



Geneviève Viney(*)

El porvenir de la distinción entre **responsabilidad contractual** y **extracontractual**(**)

“(…) DESDE DISTINTOS PUNTOS DE VISTA, EL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL PODRÍA SER APROXIMADO AL RÉGIMEN DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL SIN QUE ESTO PERJUDIQUE DE NINGUNA MANERA AL CONTRATO. AHORA BIEN, EN LA MEDIDA EN QUE ESTE ACERCAMIENTO ES POSIBLE, NOS PARECE NO SOLAMENTE DESEABLE SINO NECESARIO, YA QUE LA EXISTENCIA DE DIFERENCIAS INJUSTIFICADAS INTRODUCE, ENTRE LAS VÍCTIMAS DE DAÑOS, INEQUIDADES QUE SE SIENTEN COMO INJUSTICIAS. ADEMÁS, ESTO INCITA A LOS LITIGANTES A INTENTAR COLOCARSE SOBRE EL TERRENO QUE LES RESULTE MÁS FAVORABLE. ESTO ES, POR TANTO, FUENTE DE NUMEROSOS PROCESOS Y ESTA LITIGACIÓN EXCESIVA, QUE ES ELLA MISMA ALENTADA POR LA IMPRECIACIÓN DE LAS FRONTERAS ACTUALES ENTRE LAS RESPONSABILIDADES CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL, NO PUEDE SINO AGRAVAR LA LITIGIOSIDAD.”

1. Críticas doctrinales a la luz del derecho comparado

En primer lugar, al examinar los ordenamientos jurídicos de países extranjeros, la mayoría de ellos (por lo menos en Europa y en América) conocen la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual⁽¹⁾. *A priori*, parece que esto confirma el buen fundamento.

Y; sin embargo, a medida que analizamos más de cerca el contenido de esta distinción, es decir, las diferencias admitidas entre ambos regímenes, así como las fronteras entre el uno y el otro y la posibilidad de elegir entre ellos, evidencian que existe, entre estos países, profundas divergencias.

(*) Profesora emérita de la Facultad de Derecho de la Universidad de París 1, Panthéon-Sorbonne. Experta en Derecho Civil y Responsabilidad Civil. Miembro de la comisión que reformó el Código Civil francés.

(**) Título original: *L'avenir de la distinction entre responsabilités contractuelle et extra-contractuelle*. En: *Introduction à la responsabilité*. 3era. edición. París: LGDJ, 2008. Se agradece al profesor Juan Espinoza Espinoza por la recomendación del artículo. Traducción de Ximena Raquel Calderón Rojas y Carlos Augusto Ríos Pizarro, miembros de la Comisión de Publicaciones de IUS ET VERITAS; bajo la supervisión y revisión del maestro Fernando de Trazegnies Granda, a quien se agradece el gran apoyo brindado.

(1) Véase en lo que concierne al *Common Law*, entre *torts* y *contract*.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Estas han sido resaltadas en muchas obras⁽²⁾, entre las cuáles, la más importante es aquella del Profesor André Tunc⁽³⁾. El autor demuestra, de manera muy particular, que esta distinción ha imperado en cada país, mediante principios notoriamente diferentes, además de imprecisos y fluctuantes.

Particularmente, expone que los sistemas ingleses y americanos se distancian del derecho francés en cuanto a la determinación del alcance de las ramas de la responsabilidad⁽⁴⁾ e insisten en las divisiones que oponen los autores y los tribunales en la ejecución de estos principios⁽⁵⁾. Muestra igualmente que la lista de las diferencias entre el régimen contractual y el régimen extracontractual es, por todos lados, extremadamente controvertida⁽⁶⁾. Y, luego de haber señalado los inconvenientes de una oposición tan tajante, especialmente en el campo de las responsabilidades profesionales, en que conduce a tratar diferentemente a las víctimas de acuerdo a si ellas se encuentran o no ligadas por contrato con el autor del daño⁽⁷⁾, se esfuerza en destacar los indicios de una disminución de la importancia que hasta el presente tenía la división tradicional. En particular, se pone énfasis en la existencia de un movimiento doctrinal favorable

“(…) EN TODOS LOS PAÍSES EN LOS CUALES LA TRADICIÓN JURÍDICA SE ACERCA A LA NUESTRA, LA DISTINCIÓN ENTRE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL EXISTIÓ Y EXISTE TODAVÍA; PERO QUE EN TODAS PARTES SU ALCANCE ES MUY DISCUTIDO Y ESTÁ AFECTADA POR TRANSFORMACIONES PROFUNDAS QUE PUEDEN DE LA MISMA MANERA APARECER COMO PRELUDIO A SU ELIMINACIÓN.”

a un acercamiento entre los regímenes contractual y extracontractual⁽⁸⁾ y muestra

- (2) Véase *Definición y dominio de la responsabilidad contractual*, bajo la dirección y con un proyecto de ley común comentada por R. RODIÈRE, Editorial Pedone. Esta obra ha sido publicada en 1981 bajo la égida del Instituto de derecho comparado de la Universidad de Paris II. Él pone en paralelo, gracias a un cuestionario detallado, los derechos de nueve países europeos (Francia, Bélgica, Luxemburgo, Países Bajos, Grecia, Italia, Alemania, Dinamarca y Gran Bretaña) y revela las diferencias importantes entre esos países en la concepción misma de la distinción y en los efectos que se les atribuyen.
- (3) Véase TUNC, André. *Enciclopedia Internacional de derecho comparado*. Volumen XI, *Torts*, Capítulo I, *Introducción*; pp. 32-48. Véase igualmente *La responsabilidad civil*, Económica; pp. 32 y siguientes.
- (4) Véase TUNC, André. *Op. Cit.*; p. 35, por el derecho inglés y p. 38 por el derecho de los Estados Unidos. Se desprende de estas exposiciones que en principio, en Inglaterra como en Estados Unidos, es el origen contractual del deber desconocido que define el dominio de la responsabilidad contractual. La originalidad de la responsabilidad contractual se explica por el hecho que la regla vulnerada proviene de las voluntades individuales y que no obliga al deudor que encara al acreedor.
- (5) En Inglaterra y en los Estados Unidos, una de las dificultades esenciales concierne, parece, los casos en los cuales la responsabilidad se genera por el desconocimiento de un deber normalmente sancionado por un *tort* (quiere decir para uno de los casos de responsabilidad extracontractual admitido por el *common law* que no conoce principio general análogo a aquel del artículo 1382 del Código Civil francés), cuando ese deber es igualmente impuesto por el contrato. Los autores admiten mientras que hay lugar a veces para una aplicación concurrente del derecho de *torts* y del contrato pero que, en otras hipótesis, solo el contrato debe aplicarse y se muestran fuertemente preocupados por trazar una línea de separación entre esas dos categorías de los casos.
- (6) Véase por el derecho inglés. TUNC, André. *Op. cit.*; pp. 36 y 37 y, por el derecho de los Estados Unidos; p. 38. Véase igualmente por una exposición global de derecho comparado, T. WEIR, *Enciclopedia Internacional de derecho comparado*. Volumen XI, *Torts*, Capítulo 12, *Complex liabilities*; pp. 10 a 46.
- (7) Véase TUNC, André. *Op.cit.*, n° 44. El autor insiste en la responsabilidad de los fabricantes de hecho de los productos defectuosos, aquella de los constructores de hecho de los vicios de la construcción, aquella de los transportistas de personas, de médicos...
- (8) TUNC, André. *Op. cit.*; p. 42 y pp. 45-48.



Geneviève Viney

que esta tendencia ya ha producido ciertos resultados en el plano legislativo.

Efectivamente, lo que llama más la atención cuando examinamos la situación en el extranjero, es que, en muchos países que rehicieron su derecho de las obligaciones con motivo, por ejemplo, de una codificación, la distinción ha sido muy atenuada.

El ejemplo más antiguo en ese sentido ha sido aquel del código federal suizo de obligaciones de 1911. En efecto, el artículo 99, inciso 3, de este código dispone que “las reglas de la responsabilidad que derive de actos ilícitos (es decir el régimen extracontractual) se aplica por analogía a los efectos de la falta contractual”, de manera que, según los autores suizos, “(no) restan más que algunas diferencias, teóricas más que prácticas, entre esos dos regímenes de responsabilidad”⁽⁹⁾.

Como consecuencia, los países del Europa del Este han seguido esa orientación cuando han tenido lugar las codificaciones que algunos de estos países han realizado en el curso de los años 1970. Particularmente, los códigos que fueron promulgados en Polonia y en Checoslovaquia efectuaron oficialmente la unificación del régimen de la responsabilidad, haya nacido de la inejecución de un contrato o de un delito⁽¹⁰⁾.

Asimismo, la ley yugoslava de 1978 sobre las obligaciones, luego de haber consagrado las disposiciones detalladas a la responsabilidad extracontractual, se ha contenido de

reglamentar algunas cuestiones relativas a la responsabilidad contractual, remitiendo, para el resto, a la aplicación de las reglas concernientes a los delitos⁽¹¹⁾.

Más recientemente dos nuevas codificaciones han intervenido en los Países Bajos y en Quebec, donde la misma tendencia se manifiesta, pero mucho más pronunciada en el nuevo Código Civil de Quebec que en el Código Civil holandés.

La sección sobre las obligaciones en el nuevo Código Civil de los Países Bajos entró en vigencia en 1992. El código tiene una sección⁽¹²⁾ que es común a las dos ramas de la responsabilidad y que es titulada: *Las obligaciones legales de reparo del daño*. Estas disposiciones son muy importantes: conciernen daños reparables, la valorización de las indemnidades, la pluralidad de las causas, las modalidades de la reparación, la fijación de los daños e intereses por el juez, etcétera. No obstante, ellas dejan subsistir los textos distintos rigiendo, por un lado, la responsabilidad contractual⁽¹³⁾ y, por otro lado, la responsabilidad extracontractual⁽¹⁴⁾. En consecuencia, si se realiza un acercamiento entre esos dos regímenes, este código no persigue la unificación. En consecuencia,

Véase igualmente, en el mismo sentido, SERLOOTEN, P. *Hacia una responsabilidad profesional*, *Mezclas Hébraud*; p. 805. Podemos constatar que el sistema dualista ha sido fuertemente criticada en Suiza, especialmente por el Profesor JAGGI, que ha propuesto ofrecer un fundamento único a la responsabilidad nacida de un acto ilícito y a aquel que proviene de la violación de un contrato (*Zum Begriff der vertraglichen Shadenersatz-forderung*, En: *Mezclas W. Sconen-berger*, Fribourg, 1968; pp. 181 y siguientes).

Véase en el estado de la doctrina suiza, DESCHENAUX, Henri y TERCIER, Pierre. *La responsabilidad civil*, 1975; p. 31, pp. 254 y siguientes.

(9) Véase DESCHENAUX y TERCIER, *Op. cit.*; p. 260.

(10) Véase. KNAPP, Viktor. *La codificación del derecho civil en los países socialistas europeos*, *RID comp.* 1979; p. 740. SANLEVICI, R. *La reglamentación de la responsabilidad en los países socialistas europeos*, *RID comp.* 1981; pp. 821 y siguientes.

(11) Véase STANKOVIC, David. *La responsabilidad civil según la nueva ley yugoslava sobre las obligaciones*, *RID comp.* 1979; p. 765.

(12) Artículos 95 a 110 del Libro VI. Título I, Sección 10.

(13) *Los efectos de la inejecución de la obligación*, sección 9 del Título I Libro VI: artículos 74 a 95.

(14) *Del acto ilícito*. Libro VI, Título III: artículos 162 a 197.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

este código se encuentra en retroceso en comparación a las codificaciones de la generación precedente.

En cambio, el Código Civil de Quebec está en la misma línea que las anteriores. Este Código Civil, para el cual se votó a favor en el año 1991, entró en vigencia el 1 de enero de 1994. Ahora bien, una de las ambiciones esenciales de los codificadores, ha sido precisamente integrar los dos regímenes de la responsabilidad⁽¹⁵⁾.

Con ese objetivo, reagruparon todos los libros concernientes en un capítulo único titulado: *De la responsabilidad civil*⁽¹⁶⁾, que los trata en paralelo en cuanto a la aplicación, en la medida de lo posible, de reglas comunes, evitando cuidadosamente emplear las expresiones “responsabilidad contractual” y “responsabilidad extracontractual”. No obstante, confirmaron el principio de un rechazo a la opción, que antes había sido descartada por los juristas de Quebec⁽¹⁷⁾ (es decir el equivalente de la regla francesa de la *no acumulación* de la responsabilidad contractual y extracontractual”).

Conviene agregar que en otros países todavía, donde la acumulación no aparece claramente en el Código Civil mismo, existe la misma tendencia al acercamiento de las dos ramas de la responsabilidad⁽¹⁸⁾. Esta se manifiesta en particular por la multiplicación de las disposiciones especiales reglamentando la responsabilidad que puede nacer de ciertas actividades; en efecto, esos regímenes especiales ignoran generalmente la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Ellos se aplican de la misma manera, se encuentre la víctima ligada o no al autor del daño por un contrato.

En cuanto al ante-proyecto de ley suizo que propone la revisión del derecho de la responsabilidad civil para la Confederación Helvética, éste trae una disposición (que debería figurar en el artículo 42 del código de las obligaciones) en los términos

de la cual “las disposiciones del presente capítulo (titulado *Las obligaciones que resultan de hechos dañinos*), se aplican también a los daños causados en violación de una obligación contractual; queda reservadas las disposiciones que rigen la responsabilidad que resulta de la inejecución o de la ejecución tardía de la prestación prometida así como las reglas específicas a ciertas especies de contratos”.

Esta breve incursión en los derechos extranjeros muestra entonces que, en todos los países en los cuales la tradición jurídica se acerca a la nuestra, la distinción entre la responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual existió y existe todavía; pero que en todas partes su alcance es muy discutido y está afectado por transformaciones profundas que pueden de la misma manera aparecer como preludio a su eliminación.

Estas observaciones incitan, por lo tanto, a interrogarse sobre el futuro de la división tradicional, la que fue criticada por muchos autores, si no en cuanto a su existencia, cuando menos respecto de su acondicionamiento actual en el derecho francés⁽¹⁹⁾.

Estas obras mostraron en particular que la exageración de las diferencias entre los dos regímenes de responsabilidad, unidas a la imprecisión de las nociones que sirven para delimitar sus respectivos campos de aplicación (particularmente la dificultad de determinar si una situación determinada es o no contractual, si la obligación incumplida

(15) Véase BAUDOUIN, Jean-Louis y DESLAURIERS, Patrice. *La responsabilidad civil*, 5ta. Edición; pp. 44 y siguientes. TANCELIN, Maurice. *De las obligaciones. El acto ilegítimo y los modos de ejecución*; p. 400.

(16) Artículos 1457 a 1481.

(17) Véase TANCELIN, *Op. cit.*; p. 217.

(18) Véase, por ejemplo, GIARDINA, Francesca. *Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*. Milán, 1993, e informe de esa obra por André Tunc *RID comp.* 1994; p. 291.

(19) Véase especialmente Jérôme Huet, th. precitada, F. Bertrand, th. precitada, Bernard Teyssie, th. precitada. Jean Neret, th. Precitada, André Tunc, *Op. cit.*; p. 44.



Geneviève Viney

es o no nacida de un contrato, etcétera) favorecen el litigio y conducen a soluciones frecuentemente arbitrarias e incluso a veces francamente ilógicas, léase inequitativas.

Estas críticas incitan a examinar en qué medida la particularidad de la responsabilidad contractual amerita ser conservada (sección 2) y si las fronteras actuales entre responsabilidad contractual y extracontractual están correctamente trazadas (sección 3). Nosotros pensamos, además, ir más lejos y preguntarnos si verdaderamente la distinción amerita ser considerada como una *summa divisio* o si no existen situaciones que convengan sustraer entre los dos regímenes tradicionalmente opuestos (sección 4)

2. Estudio crítico del particularismo del régimen de la responsabilidad contractual

Hemos podido constatar, estudiando las diferencias entre los regímenes contractual y extracontractual, que unas diferencias son fundadas en los textos; mientras que otras se han desprendido de la doctrina o la jurisprudencia y que, al lado de estas, que son admitidas unánimemente, hay otras que siguen siendo controvertidas⁽²⁰⁾. Ahora bien, a fin de poder juzgar su fundamento, hace falta primero responder a la pregunta esencial: ¿por qué es necesario someter a reglas particulares la responsabilidad que nace de la inejecución de una obligación contractual?

2.1. El fundamento del particularismo de la responsabilidad contractual

2.1.1. Asegurar el respeto del contrato.

Durante mucho tiempo hemos explicado el particularismo de la responsabilidad contractual por el origen de la obligación incumplida. La obligación contractual supuestamente nacida

del encuentro de voluntades privadas fue intrínsecamente diferente de la obligación legal impuesta por los representantes de la autoridad pública: y es esta diferencia de origen y de naturaleza, la que implicaría un régimen de sanción distinta⁽²¹⁾.

Nosotros sabemos que los autores modernos han hecho justicia de esa pretendida oposición de naturaleza entra la norma contractual y la norma legal que está cotidianamente desmentida hoy en día por el hecho de que el contenido del contrato está cada vez más reglamentado por la ley y escapa, en consecuencia, a la voluntad de las partes⁽²²⁾. Además, es ahora reconocido que la fuerza obligatoria del contrato no encuentra su fuente en la voluntad de las partes, sino en la del legislador⁽²³⁾. Estas comprobaciones han conducido por lo tanto a la mayoría de la doctrina a preconizar, a partir de los años 1930, una concepción más matizada de la oposición entre los dos regímenes de la responsabilidad. Sin embargo, si se pone de lado una fracción muy minoritaria que, desde finales del siglo XIX, se había propuesto borrar toda diferencia entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual⁽²⁴⁾, los autores se han adherido, en su conjunto, al principio de la distinción, sin perjuicio de buscar un fundamento apto para reemplazar ese respecto del cual todo el mundo está de acuerdo hoy en día en considerarlo caduco.

Ahora bien, esta ausencia de toma de posición sobre las razones de ser del particularismo

(20) *Ídem*; pp. 167-180.

(21) Es el punto de vista desarrollado por SAINCTELETTE, Charles. *De la responsabilidad y de la garantía*, 1884, véase *Supra*; p. 162.

(22) Véase esta obra *Supra*; p. 185 e *Infra*; pp. 485 y siguientes.

Véase igualmente ARMAND-PREVOST, Michel y RICHARD, Daniel. *El contrato desequilibrado (De la autonomía de la voluntad en el dirigismo contractual)*, JCP 1979.I. 2959.

(23) Véase GHESTIN, Jacques. *La formación del contrato*. 3era edición, 1993; pp. 62 y siguientes, 186 y siguientes, 223 y siguientes.

(24) Véase GRANDMOULIN, J. *De la unidad de la responsabilidad o la naturaleza dañina de la responsabilidad por violación de las obligaciones contractuales*, 1982.; y PLANIOL, M. nota D. 1986; p. 457. *Ídem*; p. 163.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

de la responsabilidad contractual condujo naturalmente a soluciones legalistas. Ya que habíamos abandonado todo esfuerzo de justificación racional, por lo menos hacía falta apoyarse sobre los textos. Es lo que se hizo elevando una barrera cada vez más hermética entre las disposiciones de los artículos 1382 y siguientes, por una parte, y aquellas de los artículos 1146 al 1155, por otra parte, sin preocuparse de las motivaciones ni del buen fundamento de esas diferencias.

Este método de aplicación de los textos (no nos atrevemos a decir de *interpretación*) no habría podido conducir a resultados satisfactorios si el legislador mismo hubiera traducido perfectamente las consecuencias del fundamento que él entendía que estaba asignando a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Pero es raro que la ley esté tan bien hecha que no requiera de ningún esfuerzo de interpretación inteligente (es decir, de toda referencia a su razón de ser) sin que, a la larga, su aplicación mecánica no conduzca a soluciones arbitrarias. Y esa observación es aún más exacta en la medida de que el alcance de las disposiciones que se aplican sea más general. Era, por lo tanto, previsible que contentándose con fundamentar las diferencias entre los regímenes contractual y extracontractual únicamente sobre la base de la existencia de dos bloques de disposiciones distintas, que aparecen en dos capítulos diferentes del Código Civil francés, llegaríamos tarde o temprano a situaciones extrañas o incoherentes.

Para detectarlas y eventualmente corregirlas, nos parece, indispensable referirse a la idea que fundamenta el particularismo de la responsabilidad contractual. Ahora bien, sobre este particular, en nuestra opinión, no existe duda alguna: se trata de la protección del contrato, tal como las partes lo han acondicionado con la aprobación del legislador⁽²⁵⁾. No vemos, por nuestra parte, con otro motivo que sea apto para justificar la originalidad del régimen de la responsabilidad nacida de la violación de una obligación contractual. Y estimamos, por lo tanto, que es en la medida, y en la medida solamente, que la aplicación de las reglas establecidas para los *delitos* y *cuasi-delitos* conllevan el peligro de modificar, directa o indirectamente, el contenido del

contrato cuya violación está en el origen del daño, que esas reglas meritan ser apartadas en beneficio de principios específicos⁽²⁶⁾.

2.2. Examen de las diferencias actualmente retenidas entre responsabilidades contractual y extracontractual a la luz del fundamento de la distinción

Este examen revela sin dificultad que si ciertas de ellas son justificadas y merecen ser mantenidas, hay otras que por ser puramente artificiales sería deseables eliminar.

2.2.1. La definición del “hecho por el que se debe responder”

2.2.1.1. Especificidad de la inejecución contractual en comparación a los casos de responsabilidad definidos por los artículos 1382 al 1386 del Código Civil francés.

Al respecto, la distinción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual no puede, con toda evidencia, ser negada. La utilidad del contrato consiste, en efecto, en crear entre las partes ciertas obligaciones que la ley no ha previsto. Ahora bien, esta especificidad de las relaciones contractuales sería completamente abolida si se pudiera sustituir estas obligaciones personalizadas por los deberes generales que existen en las relaciones entre terceros y que sancionan los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés.

La observación se verifica fácilmente a propósito de la responsabilidad del hecho personal ya que el contrato puede imponer al deudor obligaciones que el acreedor no puede tener en cuenta si no hubieran sido incluidas explícitamente en el contrato; y muchos contratos exigen incluso la obtención

(25) Véase, en la imbricación de la libertad contractual y del respeto de la ley, GHESTIN, Jacques, *La formación del contrato*; pp. 223-282.

(26) Véase, en el mismo sentido, M. Espagnon, th. Precitada; pp. 35 y siguientes, 166 y siguientes.



Geneviève Viney

de un resultado determinado⁽²⁷⁾, mientras que, en principio, el artículo 1382 no establece sino una obligación general de prudencia y de diligencia⁽²⁸⁾.

En cuanto a la organización de la responsabilidad del hecho del otro, su especificidad en materia contractual está igualmente establecida por la preocupación de hacer respetar la fuerza obligatoria del contrato impidiendo que el deudor pueda transferir a un tercero la carga de la inejecución de sus obligaciones, sin el consentimiento del acreedor, la carga de la inejecución de esas obligaciones⁽²⁹⁾. La aplicación entre co contratantes de las solas disociaciones que el artículo 1384 prevé en materia extracontractual podría entonces conducir a un desconocimiento y a una deformación del contrato⁽³⁰⁾.

En fin, en lo que concierne la responsabilidad derivada del hecho de las cosas, la introducción de un principio análogo a aquel que la jurisprudencia ha creado a partir del artículo 1384, primer inciso, es perfectamente posible y sin duda deseable respecto de los objetivos relativos a la seguridad de la persona o de los bienes del acreedor causados por el hecho de las cosas de las cuales el deudor se sirve para ejecutar el contrato, o que entregue en ejecución del contrato. Por el contrario, sería mucho más discutible con relación a los daños provocados por un defecto en la utilidad de la cosa, la inconformidad en sentido estricto, ya que una regla tan general esterilizaría, en este caso también, los acuerdos de las partes que, en un régimen de libertad, deben ser respetados en la medida que no atenten contra el orden público.

Así, nos encontramos con evoluciones comunes y con acercamientos sorprendentes entre las causas de responsabilidad contractual y aquellas de responsabilidad extracontractual así como en la aparición de regímenes especiales, particularmente importantes, que trascienden la distinción entre las dos ramas de la responsabilidad⁽³¹⁾. Pero,

en definitiva, no puede ser cuestión de suprimir toda especificidad de la noción de *hecho generador* de la responsabilidad contractual ya que evaluar la inejecución del contrato utilizando como única medida los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés amenazaría el contenido mismo del acuerdo contractual y contravendría, en consecuencia, el principio de la fuerza obligatoria del contrato hecho bajo el artículo 1134 de este Código Civil.

¿Pero cuando el hecho de la inejecución del contrato ha quedado establecido, los efectos que se derivan de tal inejecución en el caso de la responsabilidad contractual deben ser diferentes de los que resultan de la inobservancia del deber contractual?

2.2.2. Los efectos de la responsabilidad

2.2.2.1. Las sanciones específicamente contractuales.

Quando el contrato no es ejecutado, sabemos que existen sanciones específicas. En primer lugar, el acreedor puede exigir la ejecución forzada. Si esto es imposible o si el acreedor prefiere renunciar a este remedio, puede poner en juego las sanciones específicas que afectan el contrato mismo: la resolución por inejecución, la excepción de inejecución y, en ciertos casos particulares, la modificación del contrato por el juez⁽³²⁾. Ahora bien, estas sanciones no tienen evidentemente correspondencia en materia extracontractual. No surge la responsabilidad propiamente dicha.

(27) Véase *Infra*; pp. 522 y siguientes.

(28) Véase *Infra*; p. 459.

(29) Véase *Infra*; pp. 813-847, especialmente p. 818.

(30) Este aparecerá especialmente si el deudor puede evadir la responsabilidad nacida de la inejecución de sus obligaciones contractuales so pretexto que el auxiliar o el sustituto al cual se le ha confiado la ejecución, no es su asistente según el artículo 1384, inciso 5, falla por ejemplo de la existencia de un estudio de investigación entre ellos.

(31) En particular, el régimen de responsabilidad construido por la ley del 5 de julio de 1985 relativa a los accidentes de la circulación y la ley del 19 de julio de 1998, relativa a la responsabilidad de hecho de los productos defectuosos: véase *Infra*; p. 242.

(32) *Idem*; p. 171.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Si nos atenemos solamente a la reparación del daño causado por la inejecución (que constituye el objeto de la responsabilidad contractual) ¿es posible mantener las diferencias con el régimen extracontractual?

2.2.2.2. La reparación en naturaleza.

Sabemos que la reparación en especie, que es cada vez más practicada en el campo de la responsabilidad extracontractual, ha sido admitida igualmente por la jurisprudencia en materia contractual⁽³³⁾. Sin embargo, si la distinguimos de la ejecución, lo que hacen los tribunales, ya que ellos la ordenan frecuentemente, a título de reparación, les establecen una prestación que no corresponde rigurosamente a aquella que había sido acordada en el contrato, modificando así el alcance de la obligación contractual; lo que puede parecer discutible si se tiene en cuenta el principio de la fuerza obligatoria del contrato.

Podemos, por lo tanto, considerar que sería deseable fijar los límites de la posibilidad de reparar en especie el daño contractual subordinando este tipo de reparación de que ella confiera al acreedor una ventaja rigurosamente equivalente a aquella que hubiera obtenido con la ejecución de la obligación contractual. En ese caso, más bien, contribuye a reforzar la eficacia del contrato; no podemos por lo tanto reprocharle de afectar la fuerza obligatoria del contrato. En cambio, cuando ella consiste en dar a la víctima una ventaja distinta de aquella que le había contractualmente prometido, de manera que esa ventaja no constituye el estricto equivalente de la ejecución, entonces tal reparación desnaturaliza el alcance del contrato. Su legitimidad es entonces discutible.

De acuerdo con este punto de vista, una diferencia entre régimen contractual y régimen extracontractual no sería *a priori* injustificada.

2.2.2.3. La valorización de los daños e intereses.

Se vinculan generalmente al artículo 1150 del Código Civil francés dos consecuencias que afectan la valorización de los daños e intereses contractuales y que no son admitidos

en materia extracontractual. Se trata de la no reparación del daño imprevisible⁽³⁴⁾ y de la validez de las cláusulas que habilitan y así mismo limitan, la reparación pecuniaria⁽³⁵⁾.

A priori, podríamos pensar que estas dos diferencias están justificadas por la preocupación de proteger la voluntad de los contratantes y, en consecuencia, el contrato en sí mismo, ya que el daño *imprevisible* es, por definición, aquel que el deudor no podía tener en cuenta y que, por tanto, no se comprometió a repararlo en caso de inejecución. En cuanto a las cláusulas que determinan los efectos de la responsabilidad, ellas hacen parte del contrato mismo: su respeto es por lo tanto directamente ordenado por el artículo 1134 del Código Civil francés, que no tiene equivalente en materia extracontractual.

No obstante, mirando las cosas más de cerca, percibimos fácilmente que la autonomía del régimen de la responsabilidad contractual es mucho menos evidente de lo que ella parece a primera vista. Sin duda podemos explicar la exclusión de la reparación del daño imprevisible por la voluntad de no salir del marco de las previsiones legítimas de los contratantes⁽³⁶⁾. Pero, no es menos cierto que si esta regla no existiera, la fuerza obligatoria del contrato no estaría sino mejor asegurada. Además, ya hemos resaltado que bajo la influencia de las críticas doctrinales, la jurisprudencia ha minimizado la importancia de esta disposición, que algunos desean que desaparezca⁽³⁷⁾.

Por otra parte, respecto de los acuerdos contractuales sobre la responsabilidad del incumplimiento de las obligaciones creadas de

(33) *Idem*; p. 171-1.

(34) *Idem*; p. 172-1.

(35) *Idem*; p. 173.

(36) SOULEAU, Isabelle. *La previsibilidad del daño contractual*, th. Paris II, 1979.

(37) *Idem*; p. 172-1 y *La responsabilidad: efectos*; pp. 319-333



Geneviève Viney

común acuerdo, si bien su respeto es efectivamente exigido por el artículo 1134 del Código Civil francés (en la medida, al menos, que no atenten contra el orden público) no vemos *a priori* por qué ese principio no se aplicaría a toda deuda por responsabilidad, cualquiera que sea el origen contractual o extracontractual de ésta. Parece, en efecto, singularmente arbitrario afirmar que la regla de la *reparación integral* del daño es necesariamente de orden público en la medida en que ella sanciona la inobservancia de una obligación extracontractual y que es automáticamente de interés privado, cuando ella interviene con motivo de la inobservancia de una obligación contractual, mientras que precisamente importantes tratados han replanteado la idea de un *orden público contractual* que no hace sino ahogarse⁽³⁸⁾. Sin duda, no hay razón para asombrarse sobre que las cláusulas relativas a los efectos de la responsabilidad, se refieran sobre todo a los casos de responsabilidad contractual, ya que los contratantes se conocen y pueden por lo tanto acordar de antemano las adaptaciones contractuales que ellos juzguen útiles de aportar a los efectos que la ley vincula normalmente a la inejecución del contrato. En cambio, esta situación no existe tratándose de las partes de una eventual acción en materia de responsabilidad extracontractual. Pero el respeto del contrato no ordena en absoluto una indulgencia particular respecto de las cláusulas que reglamentan los efectos de la responsabilidad contractual. Podemos incluso comprobar que, tratándose al menos de cláusulas totalmente exoneratorias, estas ponen directamente en peligro el principio de la fuerza obligatoria promulgada por el artículo 1134; lo cual nos conduce, por nuestra parte, a no considerarlos más que con la más extrema circunspección⁽³⁹⁾. En cambio, en materia extracontractual, puede parecer netamente excesivo el no permitir jamás la más mínima modificación por vía convencional del principio llamado de la “reparación integral”⁽⁴⁰⁾.

De manera general, por otra parte, pensamos que no hay ninguna razón decisiva para asignar a la responsabilidad contractual

efectos diferentes, en lo que concierne a la reglamentación de la deuda de los daños e intereses, de esos que están vinculados a la responsabilidad extracontractual. El contrato, dado que tiene por objeto definir las obligaciones de las partes, no podríamos dejar de tenerlo en cuenta para decidir si hay o no responsabilidad. Pero, una vez admitida la responsabilidad, no vemos por qué las consecuencias en cuanto a la reparación, que se derivan de la existencia de responsabilidad, deberían depender del origen (contractual o no) de la regla desconocida. Que esas consecuencias sean agravadas o aliviadas en función de la importancia del deber violado, de los intereses en juego... En resumen, de todas las circunstancias que son de naturaleza de justificar una mayor o una menor atención del daño sufrido por la víctima. No hay nada en todo eso que no sea perfectamente natural. Pero el hecho de que se trate de una responsabilidad que se deriva de una violación de un deber legal o contractual no influye, por tal hecho, ni en la necesidad de reparación de la víctima ni en la culpabilidad del responsable.

La preocupación por la protección del contrato (que constituye, en nuestra opinión, la sola explicación racional del particularismo de la responsabilidad contractual) no justifica, por lo tanto, según nosotros, ninguna diferencia de principio con la responsabilidad extracontractual en cuanto a la valorización de la deuda por daños e intereses.

2.2.3. La puesta en obra de la responsabilidad ¿Qué pensar finalmente de las particularidades

(38) Véase FARJAT, G. *El orden público económico*, LGDJ, 1963. RIPERT, G. *El orden público y la libertad contractual*, *Mezclas Gény*. Tomo II; p. 347 y siguientes. SAVATIER, R. *El orden público económico*, D. 1965, Chron; p.37. RAYNAUD, P. *El orden público económico*, Curso de Derecho Paris 1965-1966. J. GHESTIN, *El contrato*, LGDJ, 1979; pp. 113 y siguientes. ARMAND-PREVOST, Michel y Daniel RICHARD. *El contrato desequilibrado...*, JCP 1979.I.2959. COUTURIER, G. *El orden público de protección: las buenas y malas de una vieja noción nueva*, *Mezclas Flour*, 1979; pp. 95 y siguientes.

(39) Véase *Los efectos de la responsabilidad*; pp. 186-215.

(40) Véase *Los efectos de la responsabilidad*; pp. 214 y 215.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

que afectan la implementación de la responsabilidad contractual?

En lo que concierne a la necesidad de una *intimación en mora* para que los daños e intereses moratorios sean exigibles⁽⁴¹⁾, ella no se justifica, en mi opinión, ni mejor ni peor, por el hecho de que la deuda sea impuesta por contrato o directamente por ley.

En cuanto a las *reglas de competencia jurisdiccional* aplicables a la acción de responsabilidad⁽⁴²⁾, ellas nos parecen más bien previstas por razones de orden práctico, lo que es imposible desarrollar dentro de los límites de esta obra. Hacemos notar solamente que no existe *a priori* ninguna razón para someter a jueces diferentes, la acción de responsabilidad basada en la inejecución de una obligación contractual y la que sanciona la inobservancia de un deber legal o jurisprudencial.

La misma constatación nos parece que se impone a propósito de la *prescripción*. Nosotros no vemos, en efecto, en la medida que la naturaleza contractual o extracontractual de la responsabilidad sea determinante respecto del plazo dentro del cual puede ser exigida la prestación. Y si ciertos textos someten la acción de responsabilidad fundada sobre la inejecución de las obligaciones resultantes de ciertos contratos específicos a plazos de prescripción particulares⁽⁴³⁾, eso no es en absoluto, en nuestra opinión, debido al origen contractual del deber incumplido que justifica este particularismo, sino la voluntad de tomar en cuenta la situación particular en la cual se encuentra el deudor. Por consiguiente, en el caso que la inejecución sea invocada por un tercero en apoyo de una acción de responsabilidad extracontractual, nosotros pensamos que sería normal aplicar la misma prescripción⁽⁴⁴⁾.

Es por eso que nosotros aprobamos plenamente la proposición de la ley votada por el Senado en Francia en el mes de

noviembre del 2007 en cuanto que elimina prácticamente toda diferencia entre las acciones de responsabilidad contractual y las acciones de responsabilidad extracontractual, en cuanto a las reglas de la prescripción extintiva⁽⁴⁵⁾.

En cuanto a la solución de los conflictos de leyes en el tiempo y en el espacio, la originalidad de los principios admitidos en materia contractual parece efectivamente inspirada por la preocupación de asegurar un máximo respeto del contrato tal como las partes lo han construido con la aprobación del legislador. Esto es evidente en lo que concierne a la aplicación de la ley en vigor en el día de la conclusión del contrato en caso de una modificación legislativa que intervenga en el curso del período de ejecución⁽⁴⁶⁾. Y esto explica igualmente que en derecho internacional privado la responsabilidad contractual esté sometida en principio a la ley llamada *de autonomía*, es decir a esa a la cual las partes consideraron aplicable al momento de establecer su contrato⁽⁴⁷⁾.

Sin embargo, la multiplicación de las derogaciones a esos principios en beneficio de la designación de la ley que aparezca como la mejor adaptada a la situación concreta⁽⁴⁸⁾, demuestra la importancia creciente de los elementos objetivos a costa del respeto a la voluntad real o supuesta de los contratantes. Ahora bien, esta evolución, que tiende a acercar el régimen contractual al régimen

(41) Véase Supra; p. 176.

(42) Véase Supra; p. 177.

(43) Véase especialmente las demoras previstas por el artículo 108 del código de comercio en materia de transporte terrestre de mercancía, por el artículo 2270 del Código Civil relativo a la responsabilidad de los constructores, por las leyes del 2 de marzo de 1954 y 18 de junio de 1996 en lo que concierne a los transportes aéreos y marítimos, por el artículo 114-1 del Código de seguros por las acciones derivadas de los contratos de seguros.

(44) Véase Infra; pp. 240-243.

(45) Véase Supra; p. 178.

(46) Véase Supra; p. 179.

(47) Véase Supra; p. 184.

(48) Véase Supra; p. 182; p.183; p.185.



Geneviève Viney

extracontractual, parecería digna de aprobación en la medida en que hace generalmente prevalecer las soluciones bastante realistas.

Nosotros concluiremos, entonces, este examen crítico del particularismo del régimen de la responsabilidad contractual con una apreciación matizada. Nos parece imposible negar el buen fundamento de ciertas diferencias actualmente reconocidas entre el régimen contractual y el régimen extracontractual, principalmente en cuanto a la definición del hecho generador de la responsabilidad, pero también sobre ciertos puntos más secundarios como las reglas de solución de conflictos de leyes en el espacio y en el tiempo. Sin embargo, desde distintos puntos de vista, el régimen de la responsabilidad contractual podría ser aproximado del régimen de la responsabilidad extracontractual sin que esto perjudique de ninguna manera al contrato. Ahora bien, en la medida en que este acercamiento es posible, nos parece no solamente deseable sino necesario, ya que la existencia de diferencias injustificadas introduce, entre las víctimas de daños, inequidades que se sienten como injusticias. Además, esto incita a los litigantes a intentar colocarse sobre el terreno que les resulte más favorable. Esto es, por tanto, fuente de numerosos procesos y esta litigación excesiva, que es ella misma alentada por la imprecisión de las fronteras actuales entre las responsabilidades contractual y extracontractual, no puede sino agravar la litigiosidad.

3. Estudio crítico de las fronteras actuales entre responsabilidad contractual y extracontractual

3.1. Incertidumbre del derecho positivo.

Aunque los principios que sirven para dividir los dominios respectivos de las responsabilidades contractual y extracontractual han sido establecidos desde hace mucho tiempo, los tribunales están hoy en día todavía frecuentemente colmados de litigios que tienen como materia controvertida decidir si conviene aplicar a tal o cual situación uno u otro de los regímenes de la responsabilidad civil. Esto indica, por lo tanto, la persistencia de una verdadera insatisfacción respecto de los principios que permiten delimitar los respectivos dominios de los regímenes contractual y extracontractual.

Reflexionando, parece que sobre diversos puntos, esos principios merecen una puesta en cuestión.

Ante todo, parece discutible el carácter *necesariamente contractual* de las acciones entre contratantes que están fundadas en el desconocimiento de ciertos deberes de alcance general asimilados a las obligaciones contractuales.

Por otro lado, y a la inversa, no es en absoluto evidente que las acciones entre contratantes y terceros sean sistemáticamente sometidas al régimen extracontractual, cuando ellas están fundadas en la violación de una obligación específicamente contractual.

Finalmente, podemos desear que el juez disponga de poderes amplios a fin de flexibilizar los criterios utilizados para delimitar los dominios respectivos de los dos regímenes.

3.2. El cuestionamiento del carácter *necesariamente contractual* de las acciones por responsabilidad entre contratantes cuando tales acciones están fundadas sobre el desconocimiento de un deber de alcance general asimilado a una obligación contractual

3.2.1. Una opción a favor del régimen extracontractual en caso de falta a la seguridad o a la información del co contratante.

La acción por responsabilidad está en principio sometida al régimen contractual (y a él solo, en aplicación del principio de no acumulación de acciones, que da preferencia a la acción por responsabilidad contractual) cuando el daño del cual el acreedor se queja resulta de la inexecución, por el deudor, de una obligación nacida de un contrato. Ahora bien, sabemos que la noción de obligación nacida del contrato⁽⁴⁹⁾ no está exenta de incertidumbres,

(49) Véase Supra; pp. 185 y 186.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

lo que alimenta ahora un punto litigioso importante que es desde ya lamentable en sí mismo. Pero, lo que puede parecer más grave que los resultados de esta casuística sean a menudo desconcertantes.

Paul Esmein en una corta crónica publicada en 1956 evocó, en forma simpática, ese problema⁽⁵⁰⁾. Tomando el ejemplo de una banal *caída en una escalera* demostró que en la medida de que la víctima fuera un inquilino o un miembro de la familia de éste o un extraño, o que la caída haya tenido lugar en tal o cual parte de la escalera, la responsabilidad del propietario será calificada como *contractual* o *extracontractual*; y que a partir de allí, las posibilidades de la víctima de obtener una indemnización corren el riesgo de ser radicalmente modificadas, porque la obligación contractual de seguridad que corresponde al locador frente a su locatario no es sino una obligación de medios cuya inejecución supone la prueba de una imprudencia o de una negligencia mientras que, sobre el terreno de la responsabilidad extracontractual, el artículo 1384, primer párrafo, permite eventualmente escapar de esta exigencia. Y el autor expresa de la manera siguiente sus dudas sobre el fundamento correcto de esas soluciones:

“pienso (escribe), que es inaceptable atribuir al propietario responsable condiciones distintas según que se trate del inquilino o de un tercero quien caiga por la escalera. El propietario debe mantener la escalera en buen estado respecto de todos aquellos que están autorizados a utilizarla. Y no tengo argumentos para persuadir a aquellos para quienes nuestras categorías extracontractuales y contractuales no se han convertido en unas creencias aprendidas, que se pueda legítimamente hacer responsable al propietario responsable en condiciones diferentes respecto de las dos categorías de víctimas aquí contempladas. Ahora bien, yo dudo de una doctrina jurídica que no pueda ser entendida por quienes serán los actores del litigio”.

A decir verdad, el apólogo (cuento con moraleja) de la *caída en una escalera* podría estar ventajosamente remplazada por los de *la botella que estalla*⁽⁵¹⁾, *el resbalón sobre el suelo*⁽⁵²⁾, *las*

(50) ESMEIN, P. *La caída de la escalera*, JCP 1959.I.1321.

(51) Podemos exponer esquemáticamente el estado actual de la jurisprudencia de la siguiente manera: si la botella explotó en los estantes de una tienda e hirió a un cliente que pasaba por ahí, la responsabilidad del comerciante es extracontractual. Pero si la botella explota entre las manos de un cliente que la toma de los estantes con la intención de comprarla, la responsabilidad del propietario de la tienda está ahora vinculada sobre la base de una obligación contractual de seguridad. Finalmente a suponer que la explosión se produce en el domicilio del comprador, es otra variedad de acción contractual que será ordinariamente implementada contra el vendedor: se trata de la garantía contra vicios ocultos (artículos 1641 y siguientes del Código Civil francés)

Ahora bien, cada una de estas acciones se somete a las diferentes reglas y ellas pueden conducir a resultados distintos (véase especialmente LARROUMET, Ch. *Observaciones, derecho civil, Mezclas Mart*, pp. 1019 y siguientes. Civ. 1era, 12 de junio de 1979, JCP 1980. II. 19422, nota DEJEAN DE LA BATIE, N.)

(52) Si es que el resbalón desafortunado se produce en una tienda, la víctima deberá proporcionar sobre el terreno de la responsabilidad por daños cómo el encargado de la tienda no ha tenido obligación contractual alguna de seguridad con respecto a sus eventuales clientes. Pero será diferente si se produce en el hall o en los corredores de un hotel, en un café o también en la lavandería donde los operadores son considerados necesarios de esa obligación contractual de seguridad (véase *Las condiciones de la responsabilidad*; pp. 500 y siguientes).

Ahora bien, las condiciones de la responsabilidad son sobre todo diferentes en los dos casos y la posición de la víctima mucho mejor si la hoja de la ensalada o la cáscara de banana que se llevó a cabo en los terrenos del propietario no tendría, según su punto de vista, de una *obligación contractual de seguridad*. En efecto, en ese caso se podrá utilizar el principio de responsabilidad de pleno derecho del artículo 1384, inciso 1, del Código Civil francés en tanto encara a los operadores que deben una *obligación de seguridad* que está clasificado entre *las obligaciones medias*. (véase *Infra*; p. 553), deberá prever la imprudencia o la negligencia (véase especialmente Civ. 2do, 24 de mayo de 1978, JCP 1979.II.19237, nota DEJEAN DE LA BATIE, N. Civ. 14 de febrero de 1979, JCP 1979.IV.136. Lyon, 5 de octubre de 1978, D, 1979, IR; p. 320, JCP 1979. IV.347. Obs. Ch. LARROUMET, D. 1978, IR; p.208.



Geneviève Viney

sorpresas que presenta el tráfico en una estación⁽⁵³⁾ *de accidente sobrevenido en la prestación de un servicio gratuito*⁽⁵⁴⁾ o muchos otros⁽⁵⁵⁾ por medio de los cuales sería posible mostrar que dos accidentes sobrevenidos en condiciones materiales idénticas y que han provocado las mismas consecuencias para la víctima, podrían encontrarse, sometidas a los regímenes jurídicos totalmente diferentes, por el hecho de la aplicación de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual; y que a la postre daría lugar a que una de las dos víctimas pueda ser indemnizada integralmente mientras que la otra no reciba nada.

Para remediar tales anomalías, parece pues necesario proceder a una revisión del contenido del contrato. Es básicamente gracias al desarrollo de las obligaciones que los tribunales han pretendido “descubrir” en el contrato, y por consiguiente, vincular con éste, la llamada *obligación de seguridad* o también *la obligación de información, de advertencia y de consejo*, que aparecieron los principales conflictos de frontera. Ahora, si bien no hay duda alguna de que la jurisprudencia tuvo razón de poner el énfasis en la prudencia que los deudores deben siempre observar en la ejecución de las prestaciones que ellos ofrecen a su clientela con el fin de evitar accidentes corporales o materiales, no nos parece menos cierto que hay allí, en la mayoría de los casos, un deber general que emana no de tal o cual contrato pactado con una persona determinada, sino del ejercicio de una actividad que expone a los terceros a ciertos riesgos.

Dicho de otra manera, estas obligaciones no son, por cierto, totalmente ajenas al contrato ya que ellas se manifiestan muy seguido en la ejecución de los contratos y que el contrato puede eventualmente reforzar. Sin embargo, no es menos cierto que también pueden aparecer independientemente de todo contrato, en relaciones entre no contratantes, ya

que sólo expresan reglas generales de comportamiento⁽⁵⁶⁾. De este hecho, parece que sería lógico admitir que la víctima, cuando funda su acción en el desconocimiento de tal obligación, no es forzada a colocarse sobre el terreno contractual, sino que tiene por lo menos la posibilidad de escoger el régimen extracontractual.

En otros términos, para las acciones de responsabilidad fundadas sobre una falta a una de estas obligaciones accesorias que pueden estar relacionadas al contrato, pero que tienen un origen exterior al contrato, y que son pues separables de éste, la regla de la no acumulación podría ser dejada de lado, aplicándose más bien el régimen extracontractual, si el solicitante escoge ubicarse en este terreno.

Además, en el caso de atentados contra la seguridad, esta facultad de elección a favor del régimen extracontractual ha sido abiertamente difundida desde hace tiempo, particularmente por el decano Carbonnier⁽⁵⁷⁾. Tendría la inmensa ventaja de evitar disparidades de tratamiento entre víctimas del mismo accidente sobrevenido en el curso de la ejecución de un contrato. Ahora bien, estas disparidades son ahora frecuentes, debido a que se considera que el contrato relacionado contiene una obligación de seguridad de medios. Por tanto la otra parte contratante, víctima de tal accidente, se encuentra ahora obligada

(53) Véase Supra; pp. 168 y 195 e Infra; p. 554.

(54) Véase Supra; p. 184. Comparar Civ. 1era, 27 de enero de 1993, Bull. Civ. I; p. 42 a Civ. 2da, 26 de enero de 1994, *Resp. Civ. et assur.* 1994 Com; p. 114. Obs. VINEY, G. JCP 1994.I.3809; p. 1.

(55) Comparar especialmente Civ. 1era, 21 de junio de 1977 y Civ. 2da, 5 de mayo de 1978, JCP 1979.II.19066., nota F. CHABAS. Véase igualmente Civ. 1era, 1 de julio de 2003 Com; p. 252: un accidente que sucede en el restaurante es declarado *contractua* porque sucedió mientras que el cliente pasaba a la caja.

(56) Véase Supra; p. 168.

(57) *Derecho civil, Las obligaciones*. 18va edición. Tomo 4. 1994; p. 295: *Eso que llamamos responsabilidad contractual deberá ser diseñado como algo bastante limitado, la obligación de procurar al acreedor el equivalente del interés (pecuniario) que él espera del contrato: este artificio de hacer entrar en los brazos rotos y de muertes de hombres: las tragedias son de competencia de los artículos 1382 y siguientes.*

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

a probar la culpa del deudor de esa pretendida obligación mientras que los terceros afectados por el mismo hecho pueden a menudo ampararse en la responsabilidad por hecho de las cosas, establecida en el artículo 1384 de Código Civil francés y se encuentran por este hecho, dispensada de esta prueba⁽⁵⁸⁾. Ahora bien, de toda evidencia, hay allí un caso chocante de desigualdad.

Ciertamente, para remediarlo, podríamos también, como algunos lo han preconizado⁽⁵⁹⁾, admitir que la obligación de seguridad es siempre una obligación de resultados y que esta calificación se aplica no solamente en el marco del contrato, sino también fuera de la esfera

Podríamos, a la inversa, considerar que la seguridad es por naturaleza ajena al contrato y que, en consecuencia, es la responsabilidad extracontractual la que se aplica de pleno derecho y solo en caso de incumplimiento a la seguridad de las personas y también de los bienes. Es esta una posición que hoy es apoyada por numerosos autores⁽⁶⁰⁾.

No obstante, el reconocimiento de un derecho de opción entre el régimen contractual y el régimen extracontractual tendría la ventaja de no estar limitado al incumplimiento de la obligación de seguridad. Podría ser generalizado a todas las hipótesis de desconocimiento de una norma general de comportamiento relacionada ocasionalmente al contrato, como por ejemplo la falta de información o de precaución respecto de los peligros de un producto o de un servicio. Ahora bien, en esas hipótesis, igualmente las desigualdades de trato entre las víctimas, según que ellas sean partes del contrato o terceros, son lamentables.

Finalmente, hay que constatar que el proceso de “forzar el contrato”, emprendido en 1911⁽⁶¹⁾ es, algunas veces, extendido más allá de lo razonable. Así, por ejemplo, cuando la Corte de Casación afirma, como ella lo ha hecho repetidas veces, que es mejor aplicar el régimen de la responsabilidad contractual a la acción ejercida contra un contratista de construcción por el maestro de obra en razón de que un bien, situado cerca de la obra, ha sido dañado por el trabajo⁽⁶²⁾, está admitiendo implícitamente que el contrato de locación de obra comporta una obligación de seguridad en cuanto a los bienes del otro contratante. Sin embargo, eso no parece muy realista⁽⁶³⁾. Ese tipo de daño es totalmente ajeno al contrato y su reparación debería estar situada en el terreno extracontractual.

Se puede llevar la misma apreciación sobre una decisión que ha admitido la aplicación del régimen contractual de la reparación de un daño causado por un transportista marítimo al muelle del *ferry* que pertenecía a la otra parte del contrato de transporte⁽⁶⁴⁾. En efecto, para vincular ese daño al contrato, hace falta imaginar que el transportista asume, en ejecución de su contrato, una obligación de seguridad en cuanto a los bienes pertenecientes a su contraparte. Ahora bien, tal tipo de obligación no forma parte de ninguna manera del objeto normal del contrato de transporte.

(58) Véase por ejemplo, Civ. 1era 24 de noviembre de 1993, Bull. Civ. I; p. 258, p. 344. Obs. VINEY, G. JCP 1994.I.3773; p. 1.

(59) Véase LAMBERT-FAIVRE, Y. *Fundamento y régimen de la obligación de seguridad*, D. 1994 Chron.; p. 81.

(60) Esta opinión ha sido desarrollada frecuentemente, especialmente por JOURDAIN, P. Es igualmente propuesta por P. RÉMY.

(61) Véase *Las condiciones de la responsabilidad*; pp. 497 y siguientes.

(62) Véase Civ. 3era 9 de octubre de 1991, Bull. Civ. III; p. 234, p. 137, RTD civ. 1992, p. 107. Obs.

JOURDAIN, P. Civ. 2da, 26 de mayo de 1992, Bull. Civ. II, p. 154, p. 75, RTD Civ. 1992, p. 766. Obs.

JOURDAIN, P. Civ. 3era, 8 de marzo de 1995, *Resp. civ. et assur.* 1995, Com. 170, RTD Civ. 1995; p. 636. Obs. JOURDAIN, P.

(63) Véase, en ese sentido, LAPOYADE-DESCHAMPS, C. *¿Responsabilidad contractual o responsabilidad por daños? Defensa por un retorno a las fuentes. Resp. civ. et assur.*, 1992, Ch.; p. 33. VINEY, G. Obs., JCP 1992.I.3625; pp. 16 y 17.

Véase igualmente Ph. BRUN, *Las presunciones en el derecho de la responsabilidad civil*. Th. Grenoble, 1993, (Dactyl); pp.478 y siguientes.

(64) Com. 24 de setiembre de 2003, D. 2004, IR, p. 34, RTD com. 2004; p. 94. Obs. JOURDAIN, P.



Geneviève Viney

3.3. El cuestionamiento de la aplicación del régimen extracontractual a las acciones de responsabilidad entre no contratantes, cuando están basadas exclusivamente en la violación de una obligación contractual

3.3.1. Carácter insatisfactorio de la aplicación del régimen extracontractual de las responsabilidades fundadas exclusivamente en el incumplimiento contractual. Hemos expuesto antes la tendencia jurisprudencial favorable a la extensión de la responsabilidad extracontractual del deudor respecto de terceros lesionados por incumplimiento o el cumplimiento defectuoso de sus obligaciones contractuales⁽⁶⁵⁾. Además, hemos constatado que en adelante los terceros disponen de una acción contra el deudor que, si bien se encuentra fundada en el mismo hecho que aquel en el cual hubiera podido fundarse una acción del acreedor si sufriera el mismo daño, tiene un alcance totalmente diferente.

En efecto, mientras que la acción del acreedor es *contractual*, la de los terceros se encuentra integralmente sometida al régimen *extracontractual*. De ello resulta particularmente que los terceros pueden eventualmente, si el daño es causado por el “hecho de una cosa”, acogerse al principio de responsabilidad de pleno derecho que se apoya en el primer párrafo del artículo 1384 del Código Civil francés, mientras que el acreedor no estaría permitido de hacerlo. Asimismo, eludirían de esta forma los plazos de prescripción especiales limitando eventualmente la acción de los acreedores, así como también las cláusulas restrictivas de responsabilidad o las cláusulas penales previstas en el contrato que no le serían oponibles; y, a su vez, pueden reclamar reparación del daño imprevisible, mientras que el acreedor se encuentra privado de ese derecho por el artículo 1150 del Código Civil.

Esas soluciones, durante mucho tiempo no atrajeron la atención de la doctrina sino solamente bajo el ángulo bien

particular de la desigualdad de trato entre la víctima inmediata y la víctima indirecta de un accidente de transporte. Sin embargo, recientemente han sido objeto de muchas críticas más generales y sistemáticas⁽⁶⁶⁾. Teniendo en cuenta todos los casos en los cuales un *tercero* puede quejarse del incumplimiento de un contrato en el cual no es parte, particularmente en los grupos de contrato, esas obras han vigorosamente denunciado las deformaciones que la intervención de la acción extracontractual es susceptible de llevar al contrato frustrando las previsiones legítimas de las partes y destruyendo a veces el equilibrio de las prestaciones.

Pensamos que efectivamente esas críticas son fundamentadas y que la evolución actual de las relaciones contractuales, son cada vez menos cerradas y cada vez más enredadas, otorgándoles más peso⁽⁶⁷⁾. Asimismo, la evolución jurisprudencial que se produce en el transcurso del año 1980, a propósito de los *grupos de contratos*⁽⁶⁸⁾ demuestra que la Corte de Casación ha tenido la necesidad de tenerlo en cuenta.

Así, la *Haute Juridiction* desde ahora y ya repetidas veces ha apreciado la responsabilidad (que califica no obstante de “extracontractual”) del acreedor frente a un tercero, teniendo en cuenta las disposiciones del contrato, incluso cuando estas no están acordes al régimen extracontractual⁽⁶⁹⁾.

(65) Véase Supra; pp. 209 a 215.

(66) Véase igualmente BERTRAND, F. *La oponibilidad del contrato a terceros*. th. Precitada; pp. 277 y siguientes. HUET, J. *Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual*. Th. precitada, 2da parte. TEYSSIE, B. *Los grupos del contrato*, LGDJ, 1975, pp. 562 y siguientes. NERET, J. *El sub-contrat*. Th. precitada, 2da parte. VINEY, G. *Sub contratación y responsabilidad civil*, en la *Sub contratación de trabajos y de servicios*; pp. 38 y siguientes. ESPAGNON, M. Th. Precitada; p. 43 y 2da parte; pp. 188 y siguientes. BACACHE, M. *La relatividad de las convenciones y de los grupos de contratos en cadena*, Th. Grenoble, 1992.

(67) Véase otra de las obras precitadas, CABRILLAC, M. *Comentarios sobre la teoría general del contrato y las creaciones recientes de la práctica comercial*, *Mezclas Marty*; p. 235.

(68) Véase Supra; p. 189

(69) Véase Supra; p. 215-4 y, en particular, Com. 5 de marzo de 2002, Bull. Civ. IV; p. 49; Civ. 1era, 10 de mayo de 2005, Bull. Civ. I; p. 205; Civ. 3ero, 12 de octubre de 2005, Bull. Civ. III; p. 195.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Hemos igualmente podido constatar, a propósito de la responsabilidad de terceros, que ha contribuido al incumplimiento del contrato, que la aplicación del régimen extracontractual no es siempre satisfactorio, particularmente en la medida que genera obstáculos a las cláusulas del contrato que condicionan la reparación⁽⁷⁰⁾. A partir de esas constataciones, somos llevados a plantear la siguiente pregunta: ¿no sería preferible someter al régimen contractual las acciones fundamentadas exclusivamente en el incumplimiento de una obligación contractual, más aún si ellas son ejecutadas por un tercero contra el deudor o por el acreedor contra un tercero?

El argumento generalmente invocado para refutar la aplicación del régimen contractual a esas acciones es el principio del efecto relativo del contrato establecido en el artículo 1165 del Código Civil francés. Pero las investigaciones doctrinales que han sido hechas a propósito de ese principio⁽⁷¹⁾ han mostrado que no llega sino a dos consecuencias. Al momento de la formación del contrato, este prohíbe a las partes de vincular a terceros y, al momento de la ejecución, este reserva a las partes el derecho de exigir la ejecución.

Por otro lado, no concierne en absoluto el régimen de la responsabilidad. Mientras que, este puede oponerse a la existencia misma de la acción de responsabilidad en la medida en que tal acción esté fundamentada en el incumplimiento, ya que podemos dudar si admitir que un tercero tenga el derecho de basarse en este incumplimiento o que se le reproche de haber participado del incumplimiento, puesto que no es ni acreedor ni deudor en virtud del contrato.

Pero una vez que admitimos que el tercero puede ejercer la acción de responsabilidad o que el acreedor puede actuar contra él en responsabilidad (y hemos visto que hay buenas

razones para admitir esto en ciertos casos, ya que el contrato no debe servir de coartada para dañar impunemente a terceros y debe ser respetado, incluso, por los terceros) el principio del efecto relativo del contrato no tiene entonces ningún título para intervenir en la determinación del régimen de esta acción de responsabilidad.

Dicho de otra manera, el artículo 1165 del Código Civil francés se ha avocado a limitar la responsabilidad en las relaciones entre contratantes y terceros, pero no dice absolutamente nada respecto a cuándo es admisible este régimen de esta responsabilidad cuando ella es admisible.

Ahora bien, paradójicamente hoy en día la jurisprudencia mayoritaria no establece ninguna consecuencia de este artículo 1165 para restringir el ámbito de las acciones de responsabilidad ejecutadas por un tercero o contra un tercero fundadas en el incumplimiento del contrato, pero se apoya en ese texto para someter obligatoriamente esas acciones al régimen extracontractual cuando esta permite precisamente eludir las reglas del contrato. El resultado es que, sin violar formalmente la regla de no acumulación, esta admite soluciones que van directamente contra el objetivo de esta regla. Esta pretende, en efecto, defender el contrato contra la intrusión de las reglas extracontractuales que tienen una tienden a desconocer las previsiones de los contratantes. Sin embargo, eso es lo que se

(70) Véase Supra; p. 208.

(71) Véase WEILL, A. *El principio de la relatividad de las convenciones en el derecho francés*, Th. Strasbourg, 1938; S. CALASTRENG, *La relatividad de las convenciones*, Th. Toulouse, 1939; BATIFFOL, H. *La crisis del contrato y su alcance*, *Arq. fil. derecho* 1968; p. 13; SAVATIER, R. *El pretendido principio del efecto relativo del contrato*, *RTD Civ.* 1934; p. 525; GOUTAL J. L., *Ensayo sobre el principio del efecto relativo del contrato*, Th. Dactyl. Paris II, 1977; GHESTIN, J. JAMIN, C. y M. BILLIAU, *Los efectos del contrato*, 2da edición; pp. 319 y siguientes.; *Los efectos del contrato respecto a terceros: comparación franco-belgas*, bajo la dirección de FONTAINE, M. y J. GHESTIN, LGDJ, Biblioteca de derecho privado; p. 227; DELMAS SAINT-HILAIRE P., *Los terceros del acto jurídico*, pref. J. HAUSER, LGDJ, Biblioteca de derecho privado; p. 333; FLOUR J., J.-L. AUBERT y E. SAYAUX, *Derecho civil, Las obligaciones, 1.-El acto jurídico*, 12ma edición, Armand Colin; pp. 422 y siguientes.



Geneviève Viney

hace cuando se admite por ejemplo que los terceros puedan acogerse al incumplimiento del contrato para fundamentar su acción de responsabilidad contra el deudor, permitiéndose someter esta acción al régimen extracontractual.

¿Cómo reaccionar ante esta situación paradójica?

3.3.2. Las posibles reacciones

A priori, parecería lógico admitir que toda acción fundamentada en la violación de una obligación contractual debe ser sometida al régimen contractual, sin distinguir entre aquellas que son ejercidas entre contratantes o entre uno de los contratantes y un tercero.

No obstante, debe tenerse en cuenta el hecho de que la violación de la obligación contractual puede perfectamente ir acompañada de una culpa extracontractual. En ese caso, no existe, como hemos visto⁽⁷²⁾, alguna razón seria para no dejar al demandante elegir entre la acción contractual y la acción extracontractual, a condición de que esa elección sea asumida totalmente, es decir, que el demandante se adhiera a la aplicación integral del régimen que ha escogido.

La hipótesis de una culpa extracontractual concomitante de la violación de una obligación contractual puede presentarse cuando el acreedor contractual actúa contra un tercero que haya participado, con sus hechos, en la violación de un contrato. Particularmente, en las relaciones comerciales ocurre que el tercero que genera obstáculos a la ejecución de un contrato de distribución integrado cometa un acto de competencia desleal o ilícita.

Pero esta coexistencia de un incumplimiento contractual con un hecho generador de responsabilidad extracontractual es todavía más frecuente cuando es un tercero que se fundamenta en la violación de un contrato respecto del cual es ajeno, para demandar reparación al deudor contractual. En efecto, se sabe que las obligaciones que han sido incorporadas al contrato, como por ejemplo, la obligación de seguridad y ciertas obligaciones de información, traducen en realidad deberes de alcance general, de manera que

desconocerlas, incluso si el contrato no hubiese sido concluido, podría dar lugar a una responsabilidad del deudor, en aplicación de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés. Ahora bien, en esa hipótesis, el mantenimiento de la acción extracontractual no es de ninguna manera chocante⁽⁷³⁾ y nada se opone, por lo tanto, a que el demandante pueda optar entre la acción contractual y la acción extracontractual⁽⁷⁴⁾.

Por otro lado, cuando el tercero que es víctima se apoya únicamente en el incumplimiento de una obligación estrictamente contractual, es decir, una obligación cuya fuente es exclusivamente en el contrato, parece entonces normal y necesario imponerle el respeto al contrato.

Dicho de otra manera, pensamos que, en principio, la acción fundamentada exclusivamente en el incumplimiento específicamente contractual debe ser sometida al régimen contractual, incluso, si es un tercero quien la ejerce o contra quien se ejerce. Pero, cuando el incumplimiento contractual funciona como un hecho que es susceptible de engendrar una responsabilidad extracontractual o se identifica con tal hecho, conviene dejar al demandante la elección del régimen que desea que se aplique.

3.4. La necesidad de ampliar los poderes del juez en aplicación de la distinción

3.4.1. El juez debe procurar que la distinción no perjudique la buena administración de la justicia. Cualesquiera que sean las adaptaciones que puedan hacerse para la delimitación de las áreas respectivas de las responsabilidades contractual y extracontractual, es ilusorio

(72) Véase Supra; p. 239.

(73) Véase CA Orleans, 10 de setiembre de 2001, JCP 2002.II.10193, nota B. Daille-Duclos que ha apreciado la responsabilidad de la Seita cara a cara de los consumidores sobre el terreno extracontractual.

(74) Véase Supra; p. 239.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

pensar que se pueden evitar todas las dificultades. Mientras existan diferencias entre los dos regímenes (y hemos visto que algunas de estas diferencias no pueden ser totalmente suprimidas) es inevitable que se discuta la calificación de la responsabilidad y que, en consecuencia, el rol del juez siga siendo importante en la materia.

Esta es la razón por la cual nos parece esencial que los tribunales muestren tanto iniciativa como flexibilidad a fin de impedir al máximo las maniobras dilatorias y de corregir las torpezas eventualmente cometidas por una de las partes y explotadas por la otra. Desde esta perspectiva, se puede desear ciertos cambios de la posición actual de los tribunales.

En primer lugar, parece necesario que, cuando se comprueba que una demanda ha sido fundamentada erróneamente en los principios de la responsabilidad extracontractual y su materia corresponde al ámbito contractual, los jueces no utilicen sistemáticamente la regla de *no acumulación* para tener en jaque esta pretensión, sino que lo hagan sólo después de haber verificado que, en el caso concreto, la aplicación de las reglas extracontractuales es susceptible de afectar efectivamente el contrato. Sucede que las reglas de la responsabilidad extracontractual y aquellas de la responsabilidad contractual sean equivalentes en relación al problema planteado y que la aplicación de uno o de otro de esos dos regímenes sea indiferente para la solución del litigio. Por ejemplo, si el deudor de una obligación contractual de resultado es asignado o incluso condenado por error sobre la base del primer párrafo del artículo 1384 del Código Civil francés, pero las reglas del contrato son susceptibles de justificar también esta sentencia, no se ve verdaderamente por qué debería ser censurada⁽⁷⁵⁾. Lo mismo ocurre cuando la culpa ha sido comprobada pero la sentencia ha sido pronunciada erróneamente sobre la base del artículo 1382 de este Código Civil, cuando debieron haberse aplicado las reglas contractuales; o cuando el titular es sentenciado por hecho de su asistente bajo el

fundamento del quinto párrafo de este artículo 1384, cuando la actividad del asistente se sitúa en el campo contractual, habiendo el asistente, por hecho propio, provocado el incumplimiento de la obligación contratada por el titular. En efecto, la regla de la *no acumulación* no debería ser aplicada en tales hipótesis que obstaculizan la responsabilidad, puesto que esta responsabilidad puede ser también debidamente justificada en el terreno contractual.

Dicho de otra manera, antes de rechazar una demanda o de censurar una sentencia fundada erróneamente en los principios de la responsabilidad extracontractual, cuando se comprueba que son los principios de la responsabilidad contractual los que hubieran debido aplicarse, los jueces deberían siempre verificar que la aplicación de las reglas extracontractuales vulneran lo previsto en el contrato. Es cierto que ciertas sentencias parecen concentrarse en esta interpretación flexible⁽⁷⁶⁾, pero son muy escasas⁽⁷⁷⁾.

Por otro lado, los jueces deberían hacer todo lo posible para que esta *regla de no acumulación* retarde lo menos posible la resolución del fondo del litigio. En particular, cuando constatan que el fundamento escogido para apoyar la acción es inadecuado, no deberían contentarse con declarar la inadmisibilidad de la demanda, sino darse el trabajo, después de haber exigido las explicaciones de las partes⁽⁷⁸⁾, de recalificar correctamente los hechos y de establecer sobre el fondo, basándose en los textos realmente aplicables, siempre que dispongan

(75) Véase, en ese sentido, Civ. 1era, 4 de enero de 1995, D. 1995, IR; p. 529, JCP G IV 528 y obs. VINEY, G. JCP G. 1995.I.3853; p. 3.

(76) Véase, por ejemplo, Civ. 2da, 3 de marzo 1993, *Bull. Civ.* II; p. 87, p. 47; Civ. 1era, 4 de enero de 1995, JCP IV; p. 528.

(77) Véase por ejemplo de la aplicación rígida de la regla de no acumular, mientras que la aplicación del régimen de daños no modifica, parece, la solución que habría estado igualmente justificado sobre el terreno contractual, Civ. 2da, 13 de julio de 2006, JCP 2006, JCP 2006.II.10169, nota BRUSORIO, M.

(78) Eso que puede hacer en aplicación del artículo 12 del Nuevo Código de procedimiento civil.



Geneviève Viney

de las pruebas necesarias para hacerlo⁽⁷⁹⁾. La posición neutral sugerida por ciertos autores⁽⁸⁰⁾ corre el riesgo en efecto de permitir al demandado jugar con la distinción para fines puramente dilatorios, a pesar de que el tribunal pueda tener en sus manos los elementos suficientes para zanjar el litigio. En cambio, si el juez acepta ejecutar plenamente los poderes que la ley le reconoce, podrá incluso sin ningún peligro invocar de oficio el argumento de la regla de *no acumulación de las responsabilidades contractuales y extracontractuales* en el caso en que el demandado no lo haga⁽⁸¹⁾, ya que esta no lo dispensará entonces de pronunciarse sobre el fondo, sobre la base de los principios de la responsabilidad contractual.

Finalmente, nosotros pensamos que sería bueno que la Corte de Casación utilice ampliamente la facultad que esta se reconoce de sustituir de oficio el fundamento extracontractual erróneamente admitido por los jueces de primera instancia por el fundamento contractual susceptible de justificar la solución admitida⁽⁸²⁾, a fin de evitar que una simple torpeza de redacción no otorgue a la parte que tiene interés en ello, un modo de destruir una decisión justificada en el fondo.

De manera general, parece que, en la aplicación de una distinción como aquella que se examina en este caso, el juez debe dejarse guiar por cierto pragmatismo. Si le incumbe en efecto velar porque los principios jurídicos no sean mal utilizados, hace falta igualmente tomar todas las precauciones para evitar que no sean utilizados abusivamente por una de las partes a fin de eludir o de retardar la solución ordenada por las reglas de fondo. El respeto de una clasificación, por más justificada que ésta se encuentre, también sea esta justificada, no debería jamás, en nuestra opinión, convertirse en un obstáculo para el logro de la misión esencial del juez que consiste en hacer justicia a los litigantes, es decir, cuando

se trata de una acción de responsabilidad civil, tiene que examinar los derechos de la víctima y las obligaciones del autor del daño⁽⁸³⁾.

Asimismo, uno puede preguntarse si, incluso manejada con precaución, la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual amerita realmente ser aplicada a todas las acciones de responsabilidad civil y si no existen situaciones que sean preferibles de sustraer la alternativa entre la aplicación del régimen contractual y aquel de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés.

4. Estudio crítico del lugar que ocupa la distinción entre las responsabilidades contractual y extracontractual

4.1. El reconocimiento de la característica de *summa divisio*

La doctrina, que sobre ese punto, no ha variado jamás, siempre ha presentado la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual como una *summa divisio* del derecho de la responsabilidad, es decir, como una clasificación apta para aprehender el conjunto de las hipótesis que pueden dar lugar a una obligación por responsabilidad. Esta entonces ha admitido siempre, como algo que se deriva por sí mismo, que toda acción de responsabilidad debe necesariamente entrar en una de las dos categorías tradicionalmente

(79) Nosotros hemos visto *Supra*; p. 228, que el artículo 12 del Nuevo Código de procedimiento civil proporciona un argumento en ese sentido. Véase igualmente CORNU, G. *Observaciones sobre el Título III del Libro III del Código Civil*, Curso de Derecho. Paris, 1977; pp. 140 y 141.

(80) Véase especialmente MARTIN, R. *El hecho y el derecho o las partes y el juez*, JCP 1974.I.2625, WIEDERKEHR, G. *Derecho de la defensa y el procedimiento civil*, D. 1978, Chron.; p. 36.

(81) Véase, sobre la posición de la jurisprudencia en este tema, *Supra*, p. 229.

(82) Véase especialmente Civ. 2da, 9 de enero de 1963, Bull. Civ. II; p. 32, p. 25. Civ. 1da, 4 de enero de 1995, JCP 1995.IV.528. Véase igualmente las observaciones de VINEY, G. JCP 1993.I.3727; p. 6.

(83) Véase VINEY, G. *Por una interpretación moderada y razonable del rechazo a la opción entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual* (artículo 1148 inciso 2 del CC de Québec). En: *Revista de Derecho*. Mc. Gill, 1994; p. 813 y siguientes.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

opuestas, mientras que la existencia de regímenes autónomos o mixtos no han sido siquiera imaginados.

Cuando leemos los principales estudios dedicados a esa distinción⁽⁸⁴⁾ tomando cierta distancia con respecto a ese postulado, medimos fácilmente hasta qué punto este postulado ha influenciado (podríamos también decir “tiranizado”), el razonamiento de los juristas que se cree son obligados, por respetar esa parte dual tomada, de someter todos los casos posibles de responsabilidad a una o a otra calificación, aún a costa de artimañas evidentes.

Hasta el día de hoy, es la categoría de los *delitos* y *cuasi delitos* que se vio reconocida como la categoría más general, habiendo sido designada como susceptible de englobar toda situación no contractual⁽⁸⁵⁾. Es entonces la que ha incrementado las deformaciones más manifiestas que en principio han sido muy oportunamente denunciadas⁽⁸⁶⁾.

Pero parece que es en realidad la concepción rigurosamente dualista, profesada hasta el día de hoy como una evidencia, que amerita de ser replanteada⁽⁸⁷⁾. En primer lugar, se puede constatar que esta no corresponde de ninguna manera a la clasificación de las fuentes de obligaciones más generalmente admitidas que tienen un lugar distinto, al costado del “*contrato*”

y del *delito* y del *cuasi contrato* y a la de la *ley*⁽⁸⁸⁾. Asimismo, esta tiende a forzar la oposición entre las disposiciones de los artículos 1382 al 1386 de un lado, y 1146 al 1155 del Código Civil francés, del otro, que se encuentran lejos de ser radicalmente incompatibles entre sí⁽⁸⁹⁾. Y sobre todo, esta oposición desconoce la realidad de los hechos ya que existen situaciones también artificiales vinculadas al *contrato* que al *delito*.

Por ejemplo, ha sido sostenido que la reparación de los daños sufridos por el que ofrece ayuda de buena fe con motivo de un gesto desinteresado no se acomoda mejor a la aplicación integral del régimen de la responsabilidad contractual que de aquel de la responsabilidad extracontractual, el fundamento jurídico más apropiado a esta hipótesis estando el cuasi contrato de gestión de negocios⁽⁹⁰⁾. Igualmente, a propósito de los sorteos, la Corte de Casación ha descartado tanto los principios de la responsabilidad extracontractual como las reglas del contrato en beneficio de la admisión de una nueva del cuasi contrato⁽⁹¹⁾.

(84) Véase especialmente, entre las obras precitadas, MEIGNIE, M. *Essai de une délimitation de los dominios de la responsabilidad contractual y extracontractual*. Lille, 1924. VAN RYN, J. *Responsabilidad aquiliana y contrato de derecho positivo*, 1993. A. BRUN, *Informes y dominios de la responsabilidad contractual y extracontractual*, 1930. HUET, J. *Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual (Ensayo de delimitaciones entre los dos órdenes de responsabilidad)*, Th. Paris II, 1978.

(85) Véase Supra; pp. 190-215.

(86) HUET, J. Th. precitada.

(87) Véase ESPAGNONG, M. Th. Precitada; p. 175. SERLOOTEN, P. *¿Hacia una responsabilidad profesional?, Mezclas Hébraud*; p. 805 y siguientes.

(88) PLANIOL-RIPERT, Tomo VI por EMEIN P., *Obligaciones*; p. 7. CARBONNIER, J. *Las obligaciones*, ed. 1994 § 10. G. MARTY y P. RAYNAUD, *Las obligaciones*. 2da edición; p. 15. B. STARCK, H. ROLAND y L. BOYER, *Obligaciones* 1; p. 3. MAZEAUD, H. L. y F. CHABAS, *Lecciones de derecho civil. Obligaciones, Teoría general*. 8va edición; p. 45.

(89) Es por ejemplo, fluidamente admitido hoy en día que el artículo 1151 que excluye la reparación del daño *indirecto*, a propósito de la responsabilidad extracontractual, una regla donde el alcance es general y se aplica igualmente en materia extracontractual.

Asimismo, mientras que los artículos 1382 a 1386 enumeran ciertas causas de responsabilidad, los artículos 1146 y siguientes tratan al régimen de daños-intereses (por tanto los efectos de la responsabilidad civil); no hay, en consecuencia, una sola antinomia entre esas dos series de disposiciones que no tienen el mismo objeto y que podemos perfectamente concebir que uno de los hechos referidos por los artículos 1382 a 1386 engendran una deuda de daños-intereses que será sumisa al estado fijado por los artículos 1146 a 1155.

(90) BOUT, R. *La convención dicta “de asistencia”*, *Estudios a P. KAYSER*; pp. 157 y siguientes.

(91) Véase Supra; p. 193-1.



Geneviève Viney

Además, la insatisfacción con respecto a la distinción radical entre régimen contractual y régimen extracontractual es experimentada igualmente en el extranjero. Es esta la que permite el nacimiento por ejemplo, en Alemania y en Suiza, de la noción de la *responsabilidad fundada en la confianza* que precisamente abriría una tercera vía entre el régimen extracontractual y el régimen contractual⁽⁹²⁾.

Los casos en los cuales la distinción resulta particularmente inoportuna.

Es a propósito de las situaciones que dan lugar a una imbricación estrecha de las relaciones contractuales y extracontractuales que el paso consistente en querer vincular a toda costa cada acción de responsabilidad a uno de los dos regímenes, ha conducido a resultados criticables, al punto de que la distinción se ha visto removida. En particular, se puede señalar el caso de responsabilidad por *problemas o inconvenientes anormales o excesivos de vecindad* que es en principio considerado como *extracontractual* ya que los vecinos no están generalmente vinculados entre ellos por un contrato destinado a organizar sus relaciones de vecindad⁽⁹³⁾. Ahora bien, aunque esta calificación puede parecer *a priori* puramente teórica, el régimen desarrollado por la jurisprudencia respecto de la carga del autor de los “problemas” es completamente particular y no tiene nada que ver con los artículos 1382 al 1386 del Código Civil francés⁽⁹⁴⁾, los cuales algunas veces acarrear consecuencias lamentables, en particular el de ser un obstáculo a la aplicación de esa responsabilidad principal en las relaciones entre copropietarios vecinos, vinculados por un reglamento de copropiedad donde ciertas cláusulas reglamentan las relaciones de vecindad.

En efecto, la regla de *no acumulación* de las responsabilidades contractual y extracontractual se opone, como sabemos, a que las reglas extracontractuales intervengan en el área reservada a la responsabilidad contractual⁽⁹⁵⁾. La solución sería, a decir verdad, bastante sorprendente y muy desfavorable a los copropietarios que se encontrarían así privados de un régimen de indemnización particularmente ventajoso en beneficio de todas las otras víctimas de un daño de esta naturaleza. Asimismo, la Corte de Casación ha rechazado admitirla⁽⁹⁶⁾. Pero la *Haute Juridiction*, por lo mismo, ha planteado la pregunta de saber si “al lado de dos categorías de responsabilidad, contractual y extracontractual (...), no existiría una tercera categoría”⁽⁹⁷⁾. Esta eventualidad, que suscita generalmente reticencias⁽⁹⁸⁾, nos parece, perfectamente posible.

Y lo que refuerza esta convicción es que la creación de regímenes mixtos aplicables a las acciones de responsabilidad planteadas tanto por la contraparte como por terceros nos parece a corto plazo inevitable en el vasto campo de las responsabilidades profesionales. En este caso, en efecto, la aplicación rigurosa de la distinción tradicional conlleva anomalías particularmente graves⁽⁹⁹⁾. Estas se deben esencialmente al hecho de que el incumplimiento de una obligación profesional genera muy frecuentemente consecuencias

(92) Véase *La responsabilidad fundada en la confianza*, obra colectiva bajo la dirección de JAPPUIS, C. y WINIGER, B. Zurich: Schulthess, 2001; en particular, p. 35.

(93) Véase obs. Durry, G. RTD Civ.; p. 773. Véase igualmente ESPAGNON, M. Th. Precitada; pp. 110- 112.

(94) Véase *Infra*, 2do volumen.

(95) Véase *Supra*; pp. 216 y siguientes.

(96) Véase Civ. 3era, 20 de febrero de 1973, Gaz. Pal. 1973. I.; p. 471, nota MORAN; Bull. Civ., 1973, III, p. 138, p. 99. Véase igualmente Ch. LARROUMET, nota D. 1976; p. 546 y DURRY, G. *Obligaciones*, RTD Civ. 1977; p.132.

(97) DURRY, G. Obs., precitadas, *Rev. trim.* 1977; p. 132.

(98) DURRY, G. *Ibid.*

(99) Véase especialmente, sobre este tema, TUNC, A. *Enciclopedia Internacional de derecho comparado*. Volumen XI, *Torts*, Cap. I; p. 44 y del mismo autor, *La responsabilidad civil*, Económica; p. 44. ESPAGNON, M. Th. Precitada; pp. 121 y siguientes. LAMBERT-FAIVRE Y. *Seguros de las empresas y de las profesiones*, Précis Dalloz, 1979; pp. 925-928. SERLOOTEN, P. *¿Hacia una responsabilidad profesional? Mezclas Hébraud*; pp. 805 y siguientes.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

perjudiciales que alcanzan tanto al cliente con quien el profesional está vinculado por contrato como también a *terceros* (usuarios que no son clientes directos, víctimas de accidentes). Ahora bien, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual va a justificar la aplicación a esos *terceros* de un régimen sensiblemente diferente de aquel que es aplicado al contratante del servicio, a pesar de que factualmente la identidad de la víctima no depende sino del azar y no ameritaría generalmente influenciar ni el tratamiento aplicado al demandado ni la indemnización acordada a la persona lesionada.

Para ilustrar esta crítica, basta con mencionar algunos ejemplos. Tomemos, primero, el caso de un constructor de un inmueble o de un fabricante de objetos mobiliarios corporales. El régimen de responsabilidad contractual aplicable a esos profesionales por los daños causados por el vicio de la cosa después de su entrega, es muy particular. El constructor tiene una responsabilidad de pleno derecho, sometida al plazo de prescripción específico (lo más frecuente, de diez años o de dos años) y que, en los casos donde el asunto es sometido a la aplicación de la ley del 4 de enero de 1978, es enteramente de orden público. El fabricante y el vendedor profesional están igualmente sujetos a un régimen de garantía de vicios, original también en cuanto al *plazo* en el cual la acción debe ser interpuesta (artículo 1648 del Código Civil) como en cuanto a la definición del hecho generador de la responsabilidad y al estatuto de las cláusulas limitativas de garantía. Ahora bien, la existencia de la distinción entre la responsabilidad contractual y extracontractual implica esta curiosa consecuencia que la aplicación de ese régimen de responsabilidad, cuyo particularismo no se puede justificar sino por la preocupación de tomar en consideración la situación de esos profesionales y de asegurar una indemnización justa a las víctimas de los daños causados por el incumplimiento de sus obligaciones, va a depender de puro azar: si el vicio de la cosa provoca un accidente que afecta al comprador del producto o al maestro de obra personalmente, se aplicará el régimen específico de la responsabilidad contractual.

Pero, en cambio, si ese mismo accidente afecta a un tercero (por ejemplo un ocupante o un vecino del inmueble,

un miembro de la familia del comprador) la responsabilidad sería entonces extracontractual, lo que implicaría la aplicación de un régimen totalmente diferente tanto respecto al plazo de prescripción (que será normalmente treinta años), como respecto a la definición del hecho generador de la responsabilidad (que se apreciará por referencia a los artículos 1382 y 1384 del Código Civil francés), también respecto de la amplitud de la reparación que no estará limitada por la aplicación del artículo 1150 del Código Civil, etcétera.

Es bien evidente; sin embargo, que en esas dos hipótesis, los datos del problema de la responsabilidad son exactamente los mismos y que no hay razón lógica alguna para aplicar soluciones diferentes según que la víctima tenga una relación contractual con el profesional o con un tercero. Asimismo, sobre el plano práctico, la imposibilidad de prever por adelantado el régimen que será aplicable a la responsabilidad es un factor de inseguridad que puede perturbar gravemente al profesional, particularmente con relación a tomar un seguro eficaz o para evaluar los costos de producción permitiendo calcular esos precios. Ahora bien, esta incertidumbre se traducirá casi con toda seguridad en aumentos que repercuten en el consumidor.

Otro ejemplo de los inconvenientes de la dualidad de regímenes de la responsabilidad aplicable a los profesionales, lo proporcionan las profesiones médicas. Se sabe que antes de la entrada en vigencia de la ley del 4 de marzo de 2002 la jurisprudencia había admitido el carácter contractual del acuerdo que une al médico con su paciente y, por consiguiente, de la responsabilidad incurrida en caso de falta cometida sea al practicar el diagnóstico o al establecer el tratamiento o al practicar la operación⁽¹⁰⁰⁾. Pero, en lo que concierne

(100) Civ. 20 de mayo de 1936, D.P. 1936, I; p. 88, concl. MATTER. Ensayo JOSSERAND, nota E.P., S. 1937; p. 321; Gaz. Pal. 1936. 2. 41, concl. MATTER; RGAT 1936; p. 804.



Geneviève Viney

a las víctimas por “rebote”, en tanto que ellas no han, por hipótesis, contratado con el médico y que la jurisprudencia no les ha reconocido jamás el beneficio de una estipulación tácita en favor de tercero como lo ha hecho en el contrato de transporte⁽¹⁰¹⁾, su acción se encontraba situada en el terreno extracontractual⁽¹⁰²⁾. Igualmente, cuando el médico había sido llevado a dispensar cuidados de urgencia a un enfermo en estado de inconsciencia sin haber obtenido su acuerdo ni el de su familia⁽¹⁰³⁾ o cuando no había sido elegido ni aceptado por el paciente (como ocurre frecuentemente con los miembros del equipo quirúrgico que son generalmente designados por el responsable de la operación⁽¹⁰⁴⁾, su responsabilidad resultaba extracontractual. Finalmente, se admite que no había contrato entre el médico hospitalario y el paciente. Era entonces muy frecuente que la actividad médica estuviese situada fuera del marco contractual.

¿Significa esto, que tal circunstancia era capaz de ejercer una influencia cualquiera sobre las condiciones y el alcance de la responsabilidad del médico? El sentido común más elemental conduce a responder negativamente. Y; sin embargo, la intervención de la distinción entre las responsabilidades contractual y extracontractual podía llevar, por ejemplo, a la víctima no contratante a pedir la aplicación del primer párrafo del artículo 1384, a pesar de que ese medio se negaba al contratante del servicio médico⁽¹⁰⁵⁾. Agreguemos que la distinción entre las responsabilidades contractual y extracontractual determinaba igualmente en ese caso, la aplicación o el rechazo del principio establecido por el artículo 1150 del Código Civil francés sobre la reparación del

daño imprevisible, que además influenciaba la elección de la jurisdicción competente, etcétera. Esas diferencias eran injustificables. Por otra parte, podemos razonablemente decir que la ley del 4 de marzo de 2002 relativa a los derechos de los enfermos y de la calidad del sistema de salud ha terminado con este problema, creando un régimen uniforme en beneficio de todas las víctimas de daños médicos⁽¹⁰⁶⁾. Es deseable que la jurisprudencia confirme ese cambio.

Nos parece entonces necesario llegar a la idea de que la responsabilidad, que resulta del incumplimiento de las obligaciones profesionales, debe estar en principio sometida al mismo régimen cuando el daño alcanza a la contraparte contractual directa o un tercero.

4.2. La inadaptación del régimen contractual y del régimen extracontractual a las responsabilidades profesionales

¿Pero, se dirá que ese régimen único debe ser acondicionado según qué modelo? ¿Debe este inspirarse en las reglas extracontractuales o en las normas que se refieren al régimen contractual?

Ahora bien, es precisamente esta alternativa que nosotros no admitimos. Pensamos en

(101) Véase Supra; p. 188.

(102) Véase PENNEAY, J. *La responsabilidad médica*. Sirey, 1977; p. 25.

(103) Véase PENNEAU, J. *Op. cit.*; p. 26.

(104) Véase especialmente Civ. 1era 20 de febrero de 1979, JCP 1979.IV.145. Véase PENNEAU, J. *Op.cit.*; p. 27. Este autor piensa, no obstante, que será posible admitir aquí la responsabilidad contractual sobre el fundamento de una estipulación por otro. Nosotros objetamos quizás que la obligación tácita de información no pueda existir que en el marco de un contrato. Pero es inexacto. Esta obligación existe, en nuestra opinión, cada vez que el paciente se encuentra en estado de recibir la información, que está o no en el contrato. No está descartado que por la urgencia. Véase *Infra, La responsabilidad civil*. Volumen II.

(105) Es minoritaria la posición adoptada por la jurisprudencia civil desde la cancelación del principio del 20 de mayo de 1936, precitada, D.P. 1936.I.88.

La jurisprudencia criminal aplicada, en revancha, antes de la reforma del 23 de diciembre de 1980 a la acción civil ejecutada accesoriamente a la acción pública, el retraso de prescripción impuesta por este.

Véase sobre la construcción del problema, MULLER, M. *La inexecución penal reprehensible del contrato*. Th. Paris II, 1977 (Dactyl); en particular pp. 127 y siguientes.

(106) DREIFUSS-NETTER, V. F. *¿Es tardía la responsabilidad contractual del médico?*, *Rev. civ. et assur*, Chron, 2002; p. 17.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

efecto que hace falta orientarse francamente hacia un régimen autónomo⁽¹⁰⁷⁾, ya que ni las reglas que forman el derecho común de la responsabilidad contractual ni aquellas que resultan de los artículos 1382 y siguientes del Código Civil francés nos parecen convenir totalmente a la sanción de las obligaciones profesionales.

Al régimen de derecho común de la responsabilidad contractual se le puede reprochar particularmente el hecho de no tener en cuenta suficientemente la situación de desigualdad que existe frecuentemente entre el profesional y los consumidores particulares de bienes y servicios.

Por ejemplo, el principio de la validez de las cláusulas limitativas de responsabilidad que se admiten en materia contractual corre el riesgo, si es aceptado sin restricción, de ser utilizado abusivamente por el profesional, quien tiene generalmente a su cargo el control de la redacción del contrato que suscribirá con una contraparte no profesional. Y, de hecho, ese peligro se ha hecho sentir, al punto que la jurisprudencia y el legislador han aportado a ese principio numerosas exclusiones que conciernen precisamente a casos de responsabilidad profesional. Debemos señalar particularmente que las cláusulas que limitan la garantía de los vicios ocultos en los contratos de venta aceptados por profesionales, han sido espontáneamente anuladas por los tribunales⁽¹⁰⁸⁾ y que esta jurisprudencia ha sido confirmada por los textos.

En efecto, por aplicación del artículo 35 de la ley del 10 de enero de 1978 relativa a la información y a la protección de los consumidores de productos y de servicios que ha otorgado a la Administración un poder muy general de interdicción de las cláusulas llamadas “abusivas”, particularmente de aquellas que tienden a limitar la responsabilidad de los profesionales, cuando estas son impuestas por estos a los particulares, un decreto del 24 de marzo de 1978 ha sido promulgado,

cuyo artículo 2 dispone: “En los contratos de venta concluidos entre profesionales, de una parte, y no profesionales, de otra parte, o con consumidores, se prohíbe como “abusiva” (en el sentido del párrafo 1 del artículo 35 de la ley citada) la cláusula que tenga por objeto o por efecto suprimir o reducir el derecho a la reparación del no profesional o consumidor en caso de incumplimiento por el profesional a una cualquiera de sus obligaciones”⁽¹⁰⁹⁾.

Ese texto atribuye entonces un verdadero carácter de orden público a las obligaciones que asume el vendedor profesional respecto del comprador no profesional. Esas obligaciones son, parecería, todas las que enumeran los artículos 1602 al 1649 del Código Civil (liberación, garantía contra evicción, garantía por vicios ocultos, etcétera).

Una evolución análoga se ha producido igualmente en la garantía debida por los constructores profesionales al maestro de obra. Aquí, todavía, es la jurisprudencia la que ha tomado la iniciativa de anular las cláusulas que excluyen esta garantía⁽¹¹⁰⁾, y el legislador ha intervenido después para confirmar y reforzar esta interdicción, puesto que el nuevo artículo 1791-5 del Código Civil francés, que es resultado de la ley 4 de enero de 1978 para reformar la responsabilidad del seguro en el campo de la construcción, dispone que “toda cláusula de un contrato que tenga por objeto sea excluir, sea limitar, la responsabilidad” de los constructores, tal como la establece la nueva ley, es “reputada no escrita”⁽¹¹¹⁾.

(107) Véase en el mismo sentido, SERLOOTEN, P. *¿Hacia una responsabilidad profesional?*, *Mezclas Hébraud*; p. 805 y siguientes.

(108) Véase especialmente Req., 5 de junio de 1929, *Gaz. Pal.* 1929. 2; p. 433 y otros casos citados por GHESTIN, J. en *La responsabilidad de los fabricantes y distribuidores*, *Económica*, 1975; p. 44. MALINVAUD, P. *La responsabilidad civil del fabricante en el derecho francés*, *Gaz. Pal.* 1973. 2; pp. 463 y siguientes.

(109) Véase GHESTIN J. y DESCHE, B. *Tratado de los contratos, La venta*; pp. 972 y siguientes.

(110) Civ., 7 de mayo de 1971, JCP 1072.II.16992, nota LIET-VEAUX. Este caso ha decidido que la garantía decenal resultante de los artículos 1792 y 2270 del Código Civil no puede estar descartado, pero que puede ser válidamente limitada o construida por convención.

(111) Véase sobre este problema, BOUBLI, B. *La responsabilidad y el seguro de los arquitectos, contratista y otros constructores*, 1991; pp. 362 y siguientes



Geneviève Viney

Finalmente, se puede resaltar que, en materia de transporte, numerosos textos han promulgado disposiciones más o menos prohibitivas con respecto a las restricciones convencionales de la responsabilidad de los transportistas⁽¹¹²⁾.

La necesidad de proteger a los particulares, consumidores de bienes y servicios, contra los profesionales ha conducido así a imponer limitaciones muy importantes respecto de la validez de las cláusulas de no responsabilidad o de limitación de responsabilidad estipuladas por los profesionales responsables.

De manera más general, además, parece imposible dejar bajo el imperio de la libertad contractual la definición misma de las obligaciones profesionales. Estas interesan en efecto demasiado directamente el interés general para que se pretenda con ellas evadir la influencia del *orden público* que no deja de extenderse en ese dominio⁽¹¹³⁾. El régimen de la responsabilidad contractual de derecho común, en principio diseñado para asegurar el respeto de las obligaciones de origen voluntario, parece entonces mal adaptado para establecer ese régimen imperativo⁽¹¹⁴⁾.

Pero eso no quiere decir que el derecho común de la responsabilidad extracontractual le sea mejor para solucionar el problema. Basta con imaginar, por ejemplo, las consecuencias de una eventual extensión a todas las

actividades profesionales del principio general de “responsabilidad por hecho de las cosas”, que resulta del artículo 1384, párrafo 1⁽¹¹⁵⁾, para tener dudas a este respecto. Y si se observan las cosas desde el lado de la “responsabilidad por hecho de tercero”, percibimos por el contrario que la aplicación del quinto párrafo del artículo 1384 sería muy insuficiente en este campo, siendo evidente la necesidad de un principio general de responsabilidad derivada del hecho de auxiliares y de sustitutos⁽¹¹⁶⁾.

Nos parece entonces necesario que no nos encerremos dentro de un falso dilema que no podría conducir sino a soluciones insuficientes. Nada impone realmente el sometimiento de las responsabilidades profesionales en bloque sea al régimen contractual, sea al régimen extracontractual⁽¹¹⁷⁾. Lo que conviene hacer, es crear regímenes autónomos adaptados a las actividades contempladas⁽¹¹⁸⁾.

4.3. La tendencia del derecho positivo a abandonar la distinción

La jurisprudencia también ha trabajado desde ya en ese sentido. Ha sido, por

(112) Por el transporte terrestre, se trata del artículo 103 del Código de comercio modificado por la ley Rabier de 1905 concerniente al transporte de mercancías, de la C.I.V. de Berne y de la C.V.R. de Ginebra en lo que concierne los transportes internacionales de pasajeros.

Por el transporte aéreo, convención de Varsovia de 1929 y la ley del 2 de marzo de 1957.

Por el transporte marítimo, convención de Bruselas de 1961 y la ley del 18 de junio de 1966, artículos 29 y 33.

(113) RIPERT, G. *El orden público y la libertad contractual, Mezclas Gény*. Tomo II; pp. 347 y siguientes. RJAT, *El orden público económico*, LGDJ, 1963. SAVATIER, R. *El orden público desestabilizado (de la autonomía de la voluntad del dirigismo contractual)*, JCP 1979.I.2952. RAYNAUD, P. *El orden público económico*, Curso de Derecho París, 1965-1966. COUTURIER, G. *El orden público de protección, buenas y malas de una vieja noción nueva, Mezclas Flour*, p. 95. GHESTIN, J. *La formación del contrato*. 3era edición; pp. 104 y siguientes.

(114) VINEY, G. nota, JCP 1979.II.19139.

(115) Son de intervención eventual en la apreciación de la responsabilidad de los médicos, cirujanos y anestelistas, parecido por ejemplo difícilmente admisible.

(116) Lo constatamos por ejemplo en lo que concierne a la responsabilidad de los clérigos de hecho de los notarios (que no son necesariamente asistentes), de los colaboradores de hecho de los abogados, de los asistentes o reemplazantes de hecho de los médicos, etc.

Véase *Infra*, La responsabilidad civil. Volumen II.

(117) Y nos parece satisfactorio no dar más a la víctima una opción entre el régimen contractual y el régimen extracontractual como propuso Savatier, M. Jean en su tesis, *La profesión liberal. Estudio jurídico y práctico*. Poitiers, 1947; pp. 323 y siguientes. Se trataba en efecto de una elección entre dos malas soluciones.

(118) Véase especialmente, en ese sentido, por la responsabilidad del médico. SAVATIER, R. nota, JCP 1952.II.12924. F. ALT-

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

ejemplo, sólidamente demostrado que, a propósito de la responsabilidad notarial, los tribunales, bajo la cobertura de una opción a favor de la responsabilidad extracontractual, han elaborado un régimen de responsabilidad profesional específico⁽¹¹⁹⁾. Y se ha podido advertir un esfuerzo similar en el campo de la responsabilidad de los fabricantes y de los vendedores profesionales⁽¹²⁰⁾.

En cuanto al legislador, éste se ha también se ha comprometido en forma muy clara con esta vía, sometiendo la responsabilidad de ciertos profesionales a un régimen legal especial. Reglamentaciones de este tipo existen en efecto actualmente en el campo del transporte aéreo⁽¹²¹⁾ y marítimo⁽¹²²⁾ así como en el del transporte ferroviario internacional⁽¹²³⁾. Ciertas disposiciones legales específicas han sido igualmente establecidas respecto de la responsabilidad de los profesionales de la construcción⁽¹²⁴⁾ y de la salud⁽¹²⁵⁾.

Sin embargo, esos textos solo se refieren a la responsabilidad en que incurre el profesional frente a sus clientes, o sus

allegados⁽¹²⁶⁾. Ahora bien, el día de hoy se pone el acento en la existencia de una tendencia mucho más radical. Ciertos textos han creado regímenes legales que ignoran totalmente la distinción entre las relaciones contractuales y extracontractuales y tratan a todas las víctimas de la misma manera.

Es el caso particular de la directiva europea del 25 de julio de 1985, que ha impuesto a los Estados miembros de la Comunidad económica europea (hoy, la Unión europea), la adopción de un régimen de responsabilidad de los fabricantes y productores por el hecho de productos defectuosos aplicable uniformemente a todas las víctimas, contratantes o no, desde el momento en que estas sufren las consecuencias de un defecto de seguridad del producto⁽¹²⁷⁾. La ley del 19 de mayo de 1998 que ha introducido esta directiva

MAES, *La información médica del paciente en el corazón de la distinción entre la responsabilidad extracontractual y la responsabilidad contractual*, RTD sanit. soc. 1994; p. 381.

Véase igualmente HUSSON, *Las transformaciones y la responsabilidad*, 1947; p. 381. SERLOO-TEN, P. *¿Hacia una responsabilidad profesional?*, *Mezclas Hébraud*; pp. 805 y siguientes.

(119) Véase DE POULPIQUET, J. *La responsabilidad civil y disciplinaria de los notarios*, LGDJ, 1974; pp. 166 y siguientes.

(120) Véase VINEY, G. *La responsabilidad de los fabricantes y distribuidores*, *Economica*. No. 9, 1975; p. 75. REVEL, J. *La responsabilidad civil del fabricante*, Th. Paris II, 1975 (Dactyl), 1era parte.

(121) Se trata de la Convención de Varsovia de 1929 varias veces revisada que gobierna los transportes internacionales y la cual reenvía, por los transportes internos, la ley de 2 de marzo 1957.

(122) Convención de Bruselas de 1961 y la ley interna del 18 de junio de 1966.

(123) Convenciones de Berne de 1961 (CIV y CIM) revisadas en 1970 y entradas en vigor en Francia, bajo su forma actual en 1975.

(124) Artículos 1792 y 2270 del Código civil modificados, primero por la ley 3 de enero de 1967 y de nuevo por la ley 4 de enero 1978 que adjuntó otras disposiciones (art. 1792-1 a 1792-6 del Código civil y los textos reglamentarios tomados para su aplicación).

Remarcamos no obstante que estos textos no incluyen la aplicación del derecho común de la responsabilidad contractual y extracontractual donde la coordinación con el régimen legal de garantía eleva de difíciles problemas donde la ley del 4 de enero de 1978 no parece preocuparse. V. sobre el estado del derecho anterior a la reforma de 1978, BOUBLI, B. *El punto de la jurisprudencia sobre la responsabilidad de los arquitectos y contratistas*, JCP 1975.I.2721 y FOSSEREAU, J. *El claroscuro de la responsabilidad de los constructores*, *Chron.* 1977; p. 13 y, sobre el derecho de reforma de 1978; BOUBLI, B. *La responsabilidad y el seguro de los arquitectos, contratistas y otros constructores*, *Revista de Notarios y de Abogados*; 1979. Véase igualmente Civ. 3era, 10 de julio de 1978, JCP 1979.II.19130, nota LIET-VEAUX, G.

(125) Artículos 1142-1 y s. del Código de la salud pública de la Ley 2002-2003 del 4 de marzo de 2002 relativo a los derechos de las enfermedades de la calidad del sistema de la salud.

(126) Véase Supra; p. 224.

(127) Véase, sobre esta directiva, MARKOVITTS, Y. *La directiva CEE del 25 de julio de 1985 sobre la responsabilidad de hecho de los productos defectuosos*, LGDJ, Biblioteca de derecho privado 1990, prefacio GHESTIN, J., J. GHESTIN y B. DESCHE, *Tratado de los contratos, La venta*; pp. 875 y siguientes.



Geneviève Viney

en el Código Civil francés (artículos 1386-1 al 1386-18) lleva consigo una disposición, el artículo 1386-1 este Código Civil, que precisa de la manera más explícita: “el productor es responsable del daño causado por un defecto de su producto, ya sea que esté o no vinculado con la víctima por un contrato”.

Asimismo, se puede subrayar que incluso en los casos que no están sometidos a la ley del 19 de mayo de 1998 en razón de que el producto ha sido puesto en circulación antes del 19 de mayo de 1998, ciertas jurisdicciones de primera instancia han anticipado esta solución fundando su decisión en el artículo 221-1 del Código de Consumo, ley del 21 de julio de 1983, en cuyos términos “los productos y los servicios deben, en condiciones normales de utilización y dentro de otras condiciones razonablemente previsibles por el productor, cuidar la seguridad que se puede legítimamente esperar y no afectar la salud de las personas”⁽¹²⁸⁾.

Otro texto de gran importancia ha igualmente ilustrado esta tendencia: se trata de la ley del 5 de julio de 1985 relativa a los accidentes de la circulación, en la cual el primer artículo designa los beneficiarios con una fórmula bastante extensa, abarcando a todas las “víctimas de un accidente de la circulación en el cual está implicado un vehículo terrestre a motor (...), incluso, cuando estas son transportadas en virtud de un contrato”⁽¹²⁹⁾.

El artículo 1142-1 del Código de la salud pública, ley del 4 de marzo de 2002, que establece la responsabilidad médica no es tan explícito, pero en la medida en que somete esta responsabilidad a un régimen único aplicable exista o no exista contrato entre el médico o el establecimiento hospitalario y el paciente, se puede pensar que tiene el mismo alcance⁽¹³⁰⁾.

Se trata pues de una evolución bastante marcada, pero que podría acentuarse aún más si las instancias europeas aplicaran directivas concernientes a ciertos prestadores de servicios. Se puede pensar en efecto que en lo que concierne a la seguridad de las personas y quizá también de los bienes,

esos textos se situarían en la misma línea que la directiva del 25 de julio de 1985.

Así, se advierte que, poco a poco, gracias a la aparición de regímenes especiales que trascienden la distinción entre régimen contractual y régimen extracontractual, esta distinción tiende a perder su posición de *summa divisio* de la responsabilidad civil.

Se puede entonces concluir que es inútil y hasta perjudicial el hecho de buscar cómo introducir a toda costa todos los casos de responsabilidad en las dos categorías *contractual* y *extracontractual*. Se puede pensar en otras formas de ver las cosas y sería desastroso que, por respetar una simple clasificación abstracta y teórica (que no es, por otra parte, impuesta ni por los textos ni por un imperativo lógico indiscutible) se sacrifique los verdaderos intereses en juego que consisten en asegurar correctamente la reparación de los daños y en impedir los comportamientos antisociales.

En particular, hoy parece bastante normal y necesario desarrollar regímenes autónomos frente los dos sistemas elaborados a partir de los textos del Código Civil francés. Y esto es particularmente importante en el ámbito de la responsabilidad profesional, donde la intervención del legislador es cada vez más solicitada a fin de asegurar la protección de los consumidores de bienes y servicios. Igualmente, es necesario unificar las reglas aplicables a todas las víctimas independientemente de la existencia o de la ausencia de un vínculo contractual con el profesional responsable⁽¹³¹⁾.

(128) Véase, por ejemplo TGI Nanterre 24 de mayo de 2002, Rev. Dr. sec. soc. 2002; p. 515, nota Neyret, RTD Civ. 2002; p. 527, obs. P. JOURDAIN; TGI Montpellier 9 de julio de 2002, JCP 2002.II.10158 y la nota.

(129) Véase SOLLETTY, R. *Ley del 5 de julio de 1985 y el contrato de transporte*, JCP 1991.I.3508.

(130) Véase DREYFUSS-NETTER, F. *La tardía responsabilidad civil contractual del médico*, Resp. civ. et assur, 2002; p. 17.

(131) Véase SERLOOTEN, P. *¿Hacia una responsabilidad profesional?*, *Mezclas Hébraud*; pp. 805 y siguientes.

El porvenir de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual

Sin embargo, a fin de evitar que esta evolución no exponga el derecho de la responsabilidad civil a una fragmentación excesiva, pensamos que es importante mantener un régimen de *derecho común* tan amplio y unitario como sea posible, que reduzca las diferencias de principio existentes entre la responsabilidad contractual y la extracontractual al mínimo que exige el respeto del contrato; así como no admitir derogaciones a ese régimen

general sino cuando estas son realmente exigidas por la especificidad de la situación o de la actividad que da lugar a la responsabilidad.

Dicho de otra manera, nos parece que, en el futuro, la distinción entre responsabilidades contractual y extracontractual va a perder su importancia en beneficio de otra distinción, que tiende hoy a afirmarse cada vez más entre el *derecho general o derecho común* y los regímenes especiales de responsabilidad civil⁽¹³²⁾. 

(132) Esta distinción incrementa, no obstante, las dificultades concernientes a la articulación entre *derecho común* y *regímenes especiales*: véase CLREC-RENAUD, L. *Del derecho común y de los regímenes especiales en derecho extra-contractual de la reparación*. Tesis de la Universidad de Savoya, 2006; pp. 336 y siguientes. DE LESCURE, P. *Responsabilidad de constructores: ¿qué responsabilidad contractual de derecho común en caso de daños en el trabajo?*, RDI 2007; p. 307; VINEY, G. *Las relaciones entre regímenes especiales de responsabilidad contractual y derecho común*, RDC 2007; pp. 1125 y siguientes.