— que tiene en nuestro ordenamiento jurídico la acción por resolución de contrato. En efecto, esta acción, como lo hemos señalado ya, es apenas una de las posibles formas que puede adoptar el cumplimiento por

---

(13) DE PAGE: op. cit., Tomo II, N° 889 MAZEAUD: op. cit., pág. 795; MARTY, G.: op. cit., "Obligaciones", Tomo I, pág. 231; COLIN Y CAPITANT: op. cit., Tomo III, pág. 762.

equivalente y resulta absurdo que lo que sólo constituye una modalidad se convierta en excluyente. Así lo ha comprendido nuestra Casación (III). Por consiguiente, contrariando las conclusiones de la jurisprudencia que censuramos, nos parece lo prudente que el acreedor que pida la resolución de un contrato bilateral con base en el incumplimiento de una obligación de hacer o de no hacer cuya importancia no sea *evidentemente* grave, tome en la práctica la precaución de cubrirse con una acción subsidiaria por daños y perjuicios, para el caso de que el juez, por considerar de poca gravedad el alegado incumplimiento, declarase sin lugar la acción por resolución de contrato. Distinto será el caso de que se trate de una obligación cuyo cumplimiento en especie *directo* y *forzoso* fuere todavía posible, pues entonces regirá la regla genérica de que debe darse preferencia al cumplimiento en especie, por constituir éste al mismo tiempo la mejor manera de reparar el daño que el incumplimiento de la obligación causaría al acreedor.

**6.—Diferencias controvertibles entre ambos dominios de la responsabilidad civil:** Al lado de las reglas de derecho positivo que justifican en la práctica la necesidad de mantener una neta separación entre los dominios de la responsabilidad delictual y contractual, se han suscitado en la doctrina extensas discusiones sobre otras pretendidas manifestaciones de tal dualidad.

Savatier y Josserand, por ejemplo, han opuesto a la unidad de fundamento de la responsabilidad contractual la diversidad de fundamentos de los distintos casos de la responsabilidad delictual (14). Según ellos la responsabilidad contractual se funda siempre en la culpa (art. 1270 C. C.); en cambio, si bien la responsabilidad delictual de derecho común (art. 1185 C. C.) se funda en la culpa, ella tendría otras veces un fundamento diferente, por ejemplo, la idea del riesgo (art. 1191, 1192 y 1193 C. C.).

Por otra parte, la doctrina clásica ha sostenido que en materia de responsabilidad delictual se responde siempre por la culpa levísima (*in lege Aquilia et levissima culpa venit*); en tanto que en materia de responsabilidad contractual existiría

---

(14) SAVATIER: op. cit, Tomo I, N° 109.

una graduación de culpas, de modo tal que habría que considerar si el contrato fué celebrado en interés exclusivo del acreedor (p. ej.: el depósito no reenumerado), o si lo fué en interés de ambas partes (p. ej.: el arrendamiento), para decidir que en el primer caso se responde por la culpa *leve in concreto* (art. 1756 C. C.), en el segundo por la *culpa levissima* (art. 1757 C. C.) y en el tercero por la culpa *leve in abstracto* (art. 1270 C. C.) (15).

Partiendo de semejantes postulados la doctrina clásica en torno al problema de la carga de la prueba hace resaltar otra pretendida contraposición entre ambos dominios de la responsabilidad civil. En consonancia con la teoría de que debe suponerse la libertad recíproca de los individuos mientras no se pruebe lo contrario la doctrina tradicional, que ve en la responsabilidad delictual una obligación que surge *ex novo*, atribuye a la víctima la carga de la prueba de la culpa. En materia contractual, en cambio, se hace hincapié en que el artículo 1271 C. C. establece una presunción *juris tantum* de culpa, razón por la cual al acreedor le bastaría probar el incumplimiento del deudor, estando exonerado de la prueba de que dicho incumplimiento se debe a culpa del deudor (16).

Precisamente sobre estos puntos de vista es donde se hace más patente la contraposición entre la doctrina clásica y la teoría unitaria. Los hermanos Mazeaud escribieron su citada monografía para demostrar que —contra lo pretendido por Savatier, Josserand, etc.— la idea de culpa continúa siendo el único fundamento de la responsabilidad civil y para rebatir al mismo tiempo la pretendida graduación de la culpa contractual que habían imaginado los antiguos civilistas.

Observan ellos que la doctrina de la graduación de la culpa contractual proviene sólo de haber confundido el *contenido del contrato* con la *responsabilidad contractual*. Cuando decimos, por ejemplo, que en el contrato de depósito se responde por la culpa *leve in concreto*, queremos decir simplemente que

(15) COLIN y CAPITANT: op. cit, Tomo III, pág. 828; CHIRONI, G.: "La Culpa en el Derecho Civil Moderno", Traducción de la 2ª edición italiana por A. Posada, N° 17.

(16) COLIN y CAPITANT: op. cit, Tomo III, pág. 828-830.

el depositario está obligado a prestar respecto de la cosa depositada el cuidado que ordinariamente suele poner en sus propias cosas. Ahora bien, esta confusión que se suscita cada vez que estamos en presencia de una "obligación general de prudencia y diligencia", se disipa en cambio cuando nos encontramos en presencia de una "obligación determinada". En este último caso, el contenido de la obligación no ofrece lugar a dudas. El deudor está obligado a prestar una conducta dirigida a obtener un resultado, v. gr.: construir un muro, transportar una carga de un punto a otro, etc.; y basta que no se haya obtenido tal resultado para que exista certeza del incumplimiento de la obligación. En cambio, cuando la obligación es tan sólo la de poner una conducta "prudente" y "diligente", sin que se exija de por sí un resultado, para saber ciertamente si el deudor ha cumplido o violado su obligación habrá que realizar un examen de fondo destinado a precisar los contornos de la misma. En ambos casos, sin embargo, *la culpa*, propiamente hablando, consistirá en lo mismo: en no haber realizado, por causa imputable al deudor, la conducta debida: en *violar* sin motivo justificante *una obligación preexistente* (17).

Este análisis nos conduce a intentar una clasificación de las obligaciones en dos grandes grupos. De un lado tendríamos *obligaciones de resultado*, obligaciones de contenido preciso y determinado, v. gr. hacer la tradición de una cosa, ejecutar una obra determinada, etc. De otra parte, tendríamos *obligaciones de medio*, obligaciones cuya prestación no consiste en una prestación de contenido determinado, sino en poner una conducta "ordenada a" ciertos fines generales, pero sin garantizar el logro de los mismos, v. gr.: la obligación del médico de poner al servicio del enfermo los auxilios de la medicina, pero sin garantizar su curación; la obligación del abogado de emplear en beneficio de su cliente los recursos que las leyes ponen a su disposición, pero sin garantizarle el triunfo de su causa, etc.

Basta tener en cuenta el sistema probatorio acogido por nuestro derecho positivo para comprender donde radica el *quid* de la pretendida contraposición que hace la doctrina tradicional

---

(17) MAZEAUD: *op. cit.*, Tomo I, N° 100; DEMOGUE: "Obligations", Tomo V, N° 1237.

entre la culpa contractual y la extracontractual. En efecto, el art. 1354 C. C. dice textualmente: "Quien pida la ejecución de una obligación debe probarla, y quien pretenda que ha sido libertado de ella debe por su parte probar el pago o el hecho que ha producido la extinción de su obligación". Al enfrentarnos a esta disposición comprendemos que en presencia de una obligación de resultado si el deudor no demuestra haber obtenido este resultado (pago), ni logra establecer tampoco otro hecho liberatorio (prescripción, caso fortuito o de fuerza mayor, etc.), debemos necesariamente concluir que hubo de su parte culpa y, por tanto, declararle incurso en responsabilidad civil. Se comprende igualmente que si, en cambio, nos halláremos en presencia de una obligación de medio, la discusión tiende a centrarse en la cuestión previa de cuál sea la extensión de esa obligación. En esta última hipótesis, antes de entrar a decidir si hubo o no culpa, y por tanto responsabilidad civil, hay que definir primero a qué era lo que estaba obligado el deudor.

La confusión de la doctrina tradicional proviene precisamente de no haber considerado este aspecto de la cuestión. La obligación que pone a cargo de todo el mundo el art. 1185 C. C. es una obligación de medio, una obligación general de prudencia y diligencia y, por lo mismo, la discusión entre la víctima y el agente del daño parece centrarse siempre en torno a la cuestión de la presencia o ausencia de una culpa; en cambio, en materia contractual lo frecuente será que se trate de una obligación de resultado, o que si se trata de una obligación de medio los contornos de la misma hayan sido dibujados con el máximo de precisión en el contrato, por lo cual casi nunca se discutirá sobre la extensión de la obligación. En este último caso, sin embargo, si la obligación contractual fuere una obligación de medio cuyos contornos escapen a una completa determinación, será frecuente hallar el mismo fenómeno que la doctrina tradicional acusa como característica de la responsabilidad delictual: las partes discutirán sobre la *buena o mala ejecución* de la obligación y al acreedor le parecerá verse envuelto en un debate sobre la presencia o ausencia de una culpa por parte del deudor. En este caso, sin embargo, lo mismo que en el precedente caso de la víctima de un hecho ilícito que discute con

el agente del daño sobre la existencia o ausencia de su culpa, tal modo de considerar la cuestión constituye lo que podríamos llamar una verdadera ilusión de óptica jurídica. En efecto, en ninguno de los dos casos se discute propiamente sobre la culpa, sino sobre la amplitud del contenido de la prestación. En ambos casos, por igual, probada por el acreedor contractual o extracontractual la existencia de la obligación, al deudor de la misma sólo le queda demostrar que la ejecutó o que existe un hecho liberatorio (caso fortuito, etc) que le exime de responsabilidad; de lo contrario, su culpa habría quedado establecida. Porque la culpa, como observa la teoría unitaria, en cualquier caso consiste simplemente en la violación de una obligación preexistente.

Desde esta perspectiva se disipan, pues, las contraposiciones que desde el punto de vista de la unidad del fundamento, de la graduación y de la carga de la prueba se han querido establecer entre la responsabilidad contractual y la extracontractual. En efecto,

1º) Contra la expuesta opinión de Savatier que destaca la unidad del fundamento de la responsabilidad contractual frente a una supuesta diversidad de fundamento en materia delictual, veremos que los Mazeaud con su teoría de la "falta en la guarda" han intentado reducir a la idea de culpa el fundamento de los artículos 1192 y 1193 C. C. (18).

2º) Toda la cuestión de la graduación de las culpas puede reducirse a la cuestión de definir la amplitud de las obligaciones del deudor en cada género de contrato, particularmente cuando se trate de obligaciones generales de prudencia y diligencia. Pero si la prudencia o diligencia debidas es susceptible de graduarse, la culpa en sí misma no lo es. Ella consiste en todo caso en no haber cumplido uno la obligación que tenía a su cargo.

3º) Tanto en la materia contractual como en la extracontractual lo que está obligado a probar el acreedor es la existencia de la obligación del deudor. Solo habrá que tener en cuenta que si se trata de una obligación de resultado (en materia

---

(18) MAZEAUD: op. cit, Tomo II, Nos. 1302 y sigts.

contractual: la del portador de una cosa; en materia extracontractual: la del guardián de una cosa), el simple hecho de no obtener el resultado hace presumir la culpa del deudor; y que si, en cambio, se trata de una obligación de medio (en materia contractual: la del médico; en materia delictual: la del art. 1185 C. C.), la discusión se centrará necesariamente en torno a la buena o mala ejecución de la obligación, lo que en la práctica equivale a lo que se llama "probar la culpa" del deudor (19).

**7.—Criterio para distinguir entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictual:** Sea que se adopte la tesis clásica sobre la dualidad de la responsabilidad civil, sea que se parta de los principios teóricos de la tesis unitaria —en este último caso siempre dentro del supuesto de que se rechaza la conclusión extremista que pretende reducir toda la responsabilidad civil a la delictual—, lo cierto es que la doctrina y la jurisprudencia se muestran conformes en cuanto al criterio aplicable para decidir en un caso concreto si nos hallamos en presencia de un caso de responsabilidad contractual o en uno de responsabilidad delictual. Tal criterio puede resumirse en las siguientes palabras:

*Para que exista responsabilidad contractual es necesario que la obligación violada haya sido creada por un contrato y además que el daño sufrido por el acreedor consista en la privación de la ventaja patrimonial que el contrato tendía a asegurarle (20).*

Según esto, no hay responsabilidad contractual, sino extracontractual.

1º) Cuando la obligación violada no ha nacido del contrato aunque exista un contrato entre el agente del daño y la víctima. Por ejemplo: un arrendador con motivo del cobro de la pensión de arrendamiento, discute con su inquilino y lo golpea; un comerciante con el objeto de asustar a su deudor introduce contra él una denuncia criminal acusándole falsamente de haber cometido un delito en ejecución del contrato, etc. Por

(19) MAZEAUD: op. cit, N° 103-2 y 105; SAVATIER, op. cit, N° 113

(20) MAZEAUD: op. cit, N° 107; LALOU, op. cit, N° 400 y sigts.; SAVATIER, op. cit, N° 108.



esta misma razón parece que no debería hablarse de responsabilidad contractual en los casos en que no ha llegado a perfeccionarse el contrato, p. ej.: daños causados en el período pre-contractual (21), contratos nulos (22); ni tampoco en el caso de que la víctima sea una persona que no pueda considerarse acreedora contractual del responsable civil, v. gr.: un obrero víctima de un accidente causado por los vicios de construcción que tenía una máquina comprada por su patrono a un tercero, no tendría contra este último sino una acción por responsabilidad delictual (23).

2º) Cuando el daño reclamado no consista propiamente en la pérdida de la ventaja que el contrato estaba destinado a garantizar al acreedor (daño extracontractual). En semejante situación no podría decirse, en efecto, que existe violación de una obligación contractual. Por ejemplo: un sirviente a cuyo amo se le incendia la casa y ve perder en el siniestro sus pertenencias personales no podría pretender que haya responsabilidad contractual del amo, pues el daño sufrido por él no consiste en la privación de las ventajas que el contrato de trabajo

---

(21) LALOU: "Traité Pratique de la Responsabilité Civile", N° 401; SAVATIER: op. cit, Nos. 114 y 115; MAZEAUD: op. cit, Nos. 116 121. CONTRA, PLANIOL y RIPERT: op. cit, Tomo II, N° 131; COLIN y CAPITANT: op. cit, pág. 612; DEMOGUE: op. cit, Tomo V, N° 1240 *in fine*.

(22) En el sentido de que se está en presencia de una responsabilidad delictual, *cfr.* MAZEAUD: op. cit, N° 128-129 y SAVATIER: op. cit, N° 120, Pretenden, en cambio, que se trata de una responsabilidad contractual PLANIOL y RIPERT: Tomo VI, op. cit, N° 438 *in fine*. Por su parte LALOU: op. cit, N° 404, hace una distinción: si el daño es consecuencia de la propia anulación del contrato (ejemplo: arts. 1149 y 1483 C. C. venez.) la responsabilidad sería contractual, no pudiendo el demandado ser condenado a indemnizar sino los daños previstos o previsibles al tiempo de la celebración del contrato, salvo el caso del dolo si en cambio, el daño es independiente de la nulidad del contrato y posterior al mismo, la responsabilidad sería delictual. La derogatoria especial del artículo 1348 C. C. para el caso de nulidad de un contrato por incapacidad de un menor —que podría extenderse a otros incapaces— parece apoyar la tesis de quienes sostienen que se trata de una responsabilidad delictual, pues semejante aclaratoria parecería estar de más si se considerase la responsabilidad contractual.

(23) MAZEAUD: op. cit, N° 135. Por el contrario la responsabilidad proveniente del incumplimiento de una estipulación en favor de tercero, es contractual para este último en lo que respecta al daño que le causa el incumplimiento de tal estipulación *Cfr.* MAZEAUD: op. cit, N° 136; PLANIOL y RIPERT: op. cit, Tomo VI, N° 491. La cuestión de decidir, en caso de daños causados por el incumplimiento de un contrato, si se trata de un caso de responsabilidad contractual o extracontractual es como vemos una cuestión que depende sustancialmente de la consideración de si la víctima es parte o tercero. Al respecto *cfr.* MAZEAUD: op. cit, N° 138 y sigts.; SAVATIER: N° 139 y sigts.

está destinado a garantizarle. Todo eso nos dice que para saber si estamos o no en presencia de un caso de responsabilidad contractual hay que analizar con cuidado el contenido del contrato a fin de definir cuales son las prestaciones que el mismo impone al demandado y poder determinar así si el daño alegado por el actor consiste o no en la privación de alguna de esas prestaciones.

**8.—Reglas aplicables a las responsabilidades legales *strictu sensu*:** Un grueso sector de autores (24) se remonta a la clasificación bipartita de las fuentes de las obligaciones (ley y contrato) para concluir que las reglas de la responsabilidad extracontractual son aplicables, no sólo a los hechos ilícitos en sentido restringido (violación del deber general de prudencia y diligencia), sino también a todo caso en que se viola una obligación *ex-lege* (25).

Otros autores (26) pretenden, por el contrario, que la violación de las obligaciones legales *strictu sensu* debe tratarse conforme a las reglas de la responsabilidad contractual. Tales autores argumentan que en los casos de obligación legal *strictu sensu* el criterio aplicable para juzgar sobre la culpa del infractor es la comparación de su conducta con la del buen padre de familia, criterio éste que sería idéntico al que rige respecto de la responsabilidad contractual (art. 1270 C. C.); en tanto que en materia delictual la comparación se haría con el *bonissimus pater familia*. Pero los partidarios de esta tesis olvidan los antecedentes del Código Napoleón y aun el propio texto de éste, que claramente distingue entre "obligaciones que surgen del consentimiento de la parte que se obliga" y "obligaciones que nacen sin que intervenga ningún consentimiento" y, lo que aun es más importante, menosprecian el fundamento mismo de las reglas que gobiernan la responsabilidad contractual que, según sabemos, estriba en que, a diferencia de los casos de

---

(24) MAZEAUD, PLANIOL y RIPERT, DEMOGUE, BONNECASE, DE PAGE, MARTY, SAVATIER, etc.

(25) Tales por ejemplo la obligación del gestor de negocio de poner en su gestión la diligencia de un buen padre de familia (art. 1175 C. Civ.) las obligaciones del tutor relativas a la administración de los bienes del pupilo, etc.

(26) LAUREN, BANDRY-LACANTINERIE et BARDE, DEMOLOMBE, POLACCO, PEIRANO FACIO, ALESSANDRI RODRÍGUEZ, etc.

responsabilidad legal y delictual, el autor y el agente del daño ha creado por su propia voluntad la posibilidad del daño (27). Por todo esto parece más razonable la primera tesis que extiende a la responsabilidad legal *strictu sensu* las reglas de la responsabilidad delictual.

**9.—El problema del concurso de acciones por responsabilidad contractual y extracontractual:** Las discusiones doctrinales sobre la oposición de las responsabilidades contractual y delictual y sobre la asimilación de la responsabilidad legal a una u otra, han tenido como acicate una cuestión eminentemente práctica, a saber: ¿será o no posible yuxtaponer en una misma relación obligatoria ambas responsabilidades?

En presencia de un hecho único que causa un daño a una persona ¿podrá ésta invocar a la vez, contra un mismo y único demandado, las reglas de la responsabilidad contractual y aquélla de la extracontractual? Este es el llamado *problema del cúmulo de responsabilidades*; denominación equívoca que podría hacer pensar erróneamente que se trata de saber si es posible acumular dos indemnizaciones por un mismo daño, una según las reglas de la responsabilidad contractual y otra según las reglas de la responsabilidad delictual, cuando en realidad la pregunta sólo alude a la posibilidad de una opción entre la acción por responsabilidad contractual y la acción por responsabilidad delictual. En otras palabras se trata de saber si en algunos casos en que se teme que resulte improcedente la acción por responsabilidad contractual, podría uno invocar en su lugar la responsabilidad delictual.

Hay, en efecto, una jurisprudencia (28) que admite que respecto de una misma relación obligatoria se puede ser doblemente acreedor o doblemente deudor: una vez en virtud del contrato y otra en virtud de la ley. Por ejemplo: el portador de un bulto está obligado por el contrato de transporte a conser-

(27) *Cfr. supra*, N° 5. de este mismo estudio.

(28) MAZEAUD: op. cit., N°191; DE PAGE: op. cit. N° 925 sostiene que es la jurisprudencia predominante en Bélgica. En favor del cúmulo se manifiestan igualmente algunos de los más reputados juristas italianos *cfr.* MESSINEO: op. cit., Tomo IV, § 169, N° 57, pág. 570; PACHIONI: "Colpa contrattuale e colpa aquiliana..." pág. 259; DE CUPIS, "Il danno..." pág. 47, N° 5, estos dos últimos citados por PEIRANO FACIO, op. cit., N° 53, pág. 93, nota 4.

varlo en buen estado y a entregarlo al final del viaje y si faltare a ello comprometería su responsabilidad contractual, pero además en virtud del art. 1185 C. C. estaría obligado además a no causar daño al bulto por un hecho suyo susceptible de ser calificado de doloso, imprudente o negligente, pues en tal caso comprometería también su responsabilidad delictual. En presencia, pues, de una avería sufrida por el bulto, su propietario tendría contra el portador una doble acción: contractual y delictual.

Consecuencias de semejante planteamiento son las siguientes:

a) Si en el contrato se ha estipulado una cláusula eximente o limitativa de responsabilidad, este acuerdo puede suprimir o limitar la responsabilidad contractual, que es de orden privado, pero no la responsabilidad delictual que sería de orden público. En semejantes razonamientos se ha basado en Francia una jurisprudencia que afirma que las cláusulas eximentes o limitativas de responsabilidad contractual producen únicamente una *inversión de la carga de la prueba*, en el sentido de que el actor no podría prevalerse de la presunción de la culpa que en materia contractual existiría por el simple hecho del incumplimiento de la obligación, sino que tendría que probar la culpa del demandado y reclamarle su responsabilidad delictual.

b) El acreedor contractual puede optar entre las reglas de la responsabilidad contractual y las de la delictual, e inclusive podrá acumular las ventajas que resulten de ambas posiciones, tomando de cada una lo que más le favorezca. Ocurre, en efecto, que algunas veces el actor tiene interés en situarse en el terreno de la responsabilidad delictual para escapar a una cláusula de no responsabilidad contractual, o para obtener una reparación por encima del daño que puede considerarse previsto o previsible (art. 1274 C. C.), o para invocar la solidaridad pasiva contra los demandados en responsabilidad civil (art. 1195 C. C.), o para escapar a la necesidad de poner en mora al deudor (art. 1269 C. C.) o para colocarse en el terreno de la responsabilidad por guarda de cosas e invocar la presunción de culpa *juris et de jure* (art. 1193 C. C.) eludiendo así, v.gr. en caso de un tratamiento de radioterapia, la prueba del incumplí-

miento contractual cuando se trate de obligaciones de medio, como lo sería en el ejemplo citado la obligación del médico que practica un tratamiento con Rayos X, etc., Otras veces, en cambio, el actor buscará favorecerse con las reglas que regirían de considerarse contractual la responsabilidad, tales como la posibilidad de embargar los bienes de la sociedad conyugal que no existiría en caso de hechos ilícitos del marido (art. 167 C. C.), o para invocar la ley del domicilio de elección en lugar de la *lex fori* aplicable a caso de responsabilidad delictual, o para invocar la presunción de culpa (art. 1270 C. C.), etc.

Esta jurisprudencia que autoriza el concurso ha sido criticada por la mayor parte de los autores (29). Al efecto, escribe Jossierand: "Las dos condiciones de partes contratantes y de terceros son inconciliables; desde el momento en que se entra en la primera categoría se sale de la segunda: el contratante no es un tercero y además un contratante, del mismo modo que un francés no es un extranjero y además un francés; no puede sumarse calidades contradictorias, que se excluyen recíprocamente; hay que elegir entre la una y la otra: la responsabilidad contractual excluye de pleno derecho la responsabilidad delictual" (30).

Admitir el concurso de acciones, se ha añadido, sería en la práctica la negación del principio de que en materia contractual la diligencia que debe ponerse en el cumplimiento de las obligaciones está dejada a la voluntad de los propios contratantes (31).

De acuerdo con esta opinión que rechaza la posibilidad de un concurso de acciones, la violación de una obligación contractual, engendraría exclusivamente una responsabilidad contractual. Para que pudiera admitirse el juego de las normas aplicables a la responsabilidad delictual, sería necesario que una culpa dañosa distinta se juntara a aquella que consiste en la mera violación de la obligación contractual. Esta supondría dos condiciones: 1º) que el hecho implique la violación de un

---

(29) PLANIOL y RAPERT: op. cit. Tomo VI N° 493; AUBRY y RAU: op. cit, VI, N° 446, nota 7; LAURENT: op. cit, Tomo XVI, N° 230; SAVATIER: op. cit, N° 152; DE PAGE: op. cit, N° 926; MARTY: op. cit, pág. 272-274.

(30) JOSSEIRAND: op. cit, Tomo II. Vol. I, N° 486.

(31) En tal sentido CHIRONI: op. cit. N° 17 y 18.

deber legal independiente del contrato, y 2º) que el daño causado por dicho hecho consista en la privación de un bien patrimonial o moral distinto del beneficio mismo que aseguraba el contrato (32). La primera condición excluye toda idea de concurso de acciones cuando el demandado no ha violado ningún deber distinto de sus deberes contractuales, aunque tales deberes violados no sean de los expresamente pactados sino de los que se reputan implícitos de acuerdo con el texto del art. 1.160 C. C. (33); y esto aunque la violación sea dolosa. La segunda idea excluye toda aplicación de las normas que regulan la responsabilidad extracontractual cuando el daño sufrido por la víctima se limita a la pérdida de las ventajas derivadas del contrato.

Los adversarios del "cúmulo" o concurso de acciones insisten en que de acuerdo con el planteamiento señalado lo más que podría darse es una *superposición* de dos responsabilidades distintas, pero jamás una coexistencia de ambas con ocasión de una misma relación (34). El simple hecho de la existencia de un contrato —admiten ellos— no supone la imposibilidad de una responsabilidad delictual, si el campo de ésta y el del contrato permanecen claramente diferenciados. Así, un vendedor de automóviles atropellado por el automóvil que vendió podrá invocar el art. 1193 C. C., un peón mordido por un perro de su patrón que no estaba obligado a cuidar podrá invocar el artículo 1192 C.C. En uno y en otro caso el análisis del contrato existente entre el vendedor y el comprador del automóvil y entre el peón y su patrono nos revela que el deber de cuya violación se trata y el daño cuya reparación se reclama son enteramente extraños al contenido de dichos contratos. Todo el problema se limita, pues, a determinar el contenido del contrato; a definir las obligaciones que nacen del mismo: su objeto, consecuencias y propósitos verdaderos.

---

(32) SAVATIER: op. cit, N° 152.

(33) Para comprender claramente esto debe observarse que forman parte del contrato las obligaciones derivadas de leyes supletorias o imperativas integradoras del contrato, v. gr. la responsabilidad por accidentes del trabajo a partir de la promulgación de la Ley del Trabajo, la responsabilidad para con los pasajeros en casos accidentes de aeronaves después de la Ley de Aviación Civil, la responsabilidad del arrendador frente a su inquilino por los daños que le cause un derrumbe, incendio etc. del inmueble arrendado, etc.

(34) DE PAGE: op. cit, N° 927.

Pero semejante negación de la posibilidad de un concurso de acciones está lejos de ser una cuestión definitivamente resuelta. Ya hemos dicho que la jurisprudencia belga admite el "cúmulo" y lo mismo hace un sector no desestimable de la jurisprudencia francesa. Por otra parte, tratadistas de tanta autoridad como los hermanos Mazeaud —incluidos tal vez por su lealtad teórica a la doctrina de la unidad de la culpa contractual y delictual— reducen todo el problema a una cuestión de mera interpretación de la voluntad contractual. Al respecto concluyen ellos: "La víctima no puede colocarse en el terreno de la responsabilidad contractual sino cuando ella ha celebrado un contrato válido con el autor del daño y si el perjuicio que ella sufre proviene del incumplimiento de tal contrato." *En principio, la víctima puede colocarse siempre sobre el terreno de la responsabilidad delictual. Pero hay ciertos casos en que ella no tiene tal derecho. No es que esté desprovista de tal derecho cada vez que ella haya celebrado un contrato, sino cada vez que en tal contrato las partes hayan entendido prohibir todo recurso a los artículos 1382 (1.185 C. C. venez.) y siguientes.* Tal es su intención cuando ellas excluyen del contrato ciertas obligaciones: el daño que resulta de ellas para una de las partes no puede ser reparado con la ayuda de los principios delictuales. Tal esta también su intención cuando, sin limitar las obligaciones del deudor, ellas someten la responsabilidad contractual, que pesará sobre ellas en caso de incumplimiento, a reglas menos severas que las que gobiernan la responsabilidad delictual: el acreedor no podría burlarlas obrando por la vía delictual" (35).

La cuestión es particularmente importante cuando se trata de daños experimentados *con ocasión o en correlación* con un contrato existente entre la víctima y el demandado por responsabilidad civil, p. ej.: un inmueble se derrumba y causa la muerte de un hijo del inquilino —¿podrá éste demandar al arrendador el pago del daño moral consistente en el sufrimiento

---

(35) MAZEAUD: op. cit, N° 207. Por interpretación de la voluntad de las partes hay que aplicar esta misma solución al caso de que la ley regule expresamente la responsabilidad por incumplimiento del contrato de modo más benigno a la que resultaría de aplicar las reglas de la responsabilidad delictual. *Ibidem*: N° 199 y 200, *Cfr. supra nota 31.*

que experimenta por la muerte de su hijo? Si se recuerda que ya hemos dicho que en materia contractual no puede reclamarse el daño moral (ver supra N° 4), es evidente que el actor tendría que apoyarse en el caso en las normas que rigen la responsabilidad extracontractual. Pues bien, la circunstancia de que el daño se haya causado con ocasión del contrato de arrendamiento ¿excluye la acción por responsabilidad extracontractual basada en el artículo 1194 C. C.?

Antes de responder supongamos otro caso aparentemente idéntico. Durante la construcción de una obra en la cual trabaja, un obrero es aplastado a consecuencia del derrumbe de una parte de ella; es evidente que de acuerdo con la ley del Trabajo (art. 141) los familiares de la víctima tienen derecho a cobrar una indemnización, que en el caso debe considerarse contractual por ser la Ley del Trabajo integradora de la voluntad contractual. Pero ¿podrán los familiares del obrero aspirar además a cobrar la más amplia indemnización que les correspondería de acuerdo con las reglas que rigen la responsabilidad extracontractual en el Código Civil?

Es lo cierto que si el daño experimentado por el inquilino en el primer ejemplo y el experimentado en el segundo caso por los familiares del obrero se consideran con atención, veremos que ellos implican violación de obligaciones contractuales definidas: en el primer ejemplo de la obligación de garantizar al inquilino para sí y para los suyos el goce pacífico del inmueble arrendado, y en el segundo de la obligación que tiene el patrono de devolver al obrero al término de su jornada de trabajo absolutamente sano y a salvo de todo accidente de trabajo. Partiendo, pues, de los postulados de la tesis que niega el cúmulo, es evidente que no debe admitirse acción fundada sobre los principios de la responsabilidad extracontractual para acordar indemnización por daño moral en el primer caso o para acordar, en el segundo una indemnización por encima del límite que señala la Ley de Trabajo. Nuestra jurisprudencia, aunque no sabemos que se haya planteado la cuestión de modo expreso, presenta soluciones que parecen apoyar tal solución. Al menos es sobre semejante base que parece explicable una sentencia de



nuestros tribunales de instancia que rechazó la acción por daños y perjuicios morales deducida por un cliente de un banco a quien se le rechazó erróneamente un cheque por supuesta falta de fondos (36).

---

(36) Ver en las Notas de Jurisprudencia la tercera sentencia del número I.

## NOTAS DE JURISPRUDENCIA

I.—“En relación con el pago de la cantidad de DOSCIENTOS MIL BOLIVARES, como indemnización del daño moral, este Tribunal observa: que nuestra legislación se cuenta entre aquellas que sólo admiten la reparación del daño moral en los casos de culpa extracontractual o aquiliana, así se desprende del artículo 1196 del C. C. que prescribe de manera general la obligación de resarcir el daño moral ocasionado por un hecho ilícito.” *IIIC-90-1, 31-10-56.*

I.—“Aplicando los principios doctrinarios al caso de autos, no hay lugar a dudas, que nuestra legislación, al igual que la antes mencionada, no permite reclamar daño moral cuando se incumple una obligación contractual, ya que su sanción en estos casos, está resuelta por el artículo 1274 del C. C. o sea, que el deudor sólo es responsable por los daños y perjuicios previstos o que hayan podido preverse al tiempo de la celebración del contrato, cuando la falta de cumplimiento de la obligación no proviene de su dolo. El daño moral solo puede reclamarse en los delitos o cuasidelitos (artículo 1.185 y 1.196 del C. C.) o sea en el caso en que una persona ocasiona un daño a otra con intención, negligencia o imprudencia, y con la cual no la liga ningún nexo, es decir, hay entre ellas una ausencia de obligación, pues son personas jurídicamente extrañas, por lo menos en cuanto al hecho de que deriva, siendo ella la que crea la obligación de reparar el daño.”

I.—“En consecuencia, estando ligadas las partes de este juicio por un contrato de cuenta corriente, y habiendo el Banco incurrido en su incumplimiento por negligencia, el actor no puede invocar un hecho ilícito (cuasidelito) para reclamar daño moral; ya que la Ley solo le acuerda los daños y perjuicios previstos o que pudieran preverse al tiempo de la celebración del contrato, entre las cuales no está comprendido el daño moral. Por lo tanto, la presente demanda tiene que ser declarada sin lugar.” *IICI-126-1, 13-8-56*

II.—“La acción deducida persigue el resarcimiento de daños y perjuicios derivados, según el libelo de demanda, del incumplimiento parcial de una obligación contractual, sin haberse demandado el cumplimiento de la misma ni la resolución del contrato en el cual fué pactada. Según el Derecho Civil Venezolano las fuentes de las obligaciones son los contratos, cuasi-contratos y los hechos ilícitos, y es de doctrina y de jurisprudencia entre nuestros tratadistas y los Tribunales de la República que, cuando el hecho ilícito es la fuente de la obligación que se demanda, la acción que persigue la reparación debida a todo aquel a quien se ha causado un daño y la cual esté regida por el artículo 1.185 del C. C. (culpa aquiliana), es autónoma por su naturaleza, o sea, independiente de toda otra acción y que, al contrario en el caso de que se trate de culpa contractual la acción de daños y perjuicios, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1.167 *ejusdem*, es necesariamente subsidiaria a la ejecución o resolución del contrato respectivo y por lo tanto, no puede ser deducida independientemente de la ejecución total o parcial del mismo, según fuere el caso, o de su resolución. En el caso de autos con pretermisión de los principios expuestos, se ha demandado en acción principal la reparación de daños y perjuicios derivados, según se dice en el libelo de demanda del incumplimiento parcial de una obligación contractual y como en esta materia la acción de daños y perjuicios está subordinada a la principal de la ejecución o resolución expresadas, la acción intentada contra el demandado es contraria a derecho, y así se declara” *DFIC1, 21-7-52, JTR, Vol. II, pág 175.*

II.—“Ahora bien, la acción por daños y perjuicios tiene en la legislación civil patria, diversas disposiciones que la rigen, ya se deriven los mismos de un hecho ilícito o de relaciones contractuales entre los litigantes. La acción que según el artículo 1.185 del C. C. tiene el que ha sufrido daños, puede derivarse de la intención, de la negligencia o de la imprudencia de otra persona, y en estos casos en que el hecho ilícito es la fuente de la obligación que se demanda, la acción de daños y perjuicios es autónoma, para lograr la reparación que la ley impone a todo aquél que cause un daño a otro. Ello equivale a decir que la acción aquiliana, para reclamar daños causados por intención,

negligencia o imprudencia, como también por exceso en el ejercicio de un derecho más allá de los límites fijados por la buena fé, o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho, es independiente de toda otra acción. Lo contrario acontece en el caso de culpa contractual en que la acción por daños y perjuicios es necesariamente subsidiaria al cumplimiento de un contrato o a la resolución del mismo, conforme al artículo 1.167 del C. C." *DFSC2, 4-3-52, JTR, Vol. II, pág. 167.*

II.—La acción por daños y perjuicios tiene en la legislación civil patria, diversas disposiciones que la rigen, ya se deriven los mismos de un hecho ilícito o de relaciones contractuales entre los litigantes. La acción que según el artículo 1.185 del C. C. tiene el que ha sufrido daños, puede derivarse de la intención, de la negligencia o de la imprudencia de otra persona, y en estos casos en que el hecho ilícito es la fuente de la obligación que se demanda, la acción de daños y perjuicios es autónoma, para lograr la reparación que la Ley impone a todo aquél que causa un daño a otro. Ello equivale a decir, que la acción aquiliana, para reclamar daños cusados por intención, negligencia o imprudencia, como también por exceso en el ejercicio de un derecho más allá de los límites fijados por la buena fe, o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho, es independiente de toda otra acción. Lo contrario acontece en el caso de culpa contractual, en que la acción por daños y perjuicios es necesariamente subsidiaria al cumplimiento de un contrato o a la resolución del mismo, conforme al artículo 1.167 del C. C. En materia de daños y perjuicios contractuales, la acción correspondiente es siempre subsidiaria de la principal sobre ejecución o resolución del contrato respectivo, y de ninguna manera puede ser instaurada de manera autónoma, independientemente de la que sirve de base a las reclamaciones sobre incumplimiento de la convención que se ha celebrado entre ambas partes. Ha sido también propósito del legislador al negarle carácter autónomo a la acción de daños y perjuicios derivadas de culpa contractual, la de poner término a una situación irregular, mediante el cumplimiento o la resolución del contrato, de manera que aquella no puede ser suscitada de nuevo. En efecto, si persistiese esa situación dentro de un contrato incumplido, no obstante haberse declarado con lugar la acción

de daños y perjuicios, éstos podría por causas posteriores deducirse de nuevo, con evidente abuso del derecho. En el caso de autos, la parte actora en su libelo no planteó la ejecución ni la resolución del contrato celebrado con A. A., para subordinar a esa acción principal, la subsidiaria de daños y perjuicios, deducida, en consecuencia, en forma autónoma. Y como de acuerdo con lo expuesto anteriormente, en materia contractual es necesaria esa subordinación al tenor del artículo 1.167 del C. C. es menester concluir que la acción intentada es contraria a derecho; así se declara. *DFSC2, 10-10-52, JTR, Vol. II, pág. 179.*

II.—Ahora bien, consideran los sentenciadores que en el problema de autos no se trata de una acción de daños y perjuicios derivada del incumplimiento de un contrato, sino de la obligación de reparación que la ley impone a todo aquel que cause un daño a otro. La acción que según el artículo 1185 del C. C. tiene el que ha sufrido daño puede derivarse de la intención, de la negligencia o de la imprudencia de otra persona. En estos casos en que el hecho ilícito es la fuente de la obligación que se demanda, la acción es autónoma, lo contrario del supuesto proveniente de la culpa contractual. La acción aquiliana para reclamar daños causados por intención, negligencia o imprudencia, como también por exceso en el ejercicio de un derecho más allá de los límites fijados por la buena fe o por el objeto en vista del cual le ha sido conferido ese derecho, es independiente de toda otra. En consecuencia, se declara que la presente acción de daños y perjuicios puede ser ejercida sin estar subordinada a una acción principal. *DFS2, 21-2-52, JTR, Vol. II, pág. 182.*

III.—“No es cierto que la ley ordene que la acción de daños y perjuicios contractuales se intente siempre como subsidiaria de la principal por ejecución o por resolución del contrato, o lo que es igual, que prohíba en forma absoluta y general que se promuevan acciones de daños y perjuicios provenientes de contratos, independientes o separadamente de la acción por cumplimiento o resolución de éstos. Un contrato cumplido y liquidadas obligaciones recíprocas puede dar lugar a reclamación de daños y perjuicios por defectos o deficiencias apreciadas o descubiertas después de finiquitado. Igualmente

un contrato cumplido con retardo, por ejemplo, el transporte de una mercancía recibida con retraso y por ello vendida con pérdidas o con menor utilidad de la prevista, puede dar origen a una acción autónoma de daños y perjuicios, pues resultaría absurdo pedir resolución o cumplimiento de un contrato de transporte de mercaderías o de frutos ya distribuidos o vendidos. En un contrato de arrendamiento de inmueble rural o urbano, extinguido por vencimiento del plazo, recibida por el arrendador la cosa arrendada y el precio del arrendamiento, no se puede hablar siquiera de resolución del contrato ni procedería una acción pidiendo cumplimiento. Sin embargo, la ley da acción por los deterioros causados al inmueble. En materia conexada con la cuestión que se ventila en el presente juicio, la ley hace responsable al arquitecto y al empresario de una obra importante por defecto de construcción y hasta por vicio del suelo; y esa responsabilidad persiste durante diez años a contar del día de la entrega de la obra en que ha terminado la construcción. Se evidencia así el error en que incurrió la recurrida al aseverar que la acción de daños y perjuicios contractuales está prohibida por la ley si no se deduce, necesariamente, como subsidiaria de la demanda por resolución o por cumplimiento del contrato respectivo. Puede haber ocasiones en que alguna circunstancia no proceda la demanda autónoma de daños y perjuicios... Consecuencialmente fué violado el artículo 1264 del Código Civil porque él no prohíbe directa ni indirectamente que se promueva acción de daños y perjuicios independientemente de la resolución o de cumplimiento del contrato; al contrario, ordena que las obligaciones deben cumplirse exactamente como han sido contraídas haciendo responsable al deudor de daños y perjuicios en caso de "contravención", concepto jurídicamente diferente y de efectos distintos al de inexecución o incumplimiento, cuestión ésta prevista antes en el artículo 1167 *ejusdem*" C. Ca. 10 de Noviembre de 1953 - G. F. 1953 - N° 2 - págs. 433-434.

III.—Ha sido categórica la doctrina de esta Corte en cuanto a que "el Código Civil no prohíbe directa ni indirectamente que se promueva acción de daños y perjuicios independientemente de la de resolución o de incumplimiento del contrato; al contrario, ordena que las obligaciones deben cumplirse exactamente

como han sido contraídas haciendo responsable al deudor de daños y perjuicios en caso de "contravención" concepto jurídicamente diferente y de efectos distintos al de inejecución o incumplimiento, cuestión ésta provista antes en el artículo 1.167 C. C." *C. Ca. 13 Junio 1956 - G. F. 1956 - Nº 12 - Vol. II - págs. 165-16.*

## S I G L A S

- CC = Código Civil.
- C.Ca = Corte de Casación.
- G.F. = Gaceta Forence.
- JTR = Jurisprudencia de los Tribunales de la República (Publicación del Instituto de Codificación del Ministerio de Justicia).
- DFSC2 = Corte Superior 2ª en lo Civil y Mercantil del Distrito Federal.
- DFIC1 = Juzgado 1º de Primera Instancia en lo Civil del Distrito Federal.
- 11IC = Juzgado de Primera Instancia en lo Civil de la XI Circunscripción Judicial.
- 1IC1 = Juzgado 1º de Primera Instancia en lo Civil de la I Circunscripción Judicial.

NOTA Cuando la sentencia citada en las Notas de Jurisprudencia no ha sido publicada, sino tomada de los Archivos del Instituto de Jurisprudencia del Ministerio de Justicia, a continuación de la sigla que indica el Tribunal sentenciador se añaden los números con que se clasifica en dichos archivos.