
Responsabilidad contractual y extracontractual(*)

Renato Scognamiglio

Abogado. Profesor emérito de la Universidad de Roma "La Sapienza".

1 El fundamento de la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual. Distintos criterios expuestos en la doctrina. Nuestra opinión.

Tradicionalmente, la noción de responsabilidad se bosqueja en el marco del Derecho Civil con arreglo a una perspectiva binaria: una de ellas, conexas con las figuras de la obligación y del contrato, en la medida en que ambos constituyen vínculos que comprometen a los sujetos para realizar una prestación determinada, con la consiguiente sujeción a efectos desfavorables en caso de incumplimiento⁽¹⁾; la otra, se basa principalmente en la verificación de un daño injusto, frente al cual, de concurrir ciertos presupuestos, el Derecho intenta reaccionar con la imposición de un deber de resarcimiento al sujeto causante. Si se aprecia bien, la exigencia y la idea de una distinción de este tipo surgen, en un primer momento, del solo hecho de contraponer las obligaciones contractuales y las obligaciones que nacidas de delito; como segundo paso, exigencia e idea son delineadas con

términos más precisos y significativos, mientras que las figuras de la responsabilidad por incumplimiento y del resarcimiento por hecho ilícito, van hallando sus respectivas configuraciones, para lo cual siguen un proceso evolutivo paralelo⁽²⁾. Como punto final -de acuerdo con el estado actual de la materia y en la línea de partida- el debate se plantea alrededor del sentido y alcance que sería aceptable atribuir a la distinción entre las dos formas de responsabilidad, de acuerdo con los objetivos que permiten destacar sus motivaciones comunes y sus elementos de divergencia, en el cuadro de la noción lata de responsabilidad civil⁽³⁾. El debate se estructura, posteriormente, en cuestiones dogmáticas y prácticas de no poca importancia, relativas a la rigurosa identificación de los elementos de cada una de las figuras y de las características distintivas de su regulación; a la delimitación de sus respectivas esferas de relevancia, con especial atención a ciertas zonas limítrofes, y asimismo -en las hipótesis de concurrencia de elementos de ambas figuras- a la exclusión, con carácter alternativo, de una u otra acción de responsabilidad o a la acumulación de las mismas.

(*) Título original: Voz "Responsabilità contrattuale e responsabilità extracontrattuale". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XV. Turín: UTET, 1968. pp.670 y ss. Se omite la nota bibliográfica inicial. Renato Scognamiglio era catedrático ordinario de derecho civil en la Universidad de Nápoles al momento de elaborar el presente estudio.

Traducción del italiano, autorizada por el autor, de Leysser L. León. Abogado. Profesor de derecho civil en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Los artículos citados son todos del Código Civil italiano de 1942, salvo los casos en que se señale expresamente lo contrario.

(1) Recientemente, sobre el incumplimiento de las obligaciones, cfr. GIORGIANNI. *L'inadempimento*. Milano, 1959; BIANCA. *Dell'inadempimento delle obbligazioni*. En: *Commentario del Codice Civile*(artículos 1218-1229). Dirigido por Antonio SCIALOJA y Giuseppe BRANCA. Bologna-Roma, 1967.

(2) Cfr. ROTONDI. *Dalla "Lex Aquilia" all' art. 1151 Cod. civ.* En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1917, I. pp. 287 y ss.

(3) En general, CARNELUTTI. *Sulla distinzione tra colpa contrattuale e colpa extracontrattuale*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*, 1912, II. p. 644 y ss.; BRUN. *Rapports et domaines des responsabilités contractuelle et delictuelle*. París, 1931.

En lo que atañe al fundamento de la distinción y a la naturaleza de las responsabilidades, conviene tener presente, para comenzar, la tendencia predicada por la doctrina dominante, bajo la persuasión de la creencia, aún acreditada, en el presupuesto unitario de la responsabilidad aquiliana. Nos referimos a la teoría, hasta hoy debatida, según la cual quien causa un daño a otro comete un ilícito e incurre en la responsabilidad correspondiente, por haber violado el deber genérico del *neminem laedere*. Esta idea, cuya simetría persuade por seguridad y elegancia, sirve de base al criterio de distinción que postula que la llamada responsabilidad contractual se funda, por el contrario, en el incumplimiento de una obligación preexistente y que se determina en función de este último⁽⁴⁾.

Sin embargo, el enfoque del problema de la distinción (entre las formas de responsabilidad) según el discurso anterior -en el cual los variados términos de la distinción e identificación de (pretendidos) deberes de comportamiento (del sujeto agente), constituyen una construcción arbitraria evidente- tiene que ser objetado. Dicho método se muestra aún más inaceptable si se considera que existen graves dificultades e incertidumbres en torno del sentido y alcance de la referida distinción entre la obligación en sentido propio y los meros deberes⁽⁵⁾. Si se repara, además, conforme con una opinión autorizada, igualmente de compartir, en que el deber del *neminem laedere* constituye una simple e injustificada ficción constructiva⁽⁶⁾ -en la que se delinea, al margen de la preexistencia de un vínculo obligatorio preexistente, otra perspectiva de la generación de un daño injusto en la realidad jurídica, la cual hace surgir un problema diferente, como lo es el de la reacción del Derecho- es indudable que se debe convenir en repudiar aquel criterio, que ha obtenido una fortuna, con seguridad, inmerecida. Y no parece merecer una mejor suerte la versión más moderna de aquella

misma tendencia, que parte del carácter relativo o absoluto del deber violado (o del derecho vulnerado)⁽⁷⁾; una versión que se inspira, por tanto, en situaciones jurídicas subjetivas que representan elementos de significado dudoso para efectos del conocimiento de las formas de responsabilidad bajo examen y que son identificables, por otro lado, a partir de rasgos que suscitan, a su vez, graves controversias.

Pero se debe admitir, del mismo modo, que fuera de las tendencias citadas, lo que parece común es que la doctrina no vaya más allá de una evaluación en términos parciales, demasiado genéricos o ambiguos, de los diferentes presupuestos de ambas figuras. Esta censura de la parcialidad debe dirigirse, en especial, contra la concepción, aún acreditada en la doctrina francesa, de que la responsabilidad contractual se refiere únicamente al incumplimiento de las obligaciones nacidas de contrato⁽⁸⁾. Es innegable que con dicho parecer se logra una distinción bastante sólida entre las dos esferas de responsabilidad; sin embargo, ello se produce a costa de sacrificar las razones del sistema y la lógica misma del Derecho. La verdad es que no se puede comprender cómo y por qué no sería el deber (*obbligatio*), sino la fuente contractual de la obligación -un antecedente más lejano, en otras palabras- el que puede ejercer una influencia determinante en la calificación de la responsabilidad; ni cómo y por qué el comportamiento del que incumple una obligación debería ser evaluado de distinta manera, según el hecho de que el vínculo tenga su origen en la voluntad o en la fuerza de la ley.

Por otro lado, resultan escasamente significativas las propuestas -difícilmente contestables, además, a causa de la genericidad de su contenido- de que la responsabilidad contractual atañe a los efectos de la obligación, mientras que la extracontractual se plantea como fuente de los mismos⁽⁹⁾; o que la diferencia de

(4) Cfr., por todos, CHIRONI. *La colpa nel diritto civile odierno. Colpa extracontrattuale*. Vol. I. Turín, 1903. pp. 55 y ss; PACCHIONI. *Dei delitti e quasi-delitti*. Padua, 1940. p. 159; BARASSI. *La teoria generale delle obbligazioni*. Reimpresión, vol. II. Milán, 1964. p. 438; RUSSO. *Concorso dell'azione aquiliana con la contrattuale nel contratto di trasporto*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1950. p. 988.

(5) Cfr. GIORGIANNI. *L'obbligazione*. Milán, 1951; el mismo autor en Voz "Obbligazione (Diritto privato)". En: *Novissimo Digesto Italiano*. Vol. XI, Turín, 1965. pp.581 y ss.

(6) Cfr., también en este punto, CARNELUTTI. *Sulla distinzione...*, Loc. cit.

(7) Cfr., por todos, DE CUPIS: *Il danno*. Vol. I. Milán, 1966. p. 66; TRABUCCHI. *Istituzioni di diritto civile*. 16a. Ed., Padua, 1967. pp. 214 y ss.

(8) Cfr. MAZEAUD-TUNC. *Traité théorique et pratique de la responsabilité civile*. 6a. Ed. Vol. I. París, 1965. pp. 137 y ss.

(9) BRUN. *Rapports* Op. cit.; pp. 16 y ss.

ambas figuras radica en las fuentes de responsabilidad, a saber y, respectivamente, el incumplimiento (de la obligación) y el hecho doloso o culposo⁽¹⁰⁾.

Finalmente, también parece oscura e intrincada una reciente explicación -elaborada con un remarcable esfuerzo de profundización- que propone que en la responsabilidad debitoria el incumplimiento estaría ligado con la calificación antijurídica del daño y que el principio causal se encontraría en el acto que ha constituido la obligación; mientras que, en la obligación derivada de ilícito, el principio causal se encontraría en la eficacia causal de la acción subjetiva a la que son imputados los eventos dañosos⁽¹¹⁾.

En oposición, sí es posible trazar con términos bastante certeros y satisfactorios la línea distintiva de las dos formas de responsabilidad, si el fundamento y la función de cada una son considerados e ilustrados de manera adecuada. Para tal fin, conviene apreciar, de inmediato, que la llamada responsabilidad contractual halla su origen en la noción misma de obligación: en caso de incumplimiento, la obligación tiene la oportunidad de reafirmar su esencia característica de vínculo, al perpetuarse en la prestación resarcitoria, siempre que no fuere posible proceder, incluso, a su realización en forma específica (ejecución forzada). En tal forma, la responsabilidad contractual se resuelve en la satisfacción del interés deducido de la obligación, a pesar de la falta de cooperación por parte del deudor; para el mismo efecto, se propone una remoción justa de las consecuencias perjudiciales inmediatamente conexas con el evento-incumplimiento. En la responsabilidad aquiliana, en cambio, el dato esencial está representado por la verificación del daño injusto, al que se refiere y según el cual se proporciona la reacción del Derecho; una reacción que se concreta con la imposición de la obligación (primaria) de resarcimiento de la totalidad del perjuicio al sujeto que incurriera en alguna de las hipótesis (de responsabilidad) contempladas en la ley.

En el mismo orden de ideas, si se quiere orientar la perspectiva hacia los elementos o motivos de fondo

de la distinción, se pueden plantear los siguientes y bien significativos, puntos de divergencia y de encuentro entre las dos formas de responsabilidad: cuando preexiste una relación obligatoria, derivada de la autonomía contractual o de la ley, ella constituye el criterio de acuerdo con el cual se realiza la regulación de los intereses de las partes (involucradas en la relación); en tal supuesto, la responsabilidad es considerada sólo a causa de la inobservancia del vínculo y en cuanto constituye un medio sucedáneo para restablecer la fuerza del mismo para producir efectos. Contrariamente, si tiene lugar un daño injusto y si concurren los presupuestos de la ley para que éste sea asumido por un extraño, la determinación de la responsabilidad produce la obligación que tiene por objeto la remoción de todos los daños (jurídicamente) relevantes, según la exigencia del conflicto de intereses entre lesionado y dañador, y con el fin de componer dicho conflicto, en los términos de una nueva solidaridad.

2 La distinta actuación de los elementos y motivos de la regulación en cada una de las figuras de la responsabilidad: la acción dañosa y la culpa; el daño y el incumplimiento; el régimen jurídico del resarcimiento.

La distinción propuesta sobre el fundamento y naturaleza de la responsabilidad aquiliana y contractual encuentra confirmación en la diferente forma de actuación de los elementos, así como en las soluciones dadas en uno y otro campo; los términos adoptados contribuyen, por otro lado, a hacer más claro el sentido y alcance práctico de la distinción⁽¹²⁾.

Para tal fin y retomando el orden expositivo empleado otro lugar⁽¹³⁾, lo mejor es partir, preliminarmente, de la evaluación de las hipótesis (subjetivas) de responsabilidad respectivas, sobre la base de los elementos y requisitos que concurren para constituir las. En tal sentido, la opinión tradicional

(10) BARBERO. *Sistema del diritto privato italiano*. 6a. Ed. Vol. II. Turín, 1962. pp. 52 y ss.

(11) MAIORCA. *Voz "Culpa"*. En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. VII. 1960, p. 559 y ss.

(12) Para la exposición de las principales diferencias de régimen, o consideradas como tales, entre una y otra forma de responsabilidad, ver en general, RUSSO. *Concorso ...* Op. cit.: p. 966 y ss.

(13) (Nota del traductor) Se refiere a la voz *Responsabilità civile*, firmada por el mismo SCOGNAMIGLIO, incluida en el vol. XV del *Novissimo Digesto Italiano*. Op. cit.: pp. 628-657.

tiende a identificar un significativo y ulterior punto de contacto e interferencia entre las dos materias en la noción de culpa, la cual pasa a distinguirse, a su vez, en contractual y extracontractual (es así como se discute, no de responsabilidad, sino de culpa contractual y extracontractual)⁽¹⁴⁾. Mas conviene advertir, de inmediato, que la perspectiva unitaria de la culpa puede resultar igualmente equívoca en esta aplicación; basta recordar que en la responsabilidad contractual, el incumplimiento depende, por lo general, del comportamiento del deudor, pero que también puede encontrar su causa en una falta de cooperación de sus auxiliares (artículo 1228)⁽¹⁵⁾; repárese, en sentido contrario, que en la responsabilidad aquiliana tienen importancia, junto con el acto doloso o culposo (artículo 2043)⁽¹⁶⁾ y los llamados actos ilícitos dañosos, todas las demás hipótesis (artículo 2048 y siguientes)⁽¹⁷⁾ en las que el sujeto responde por la relación en la que se encuentra respecto de otros, o respecto de la cosa, el animal, o el edificio, o incluso por el desarrollo de una actividad calificada (actividad peligrosa, circulación de vehículos).

(...) sí es posible trazar con términos bastante certeros y satisfactorios la línea distintiva de las dos formas de responsabilidad, si el fundamento y la función de cada una son considerados e ilustrados de manera adecuada

Si se limita el análisis a las figuras adyacentes -y más significativas- del incumplimiento del deudor y del acto culposo del dañador, continúa siendo posible identificar diferencias de cierta importancia. En la primera hipótesis, qué duda cabe, se considera el comportamiento del deudor, en relación con la falta de realización de la prestación debida; un comportamiento que se califica subjetivamente en función de la voluntad de no cumplir (dolo) o bien por la inobservancia de los criterios de diligencia,

(14) CHIRONI. Op. cit.; pp. 55 y ss.; CARNELUTTI. *Sulla distinzione ...*; pp. 774 y ss.; TOSCANO. *Responsabilità civile: Rassegna di giurisprudenza*. En: *Rivista di Diritto Civile*. 1956. pp. 237 y ss.

(15) (Nota del traductor) "Artículo 1228.- Responsabilidad por hecho de los auxiliares.- Salvo voluntad diversa de las partes, el deudor que en el cumplimiento de la obligación se vale de la obra de terceros, responde también de los hechos dolosos o culposos de ellos". Esta norma ha sido recogida en el Código Civil peruano de 1984: "Artículo 1325.- El deudor que para ejecutar la obligación se vale de terceros, responde de los hechos dolosos o culposos de éstos, salvo pacto en contrario".

(16) (Nota del traductor) Código Civil italiano de 1942, Libro IV (De las Obligaciones), Título IX (De los hechos ilícitos): "Artículo 2043.- Resarcimiento por hecho ilícito.- Todo hecho doloso o culposo, que ocasiona a otro un daño injusto, obliga a aquel que ha cometido el hecho a resarcir el daño". Esta es la cláusula general de la responsabilidad extracontractual en la codificación itálica.

(17) (Nota del traductor) "Artículo 2048.- Responsabilidad de los padres, de los tutores, de los preceptores y de los maestros de arte.- El padre y la madre, o el tutor, son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de los hijos menores no emancipados o de las personas sujetas a la tutela, que habitan con ellos. La misma disposición se aplica al afiliante.

Los preceptores y aquellos que enseñan un oficio o un arte son responsables del daño ocasionado por el hecho ilícito de sus alumnos y aprendices en el tiempo en que han estado bajo su vigilancia. Las personas indicadas por los apartados anteriores quedan liberadas de la responsabilidad solamente si prueban no haber podido impedir el daño".

"Artículo 2050.- Responsabilidad por el ejercicio de actividades peligrosas.- Aquel que ocasiona daño a otro en el desarrollo de una actividad peligrosa, por su naturaleza o por la naturaleza de los medios empleados, está obligado al resarcimiento, si no prueba haber adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño".

"Artículo 2052.- Daño ocasionado por animales.- El propietario de un animal o quien se sirve de él por el tiempo que lo tiene en uso, es responsable de los daños ocasionados por el animal, ya estuviese bajo su custodia, ya se hubiese extraviado o escapado, salvo que pruebe el caso fortuito".

"Artículo 2053.- Ruina de edificio.- El propietario de un edificio o de otra construcción es responsable de los daños ocasionados por su ruina, salvo que pruebe que ésta no se debe a defecto de mantenimiento o a vicio de construcción".

"Artículo 2054.- Circulación de vehículos.- El conductor de un vehículo que no se desplace sobre rieles está obligado a resarcir el daño ocasionado a personas o a cosas por la circulación del vehículo, si no proba que hizo todo lo posible para evitar el daño.

En el caso de colisión entre vehículos, se presume, salvo prueba en contrario, que cada uno de los conductores ha concurrido en la misma medida a producir el daño experimentado por ambos vehículos.

El propietario del vehículo, o de ser el caso, el usufructuario, o el adquirente con pacto de reserva de dominio es solidariamente responsable con el conductor, si no proba que la circulación del vehículo ha tenido lugar contra su voluntad.

En todos los casos, las personas indicadas en los párrafos precedentes son responsables por los daños derivados de vicios de fabricación o de defecto de manutención del vehículo"

prudencia y pericia, a los cuales la prestación tiene que adaptarse (a pesar de que una importante corriente de opinión ha llegado a refutar la relevancia autónoma de la culpa del deudor que no cumple)⁽¹⁸⁾.

En cambio, lo importante en la otra hipótesis es la acción del hombre, en cuanto causa de un daño (injusto), y siempre que hubiere concurrido, de parte de aquel, ya la voluntad de ocasionar el daño, ya la inobservancia de los criterios de diligencia, prudencia, pericia, etcétera, en los cuales todos los miembros de la sociedad deben inspirar su conducta.

De todo ello se deduce que en materia de incumplimiento la culpa se mide en función de la prestación debida (cfr., especialmente, el segundo párrafo del artículo 1176, para las obligaciones inherentes al ejercicio de la actividad profesional)⁽¹⁹⁾, y que el carácter mismo de la diligencia requerida puede variar en mayor o menor medida según la fuente y objeto de obligación (entre las obligaciones que requieren un mayor grado de diligencia, cfr., por ejemplo, la del porteador, a tenor del artículo 1681)⁽²⁰⁾; la del hospedante, por el depósito al que se hace referencia en el artículo 1784, primer párrafo; cfr., asimismo, el artículo 789 sobre la donación; el 1710, primer párrafo, relativo al mandato gratuito; el 1768, segundo párrafo, relativo al depositario a título gratuito⁽²¹⁾. En cambio, en el ámbito de los daños aquilianos, la culpa se configura en términos unitarios y abstractos, en función de la generación del daño; ello, aunque no se pueda admitir la opinión tradicional -significativa, en el mismo sentido- según la cual podría ser suficiente, en este

ámbito, la culpa levísima (mientras que en la responsabilidad contractual se requeriría la culpa media). Hay que precisar, más bien, que aquí adquiere relevancia cualquier culpa -negligencia, imprudencia, impericia- que sea relevante respecto del parámetro de comportamiento del buen padre de familia; lo que no perjudica que en hipótesis excepcionales la responsabilidad no esté limitada a la culpa grave (cfr., por ejemplo, el artículo 2236, en materia de responsabilidad profesional)⁽²²⁾. Del mismo modo, se explica otra diferencia de regulación a la cual la doctrina, tradicionalmente, ha otorgado una importancia fundamental: que el acreedor solamente debe probar el incumplimiento del deudor, mientras que la víctima del daño debe probar, a tenor de los principios, la existencia de todos los elementos de la hipótesis resarcitoria, incluida la culpa del dañador. Lo que ocurre, realmente, es que en todos los casos, el deudor, como tal, está obligado a cumplir o a efectuar, con carácter subrogatorio, el resarcimiento; así las cosas, es coherente que el deudor pueda exonerarse de responsabilidad sólo si prueba que el incumplimiento o el retardo han sido determinados por una imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él; dicha prueba, según la opinión referida -pero controvertida, por lo que ya se ha anotado- se identificaría con la (prueba de la) falta de culpa. Se destaca, finalmente, que la imputabilidad del sujeto asume una importancia del todo distinta en el campo del incumplimiento, donde el deudor, ciertamente, no puede exonerarse aduciendo su incapacidad natural (artículo 1191)⁽²³⁾; a él le toca

(18) Cfr. por todos OSTI. *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1954, p. 614.

(19) (Nota del traductor) "Artículo 1176.- Diligencia en el cumplimiento.- Al cumplir la obligación el deudor debe usar la diligencia del buen padre de familia.

En el cumplimiento de las obligaciones inherentes al ejercicio de una actividad profesional, la diligencia debe valorarse en relación con la naturaleza de la actividad ejercitada".

(20) (Nota del traductor) "Artículo 1681.- Responsabilidad del porteador.- Sin perjuicio de la responsabilidad por el retardo y por el incumplimiento en la ejecución del transporte, el porteador responde de los siniestros que afectan a la persona del viajero durante el viaje y de la pérdida o de la avería de las cosas que el viajero lleva consigo, si no prueba que ha adoptado todas las medidas idóneas para evitar el daño. Son nulas las cláusulas que limitan la responsabilidad del porteador por los siniestros que afectan al viajero. Las normas de este artículo se observan también en los contratos de transporte gratuito".

(21) Cfr. NATOLI. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Vol. II. Milán, 1962. pp. 106 y ss.; BIANCA. *Dell'inadempimento...*; pp. 136 y ss., 146 y ss.

(Nota del traductor) "Artículo 1768.- Diligencia en la custodia.- El depositario debe usar en la custodia la diligencia del buen padre de familia.

Si el depósito es gratuito, la responsabilidad por culpa se valora con menor rigor.

(22) (Nota del traductor) "Artículo 2236.- Responsabilidad del prestador de obra.- Si la prestación implica la solución de problemas técnicos de especial dificultad, el prestador de obra no responde de los daños, sino en caso de dolo o de culpa grave".

(23) (Nota del traductor) "Artículo 1191.- Pago realizado por un incapaz.- El deudor que ha realizado la prestación debida no puede imputar el pago a causa de la propia incapacidad".

responder, además -y en virtud del artículo 1218⁽²⁴⁾- de las causas de imposibilidad que le fueren imputables; mientras que, en materia de daños aquilianos, la imputabilidad (artículo 2046)⁽²⁵⁾, entendida como capacidad de entendimiento y de voluntad, señala el límite de la responsabilidad, sin perjuicio del régimen especial establecido para el hecho dañoso del incapaz, del que se trata el artículo 2047⁽²⁶⁾.

No menos significativas son las divergencias que surgen si se considera el aspecto del daño resarcible (hay incluso quienes plantean toda la distinción en los términos de daño contractual y extracontractual)⁽²⁷⁾. En materia de responsabilidad contractual el incumplimiento adquiere plena evidencia, en el sentido de representar la falta de realización de la prestación debida; el resarcimiento estaría encaminado, entonces, a realizar algo que se subroga a aquélla o que le es equivalente, que comprendería las consecuencias inmediatas y directas de orden patrimonial (pérdidas sufridas y ganancia no realizada: artículo 1223)⁽²⁸⁾. Sin embargo, según este criterio, luego tendría lugar una evaluación distinta del incumplimiento, en dependencia de si éste ha sido intencional (doloso) o si ha sido sólo culposo, en cuyo caso “el resarcimiento está limitado al daño que se podía prever en el momento en que surgió la obligación (artículo 1225)⁽²⁹⁾”. En cambio, en la responsabilidad aquiliana, el daño es relevante en su configuración característica y autónoma como lesión -derivada, en línea inmediata o mediata, de un “hecho ilícito”- de un bien-interés ajeno, tutelado, para estos

efectos, por el Derecho (y caracterizada por la injusticia); un daño que comprende, en la misma medida, las consecuencias perjudiciales ulteriores, siempre que estuvieran ligadas al mismo hecho por un nexo de causalidad directo e inmediato, y ya sea que ellas fueran previsibles o imprevisibles; pero que en casos determinados por la ley (cuando concurra un delito), no solamente comprende las consecuencias de valor patrimonial, sino también los padecimientos psicológicos, sufrimientos anímicos, etcetera, soportados por la víctima⁽³⁰⁾.

Ulteriores, pero igualmente importantes, son las diferencias que se identifican al final, en la fase de las consecuencias jurídicas de la responsabilidad. Aquí, el primer punto que se plantea es la posibilidad de obtener, ante el incumplimiento, la ejecución forzada en forma específica (artículo 2930-2933); se genera, en todos los casos, el deber de resarcimiento por equivalente, pero lo mismo no ocurriría -al parecer- con el deber de resarcimiento en forma específica⁽³¹⁾; la acción correspondiente prescribe en el término general de diez años (artículo 2496). En materia de daños aquilianos, en cambio, lo único que se puede darse es el resarcimiento; se prevé, explícitamente, que el damnificado puede pedir la reintegración en forma específica, siempre que la misma sea posible, en todo o en parte, y mientras no resulte excesivamente onerosa (artículo 2058); de dicha previsión deriva, implícitamente, la predominancia del resarcimiento por equivalente; la acción correspondiente prescribe, con

(24) (Nota del traductor) “Artículo 1218.- Responsabilidad del deudor.- El deudor que no cumple exactamente la prestación debida está obligado al resarcimiento del daño si no prueba que el incumplimiento o el retardo ha sido determinado por imposibilidad de la prestación derivada de causa no imputable a él”.

(25) (Nota del traductor) “Artículo 2046.- Imputabilidad del hecho dañoso.- No responde de las consecuencias del hecho dañoso quien no tenía la capacidad de entendimiento o de voluntad en el momento en que lo ha cometido, a menos que el estado de incapacidad derive de culpa suya”.

(26) Cfr., asimismo, sobre la relevancia de la incapacidad en orden a la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual, TOSCANO. *Responsabilità civile ...*; op. cit.; 238 y para la consideración de las dos formas de imputabilidad en el Derecho Civil, DEVOTO. *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*. Milán, 1964.

(Nota del traductor) “Artículo 2047.- Daño ocasionado por el incapaz.- En caso de daño ocasionado por persona incapaz de entendimiento o de voluntad, el resarcimiento se debe por quien está obligado a la vigilancia del incapaz, salvo que pruebe que no ha podido impedir el hecho.

En el caso de que el perjudicado no haya podido obtener el resarcimiento de quien está obligado a la vigilancia, el juez, en consideración a las condiciones económicas de las partes, puede conceder al autor del daño a una indemnización equitativa”.

(27) Así, DE CUPIS. *Il danno*, Op. cit.; pp. 61 y ss.

(28) (Nota del traductor) “Artículo 1223.- Resarcimiento del daño.- El resarcimiento del daño por el incumplimiento o por el retardo debe comprender tanto la pérdida sufrida por el acreedor cuanto la ganancia no realizada, en cuanto sean consecuencia inmediata y directa del mismo”.

(29) (Nota del traductor). “Artículo 1225.- Previsibilidad del daño.- Si el incumplimiento o el retardo no depende del dolo del deudor, el resarcimiento se limita al daño que podía preverse en el momento en que surgió la obligación”.

(30) Cfr. DE CUPIS. *Il danno*, Op. cit.; pp. 104 y ss.

(31) Cfr., también en este punto, de entre lo reciente, BIANCA. *Dell'inadempimento.*; pp. 268 y ss.

carácter general, en el breve término de cinco años (artículo 2497).

3 La delimitación de la responsabilidad contractual y extracontractual en algunas hipótesis fronterizas. La esfera de relevancia de la obligación (especialmente, en relación con las obligaciones convencionales). La responsabilidad en la formación del contrato (*culpa in contrahendo*).

La destacada diferencia de naturaleza y régimen de las formas de responsabilidad hace que sea posible advertir la exigencia de delimitar, con suficiente precisión, sus respectivos confines⁽³²⁾. Al respecto y a primera vista, parecería que la presencia de una obligación -que evoca, sobre todo, la consideración de su fuente, negocial, legal o la inexistencia de la misma, en sentido contrario- constituye un criterio bastante significativo y riguroso. Según la interpretación acogida, es cierto que en los casos donde se identifica, en sus términos típicos, la obligación de efectuar una prestación que luego es incumplida por el deudor, la naturaleza contractual del daño (que coincide con el incumplimiento) resulta indudable; hay que asumir, a su vez, y sin sombra de hesitación, que el daño ocasionado por un sujeto totalmente extraño es de naturaleza aquiliana. Sin embargo, esta alternancia de fundamentos no siempre tiene el valor de una decisión tan clara como en dichos casos. Basta con pensar, por un lado, en el hecho de que los elementos de identificación de la obligación en el cuadro -más amplio- de los deberes de comportamiento, no resultan ser completamente certeros en las hipótesis limítrofes; y con tener en cuenta, por otro lado, que la idea misma (de la violación) del deber de no dañar como presupuesto de la responsabilidad aquiliana -criticada líneas arriba-

se replantea con un atractivo particular, cuando las circunstancias preexistentes del caso concreto permitieran percibir, desde un primer momento, las ocasiones y las posibles formas de generación del perjuicio. Nos estamos refiriendo a aquellas hipótesis -muy frecuentes en la vida de relación de los tiempos modernos- en que el dañador y el lesionado se encuentran distintamente implicados en una situación de contacto, la cual constituye la fuente del daño; corresponde preguntarse, entonces, si y hasta qué punto, en el estadio de evolución del Derecho en sentido solidarístico, se puede hacer de cargo de un sujeto la obligación de comportarse de una forma que permita evitar daños para los demás; o cómo se puede llevar a cabo, contrariamente y al igual que en una relación de tipo contractual, una regulación más equitativa del conflicto de intereses.

Sobre lo último, es pertinente advertir que las exigencias de este género no se plantean tanto en conexión con las hipótesis típicas de obligaciones legales, donde las normas intervienen para dictar, con la determinación de la prestación debida, la exhaustiva composición de los intereses contrastantes (cfr. artículos 433, 2028, 2041)⁽³³⁾. Lo imperioso según aquella orientación es cuidarse, en todo caso, de no incurrir en la equivocación de extender la esfera de las obligaciones legales a aquellas hipótesis en las cuales la ley, al regular una situación de contacto, con la delimitación de los derechos respectivos, establece un específico deber de resarcimiento. En tales hipótesis -y un ejemplo clásico puede identificarse en las relaciones de vecindad- no cabe duda de que nos encontramos en el campo de la responsabilidad aquiliana, si bien en razón de reglas específicas de la ley; reglas que, si se aprecia bien, más que fijar un deber de comportamiento, están dirigidas, principalmente, a consagrar una resarcibilidad de daños que, de otro modo -por derivar del ejercicio de un derecho (considérese, por ejemplo, el artículo 843)⁽³⁴⁾- deberían considerarse

(32) Sobre el problema, cfr., entre lo último, DE CUPIS. *Il danno...* op. cit.; pp. 81 y ss.

(33) (Nota del traductor) Las normas citadas por el autor están referidas, respectivamente a los alimentos (artículo 433), la obligación de continuar la administración impuesta al gestor de negocios (artículo 2028) y la acción general por enriquecimiento sin causa (artículo 2041). Todos son casos de obligaciones legales.

(34) (Nota del traductor) "Artículo 843.- Acceso al fundo.- El propietario debe permitir el acceso y el paso por su fundo, siempre que se reconozca la necesidad de ello, a fin de construir o reparar un muro u otra obra propia del vecino o común. Si el acceso ocasiona daño, se debe una indemnización adecuada.

El propietario debe permitir igualmente el acceso a quien quiera recobrar la cosa suya que se encuentre allí accidentalmente o el animal que se haya refugiado escapando a la custodia. El propietario puede impedir el acceso entregando la cosa o el animal".

como justificados. Otro discurso es que, en el mismo ámbito de relaciones, pueda intervenir una regulación convencional⁽³⁵⁾, con el consiguiente nacimiento de obligaciones para las partes y con una nueva presencia, atribuible a la misma razón, de la responsabilidad por incumplimiento.

Por el contrario, el análisis se despliega en toda su dimensión en la esfera de la libre actividad de los individuos para perseguir sus propios intereses, cuya evaluación, sin embargo, constituye una atribución del ordenamiento jurídico, que eventualmente vincula tal actividad con adecuados efectos. Para aclarar mejor los términos de la cuestión hay que considerar que aquí las partes actúan y crean vínculos tanto con el fin de regular sus intereses sociales o económicos en el marco del tráfico, en conformidad con tipos que tienen funciones congruentes, cuanto para la realización de efectos que por lo general no coinciden con los objetivos de la tutela y del régimen de los perjuicios que pueden derivar del desarrollo de la actividad en sí misma. De igual forma, la regulación que el Derecho ofrece en torno las figuras negociales, modeladas en función de las finalidades perseguidas por las partes, puede resultar insuficiente. Sin embargo, continúa siendo necesario establecer -y éste es el punto- si con una adecuada valoración de reglas y criterios normativos, y en vista de las poderosas exigencias de la conciencia jurídica, se haría posible o no, una extensión de la eficacia obligatoria de la actividad comercial, o acaso la del contenido mismo del vínculo obligatorio, hacia el objetivo de la tutela de los daños frente a tales actos y prestaciones que de algún modo guardan conexión. El análisis, en concordancia con la perspectiva adoptada, debe desarrollarse, principalmente, como una evaluación de aquellas situaciones que pueden suscitarse a la luz de la relevancia que el contrato (negocio) asume en las

distintas fases de su existencia y, asimismo, de la eficacia que la obligación puede tener.

En este orden de ideas, es menester, sobre todo, brindar referencias convenientes acerca de las relaciones que se crean entre las partes en vista de la celebración futura (y eventual) de un contrato. Aquí el problema más debatido, o cuando menos el de más antiguo origen, se plantea en relación con la fase de las tratativas⁽³⁶⁾ que preceden, por lo general, la estipulación de los contratos relativamente importantes y que se concretizan bajo la forma de proyectos y estudios, discusiones e intercambio de noticias, con una posible asunción de gastos, o con una pérdida, en otras ocasiones.

Si se quiere atribuir relevancia jurídica, hipotéticamente, a una actividad precontractual es posible seguir dos caminos: o se admite que las partes, al ponerse en contacto, estipulan una suerte de acuerdo tácito para comportarse en forma tal que sus respectivas posiciones de interés queden tuteladas; o se admite, con carácter irrefutable, que deberes de este contenido derivan de la sola realización de la actividad descrita⁽³⁷⁾. Sin embargo, el derecho italiano actual resuelve la cuestión inequívocamente, mediante lo dispuesto en el artículo 1337⁽³⁸⁾, titulado “tratativas y responsabilidad precontractual”, en el cual se consagra el deber de las partes de comportarse de buena fe; y mediante lo dispuesto en el artículo 1338⁽³⁹⁾, titulado “conocimiento de las causas de invalidez”, en el cual se establece el deber de resarcimiento de los daños por cuenta de aquel que, conociendo o debiendo conocer una causa de nulidad del contrato, no da noticia de la misma a la otra parte. De acuerdo con tales criterios, el debate se transfiere al plano de la calificación de la responsabilidad de los tratantes, cuando éstos ocasionaran daños al comportarse de forma contraria a la buena fe, y se propone en los

(35) Sobre este punto, cfr. igualmente ROMANO. *Il trasporto di cortesia*. En: *Rivista di Diritto Civile*. 1960, I. pp. 496 y ss.

(36) Cfr., entre lo más reciente, CALUSI. *In tema di trattative e responsabilità precontrattuale*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*, 1956. pp. 470 y ss.; MESSINEO. Voz “Contratto”, II, *Diritto privato (Teoria generale)*. En: *Enciclopedia del diritto*. Vol. IX. Milán, 1961.: p. 784 y ss.; BENATTI. *La responsabilità precontrattuale*. Milán, 1963.

(37) Para las referencias bibliográficas respectivas cfr. DE CUPIS. *Contributo alla teoria del risarcimento*. Milán, 1939. p. 26 y ss.

(38) (Nota del traductor) “Artículo 1337.- Tratativas y responsabilidad precontractual.- Las partes, en el desarrollo de las tratativas y en la formación del contrato deben comportarse de acuerdo con la buena fe”.

(39) (Nota del traductor) “Artículo 1338.- Conocimiento de las causas de invalidez.- La parte que, conociendo o debiendo conocer la existencia de una causa de invalidez del contrato, no hubiera dado noticia de ella a la otra parte será obligada a resarcir el daño sufrido por ésta por haber confiado, sin su culpa, en la validez del contrato”.

términos de si dicha responsabilidad es contractual⁽⁴⁰⁾ o extracontractual⁽⁴¹⁾ o si constituye, a lo mejor, un *tertium genus* entre estas dos figuras⁽⁴²⁾.

En este punto convendría afirmar de inmediato, que según los principios, la destacada ausencia de un acuerdo anterior no debe mover a tomar partido, sin el menor reparo, hacia la configuración de una responsabilidad aquiliana; por el contrario y, como es costumbre, todo depende de si el Derecho regula el conflicto de intereses entre los tratantes a través de la constitución de una relación obligatoria o si interviene, únicamente, luego de la verificación del daño, para sancionar la responsabilidad respectiva. Ahora bien, para estos fines parece decisivo resaltar que el legislador, en hipótesis, ya en la norma del artículo 1337, cuyo alcance es general, consagra un deber de comportamiento conforme con un determinado criterio (el de la buena fe). Es verdad que este deber parece referirse, en términos latos y genéricos, a un tipo “de comportamiento”, concebido con el fin último de mantener indemnes a los tratantes; pero si se siguen las apariencias iniciales, se debe admitir que aquí se establece un vínculo entre sujetos determinados, en el marco de los intereses patrimoniales que constituyen la materia del contrato (eventual), y en relación con la prestación de un comportamiento relevante para la satisfacción de pretensiones ajenas. La existencia de una verdadera relación obligatoria en este caso, puede ser argumentada, además, si se tiene en cuenta que un efecto de igual contenido se produce en las demás fases de vida del contrato (en su formación en sentido estricto, en virtud del artículo 1337 y también en su ejecución, en virtud del artículo 1375)⁽⁴³⁾, de cuya naturaleza obligatoria no se puede dudar, en absoluto; por otro lado, no parece constituir una razón válida,

para realizar una calificación distinta, el hecho de que en la fase de las tratativas el deber en mención constituya el único y autónomo efecto de la actividad de las partes.

En lo atinente al desenvolvimiento concreto de este deber, lo habitual es evidenciar -y éste es, indudablemente, el aspecto de mayor importancia práctica- la circunstancia del receso, injustificado o arbitrario, de las tratativas. Pero se debe considerar, del mismo modo, que un comportamiento de ese tipo no trasciende únicamente por su carácter dañoso, sino en cuanto comporta la violación del deber de buena fe, que en esta fase y según la opinión acogida, asume el contenido de un deber de tratar con arreglo a una evaluación, leal y correcta, de los intereses a regular; un deber que debe tenerse por violado cuando las tratativas se abandonen sin una justificación seria. En ocasiones, el deber de comportarse con arreglo a la buena fe se traduce, además, en otros tantos deberes específicos de contenido positivo, relativos a los términos y al contenido del contrato que se está por celebrar. Pueden citarse los casos del deber de dar noticia sobre las causas de invalidez, establecido en el artículo 1338 y también los deberes de información, secreto y custodia, que resultan del régimen normativo de determinados tipos contractuales (cfr. artículos 190, segundo párrafo; 1812 y 1821, 1718, tercer párrafo, etcetera)⁽⁴⁴⁾. Hay que convenir, en definitiva y también en este aspecto (del desenvolvimiento concreto del deber de buena fe), en que la culpa *in contrahendo* se configura, con carácter general, como una responsabilidad contractual. Ello, a menos que se quiera optar por aquella solución intermedia, que introduce una fractura -ciertamente difícil de justificar en una materia que posee un fondo unitario- conforme

(40) Cfr. MENGONI. *Sulla natura della responsabilità precontrattuale*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obligazioni*. 1956, II. p. 360 y ss.; STOLFI. *In tema di responsabilità precontrattuale*. En: *Il Foro Italiano*. 1954, I. Col. 1108 y ss.; ROMANO. *Introduzione allo studio del procedimento giuridico nel diritto privato*. Milán, 1961. p. 53; MAIORCA. Voz “Colpa”, Op. cit.: p. 545.

(41) Cfr. por todos BARBERO. *Sistema del diritto privato ...*; op. cit.: p. 370; BRANCA. *Istituzioni di diritto privato*. Bologna, 1956; QUAGLIULO. *Responsabilità aquiliana ...*; col. 199; TOSCANO. *Responsabilità civile*; pp. 841 y ss.; Corte de Casación Civil Italiana: Sent. núm. 1650 del 23 de junio de 1964, (en Massimario della Giustizia Civile, 1964, p. 755).

(42) Cfr. CANDIAN. *Nozioni istituzionali di diritto privato*. 2da. edición. Milán, 1949. p. 124; SACCO. *Culpa in contrahendo ...*; p. 86 y ss.

(43) (Nota del traductor) “Artículo 1375.- Ejecución de buena fe.- El contrato debe ser ejecutado de acuerdo con la buena fe.”

(44) (Nota del traductor) Se refieren, respectivamente, a la nulidad de la enajenación de la dote (“El otro contratante no puede pretender ser reembolsado de lo que ha pagado en virtud del contrato declarado nulo sino en los límites en los que lo que ha pagado se ha convertido en beneficio de la mujer o de la familia. Pero el marido está obligado por los daños frente a aquel con quien ha contratado, si en el contrato no ha declarado que el bien era dotal”); los daños al comodatario y al mutuatario por vicios de las cosas que reciben (que no les hubieran sido advertidos por el comodante o mutuante); y a la obligación del mandatario de dar aviso del deterioro de las cosas recibidas de parte del mandante, o de que estas últimas no llegaron o lo hicieron con retardo.



con la cual habría que identificar, en cada caso, si se trata de responsabilidad contractual o aquiliana⁽⁴⁵⁾.

Por otro lado, es necesario ocupar algún espacio en considerar las consecuencias que la solución adoptada propicia, de acuerdo con los puntos de divergencia principales y más significativos entre una y otra figura (de responsabilidad). En lo que atañe a la carga de la prueba no se debe entender que existe - en aplicación de las reglas por las cuales el deudor debe probar la inexistencias de la culpa- una presunción de que el tratante tuvo mala fe; ello concuerda con una evaluación que indudablemente no puede ser acogida, ni siquiera respecto de aquel que hubiera interrumpido unas tratativas. Por el contrario, hay que subrayar que, precisamente, sobre la base de los principios en materia de responsabilidad contractual, el acreedor debe aportar la prueba del incumplimiento -en el caso concreto, la prueba del comportamiento de mala fe (objetiva)-, la cual implica, por lo general, la afirmación de la culpa del tratante, sin perjuicio de la posibilidad que tiene este último para probar lo contrario, o en cualquier caso,

la falta de culpa de su parte. Después, en lo concerniente a la identificación del daño resarcible, se explica fácilmente, siempre de acuerdo con la interpretación adoptada, que aquí no se responde del daño por incumplimiento de la obligación a efectuar (que en aquel momento todavía no ha surgido). La obligación incumplida es más bien aquella de tratar de buena fe; por tanto, los daños respecto de ella -y se discute en torno del interés negativo- sólo pueden identificarse, para citar los principales ejemplos, en los gastos asumidos y en las ocasiones perdidas por la interrupción de las tratativas, en las consecuencias perjudiciales experimentadas a causa de haber confiado en la validez del contrato celebrado, etcétera.

Breves comentarios merece, finalmente y por conexión de ideas, la esfera característica de relaciones que pueden instaurarse entre las partes, con miras a la eventual y futura estipulación de un contrato, que crea la ocasión para que se produzcan daños bien distintos de aquellos inherentes al desarrollo de las tratativas; y se pueden citar los ejemplos del cliente que visita un negocio para evaluar las mercaderías, o del que entra en el hospedaje para obtener información, etcétera, y que padecen un infortunio en dichos locales⁽⁴⁶⁾. Con seguridad, no cabe entender que el contratante, futuro y eventual, de quien ha provenido el daño, haya violado la buena fe; por otro lado, no parece posible plantear, al margen de todo asidero legal, la existencia de un deber a su cargo, de garantizar la seguridad de los sujetos con los cuales entra en tratativas; se debe concordar, entonces, en que sólo se podrá responder de dicho daño en virtud del artículo 2043.

El discurso cambia, qué duda cabe, cuando se debe asumir, según el comportamiento del sujeto frente a aquel que le ofrece un bien o servicio, que el contrato sí llegó a constituirse. En la práctica, esta cuestión ha surgido, por ejemplo, en la hipótesis del pasajero que sufre un daño mientras sube al vagón de un tranvía. Aquí se considera que mediante dicho comportamiento el contrato se celebró -a condición de que el pasajero no hubiera empleado medios artificiosos o fraudulentos- y que se debe aplicar, entonces, la normativa correspondiente⁽⁴⁷⁾.

(45) En sentido contrario, cfr. DE CUPIS. *Il danno*, Op. cit.; pp. 95 y ss.

(46) Al respecto, cfr. BENATTI. *Responsabilità ...* Op. cit.; pp. 79 y ss.

(47) Cfr. por todos PERETTI-GRIVA. *Le responsabilità civili nella circolazione*, Turín, 1959. p. 581.

4 La eficacia y ejecución del contrato y el contenido de la obligación. Los deberes de seguridad.

El análisis fronterizo propuesto asume un interés mucho mayor en un ámbito distinto, como lo es el del contenido que puede asumir la relación obligatoria. Aquí conviene señalar que la dogmática moderna, acogiendo los dictados cada vez más influyentes de la conciencia jurídica, y a través de una adecuada evaluación de los instrumentos ofrecidos por el derecho positivo, tiende a extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación fundamental que se deduce de ella, hasta llegar a considerar todos los deberes que contribuyen al objetivo de preparar, y a integrar, el cumplimiento, para la plena satisfacción del interés del acreedor; todo, en el marco de la solidaridad entre las partes. En tal sentido, parecerían concurrir, en efecto y a la luz de una interpretación desprejuiciada, las normas innovadoras del Código Civil italiano de 1942: el artículo 1175, según el cual deudor y acreedor tienen que comportarse conforme con las reglas de la lealtad; el artículo 1374, en materia de integración del contrato; y el artículo 1375, sobre la ejecución de buena fe⁽⁴⁸⁾. Hay que tener en cuenta todas estas normas a fin de establecer si, y hasta qué punto, se puede realizar -sobre la base de los criterios de comportamiento subrayados- una tutela más amplia de las situaciones dañosas que se verifican, eventualmente, en conexión con la actuación de la relación; de tal forma, se llega a satisfacer, a través de instrumentos técnicos más evolucionados y adecuados, la antigua aspiración de lograr, en virtud del vínculo obligatorio mismo, la seguridad del acreedor (también la del deudor) y de sus cosas. Para tal efecto, hay que considerar que un resultado similar también puede plantearse fácilmente en todas aquellas hipótesis en que la misma prestación debida implica, de por sí, la preservación de los daños contra las cosas ajenas; y

aquí se pueden citar los ejemplos de los contratos u obligaciones que tienen por objeto la custodia⁽⁴⁹⁾. Al margen de estos casos, que son los más evidentes, la evaluación -según los antedichos principios- de los intereses que se deducen de la prestación puede conducir, con suficiente certeza, a la afirmación de la existencia de deberes de protección o de seguridad⁽⁵⁰⁾; ello, sobre el presupuesto, dentro de los límites, y conforme con la premisa de que existe siempre una conexión bastante estrecha entre la ejecución de la obligación y la salvaguarda de los bienes. Se debe descartar, por otra parte, que la obligación se extienda en todos los casos -y por ende, incluso en los supuestos en que la conexión entre su ejecución y el daño tiene sólo un carácter ocasional- a tutelar a las partes en contacto.

En este punto convendría advertir, de todas maneras, que actualmente y respecto de una serie de hipótesis, el Código Civil italiano zanja la cuestión mediante disposiciones específicas; éstas, ciertamente, pueden ser tomadas en cuenta por los elementos que suministran para efectos de solucionar los eventuales casos dudosos. Así, los artículos 1681, en materia de contrato de transporte⁽⁵¹⁾ y 2087⁽⁵²⁾, en materia de trabajo subordinado, establecen respectivamente y por encima de todo, el deber de mantener la incolumidad de lo transportado y de los trabajadores. Y los artículos 1588, en materia de locación; 1693, para el transporte de cosas; 1718, primer párrafo, en materia de mandato; 1784 y 1786, para las cosas dejadas en el hospedaje o casa de reposo, en locales de espectáculos públicos, en establecimientos de los balnearios, etcétera, establecen un deber de custodia, con la consiguiente responsabilidad que pesa sobre los sujetos a los que se han confiado las cosas, con miras a la ejecución de la prestación. Ello permite argumentar la extensión de este tipo de deberes de salvaguarda de los bienes -y la extensión de la responsabilidad contractual, por tanto- a todos aquellos casos en que la naturaleza del contrato

(48) Cfr. por todos, sobre este principio, NATOLI. *L'attuazione del rapporto obbligatorio*. Vol. I. Milán, 1963. pp. 4 y ss.; RODOTÀ. *Le fonte di integrazione del contratto*. Milán, 1964. pp. 84 y ss.; DI MAJO-GIAQUINTO. *L'esecuzione del contratto*. Milán, 1967. p. 365.

(49) Cfr., en general, MAJELLO. *Custodia e deposito*. Nápoles, 1958.

(50) Sobre lo cual cfr., recientemente, BENATTI. *Osservazioni in tema di "doveri di protezione"*. En: *Rivista Trimestrale di Diritto e Procedura Civile*. 1960. pp. 1342 y ss.

(51) Cfr. DE MARTINI. *Responsabilità del vettore ...*; Op. cit.; pp. 426 y ss.

(52) (Nota del traductor) "Artículo 2087. Tutela de las condiciones de trabajo.- El empresario está obligado a adoptar en el ejercicio de la empresa las medidas que, según la particularidad del trabajo, la experiencia y la técnica, son necesarias para tutelar la integridad física y la personalidad moral de quienes prestan el trabajo".

y el objeto de la obligación impliquen, ya el ingreso de la persona en locales, ya la inserción de la misma en organizaciones de actividades, servicios, etcétera, predispuestos por quien debe efectuar, o incluso recibir, la prestación, ya su hospedaje en sus sedes, y la confianza respectiva de la custodia de las cosas personales. Se pueden citar, de igual forma, los casos del cliente que sufre daño en un hospedaje o restaurante, debido a cosas que se tenían en tales lugares⁽⁵³⁾; o el supuesto de quien cae, saliendo de local, a causa de un defecto de las luces reglamentarias⁽⁵⁴⁾.

Sin embargo, la misma cuestión se plantea en otras varias hipótesis de la experiencia, en las cuales también entran en juego el criterio y los límites de la exacta prestación. A título de ejemplo, se puede considerar que el vendedor responde del daño sufrido por el comprador por la venta de una cosa en lugar de otra (tradicionalmente se cita el caso del farmacéuta que vende un veneno, y no el inofensivo producto que se le requirió); y que responde, igualmente, de los vicios de la cosa, a menos que por las características de su participación en el intercambio, no tuviera ninguna forma de controlar el estado y las cualidades de las mercaderías (caso en el cual prevalece la corriente que afirma la responsabilidad extracontractual del fabricante)⁽⁵⁵⁾.

Otro difícil problema se ha propuesto, recientemente, sobre esta última cuestión: si junto con la previsión específica del resarcimiento de los daños en el artículo 1494⁽⁵⁶⁾ -la misma que sigue, por tanto, una rigurosa regulación en materia de términos prescriptorios- se puede admitir una acción de daños distinta, mediante una invocación al plano de la *culpa in contrahendo*⁽⁵⁷⁾. Se puede admitir, por otra parte, que el locador, obligado a mantener la cosa cedida en locación en un estado tal que pueda servir para el uso pactado, responde por incumplimiento de ello frente al locatario que resultara lesionado, etcétera, más allá

de la responsabilidad normada en el artículo 2043, etcétera,⁽⁵⁸⁾. Por último, una hipótesis de utilidad escolástica, que grafica la extrañeza del daño respecto de la naturaleza de la prestación debida, está dada por el caso del trabajador que se aloja en una casa ajena para desempeñar una labor, y que comete un hurto allí.

5 Las prestaciones amistosas y de cortesía frente al hecho dañoso.

La cuestión adquiere ribetes distintos cuando la actividad de los sujetos que se somete a examen no tiene la relevancia jurídica de un contrato, a pesar de presentar formas exteriores en algún modo semejantes. Nos disponemos a afrontar el discurso, harto más amplio y significativo, de la delimitación entre las esferas del derecho (contractual) y del hecho, la cual vuelve a asumir una importancia peculiar e innegable, desde la perspectiva de los deberes y responsabilidades que pueden derivar de tales relaciones, aun en ausencia de actos negociales.

En este ámbito aparecen las denominadas relaciones de cortesía, entre las cuales destaca -dada la importancia práctica de la cuestión- la hipótesis del transporte amistoso; no es inconveniente detenerse en este último, a fin de conocer los motivos de contraste y los criterios de solución que pueden ser válidos, también, para situaciones análogas. Aquí nos encontramos a bastante distancia del supuesto de concurrencia de una relación precontractual, o de un contrato en toda su eficacia, en los cuales se entiende que lo necesario es reforzar la tutela de las partes. Así las cosas, en defecto de un vínculo jurídico, y por desenvolverse la relación en la esfera de la amistad, se advierte es más bien la conveniencia de mitigar la responsabilidad del que realiza el transporte. En efecto, la razón de fondo que inspira a una parte de la doctrina a postular, para estos propósitos, la existencia de un

(53) Cfr., sobre esta cuestión, Corte de Casación Civil Italiana: Sent. No. 2778 del 30.7.1958, en Repertorio del Foro Italiano, 1958, sub voz "*Obbligazioni*". No. 4) (en relación con el derecho del cliente a ser alojado en una habitación segura).

(54) Véase, asimismo, Corte de Casación Civil Italiana: Sent. No. 46 del 20.6.1960, en Massimario del Foro Italiano. 1960, col. 10.

(55) Cfr., de lo reciente, MARTORANO. *Sulla responsabilità del fabbricante* ...; Col. 13 y ss.; Corte de Casación Civil Italiana: Sent. núm. 4004 del 21.10.1957, en «Il Foro Italiano», 1958, I, col. 46.

(56) (Nota del traductor) "Artículo 1494. Resarcimiento del daño.- En todos los casos el vendedor está obligado frente al comprador al resarcimiento del daño, si no prueba haber ignorado sin culpa los vicios de la cosa.

El vendedor debe resarcir además al comprador los daños derivados de vicios de la cosa".

(57) Cfr. Fr. ROMANO. *Compravendita, garanzia per i vizi*. En: *Annali della Facoltà di Giurisprudenza di Macerata*. 1966.

(58) Cfr., sobre este punto, DE CUPIS: *Il danno*...; op. cit.; pp. 86 y ss.

contrato de transporte gratuito⁽⁵⁹⁾ o bien de un contrato innominado⁽⁶⁰⁾, no es otra que la de elaborar, por dicho medio, un régimen justo y equilibrado, en el cual logren atemperarse las posiciones opuestas, de los deberes e intereses de aquel que, en cuanto se ofrece amigablemente a una prestación en interés de otro, no merece ser tratado como un extraño. Pero hay que objetar, rápidamente, que según dicho criterio -es decir, cuando se trata de crear un deber en defecto de un contrato- no cabe dudar que es imposible proceder mediante presunciones y analogías; en tal forma, una solución del tipo que se ha planteado no parece ser admisible en el estado actual del derecho italiano. Vale la pena observar, sin embargo, que de todas formas dicho criterio no consigue satisfacer con certeza la exigencia planteada; ello, si se considera que, por un lado, el régimen del contrato de transporte gratuito es asimilado al del oneroso (artículo 1681, Tercer párrafo) y que siendo así no es posible obtener, por tal vía, el resultado de una atenuación de la responsabilidad; por otro lado, y de cualquier forma, si se opta por la solución del concurso entre la responsabilidad contractual y la aquiliana (sobre el cual se tratará más adelante), dicha ventaja y todas las demás (por ejemplo, el término de prescripción establecido en el artículo 2951)⁽⁶¹⁾ estarían destinadas a volverse inútiles. En este punto se debe admitir -tal como lo auspicia la mayoría- que el problema propuesto sólo se puede resolver sobre la base de una norma específica; una norma que sea válida, más allá de toda réplica atinente a la naturaleza de la responsabilidad, para establecer una atenuación de la responsabilidad del que realiza el transporte a título amistoso⁽⁶²⁾. En realidad, en el Derecho Italiano vigente existe un precedente significativo, como lo es la norma del artículo 414 del Código de la Navegación, que limita la responsabilidad a los casos de dolo y culpa grave, cuando se trata de transporte amistoso, aunque esta regla no parezca extensible por analogía, dada su

sede y contenido, a otras hipótesis de transporte amistoso. No sería admisible, en cambio, lo planteado en una opinión reciente, que recurre, para realizar el mismo efecto, a una normativa privada, que excede de los confines del contrato propiamente entendido, en conformidad con la cual se debería proporcionar, además, la responsabilidad del transportista⁽⁶³⁾. Esta sugerente concepción atenta, en efecto, contra el postulado de que una normativa de dicho tipo, en defecto de un reenvío específico por parte del ordenamiento jurídico, no puede surtir ningún efecto más allá de su esfera, ni siquiera con el fin de lograr una atenuación de la responsabilidad.

No sería inoportuno observar también que en otras hipótesis del mismo tipo, el problema propuesto parece destinado a desaparecer, frente a la imposibilidad práctica, o al menos frente a la gran dificultad, de detectar suficientes elementos objetivos de distinción entre acto gratuito y acto de mera cortesía. Nos estamos refiriendo al caso, bastante ejemplar, del acuerdo que tiene lugar con la entrega de una cosa a un amigo para que éste la custodie; se integran, en buena sustancia, los elementos constitutivos del contrato de depósito (a título gratuito), en relación con el cual, la disposición del artículo 1768, segundo párrafo, consagra, además, la atenuación de la responsabilidad por culpa, con lo que se satisface la exigencia que surge al respecto. En fin, en todas las demás hipótesis de actos de cortesía posibles, al margen de una estricta y eventual analogía con algún tipo contractual, la única solución que admite el problema es asumir que el dañador responde según las reglas comunes de la responsabilidad extracontractual.

Sobre la línea limítrofe entre contrato y situación de hecho se desarrolla, asimismo, la estructura de las denominadas relaciones contractuales de hecho, que comprenden una serie de relaciones fundadas en contratos inválidos, o también, de manera mucho más

(59) Cfr. BRASIELLO. *I limiti della responsabilità per danni*. Milán, 1959. p. 89 y ss.

(60) PERETTI-GRIVA. *Trasporto amichevole*. En: *Il Foro Padano*, 1957, I, pp. 481 y ss.; ID., *Le responsabilità civili*.... Op. cit.; p. 615 y ss.

(61) (Nota del traductor) "Artículo 2951.- Prescripción en materia de expedición y de transporte.- Prescriben al año los derechos derivados del contrato de expedición y del contrato de transporte(...)".

Esto constituiría una ventaja para el que realizó el transporte, si se tiene en cuenta que -tal como destaca el mismo autor- en el sistema italiano la prescripción ordinaria de la acción por responsabilidad contractual es de 10 años (artículo 2946), mientras que en la responsabilidad derivada de hechos ilícitos el término prescriptorio aplicable es sólo de 5 años (artículo 2947).

(62) Para el estado de la doctrina y jurisprudencia, en gran medida favorables a esta interpretación, cfr., recientemente, DE CUPIS. *Il danno...*; op. cit.; p. 85 y supra nota 59.

(63) Cfr. Salv. ROMANO. *Il trasporto di cortesia*...; pp. 495 y ss.

lata, relaciones establecidas por medio de contactos típicos de la vida de relación, los cuales son análogos, en variados aspectos, a los contactos contractuales⁽⁶⁴⁾. Dicha concepción, enraizada, además, en distintos presupuestos y dirigida hacia objetivos más amplios, puede incidir en los confines de la responsabilidad contractual, en la medida en que es en virtud de ella que se logra una expansión de la esfera de las relaciones vinculantes jurídicamente; y ésta es, justamente, la razón por la que conviene referirse a las mismas. Pero hay que advertir, con el mismo fin y recordando una referencia precedente (la de los contactos precontractuales entre las partes), que según la opinión ampliamente predominante -la única aceptable, además- los hechos o relaciones planteados sobre la base de meras apariencias de la realidad social, no pueden dar lugar a deberes jurídicos.

6 Concurso o acumulación de las acciones de responsabilidad contractual y aquiliana. Distintas soluciones doctrinarias. Se propende hacia la admisibilidad del concurso. Concurso de acciones y no de normas.

A pesar de diferir en su fundamento y naturaleza, la responsabilidad contractual y la extracontractual constituyen, de todas formas, remedios frente a una situación dañosa. Desde este punto de vista, y según cuanto se ha anotado anteriormente, se puede configurar una esfera bastante amplia de coincidencia entre ambas responsabilidades. Nos referimos una vez más, y específicamente, a todos los casos en los que un sujeto está obligado a garantizar, frente al daño, tanto la persona cuanto la cosa; daño cuya verificación comporta, al mismo tiempo, el incumplimiento del deber y el perjuicio injusto contra los bienes afectados. En este nivel, surge el último problema a afrontar: si en dicha situación, el damnificado puede valerse de una sola acción de responsabilidad -y así lo entienden

los defensores de esta propuesta, que se inclinan, generalmente, por la contractual- o si puede valerse, por el contrario, de una u otra acción, con el propósito, claro está, de contrarrestar el daño por única vez⁽⁶⁵⁾, pero sin perjuicio de la discusión posterior acerca de la calificación formal de un concurso similar. La cuestión tiene una importancia teórica innegable, en cuanto toca cercanamente los presupuestos y las funciones de ambas formas de responsabilidad, y por otro lado, porque su solución genera consecuencias prácticas de importancia, en vista de la antes destacada diferencia de régimen que existe entre las dos acciones.

Una corriente de opinión se pronuncia en sentido contrario al concurso; su punto de apoyo, con distintos argumentos, es la fuerza absorbente del contrato o, más en general, de la obligación⁽⁶⁶⁾. Se afirma al respecto que si las partes han decidido, de común acuerdo, regular sus relaciones de un determinado modo, es imposible no atribuir a la regulación de intereses así establecida un valor preeminente (superior al de la responsabilidad aquiliana, que supone la extrañeza de los sujetos); que la ley, igualmente, entraría en contradicción con sí misma si luego de atribuir al contrato fuerza de ley entre las partes, le quitase esta fuerza hipotéticamente, al admitir que una de dichas partes puede incurrir en responsabilidad fuera del ámbito contractual. En el plano de la relación se observa, además, que cuando un sujeto recibe de ley una tutela para sus intereses, frente a otros sujetos determinados, deja de tener razón de ser, y debe ser descartada, la tutela genérica concedida por el *neminem laedere*; y que admitir, a estas alturas, el concurso, significa aceptar una incidencia simultánea, sobre una de las partes, de los deberes de un obligado y de los de un tercero, cuando lo real es que se trata de dos calidades que se excluyen mutuamente; por lo demás, un deber jurídico no puede constituir, al mismo tiempo, una obligación y un mero deber genérico.

Sin embargo, la solidez de estos argumentos, variados y en alguna medida convincentes, es sólo

(64) Sobre tal construcción, planteada casi exclusivamente por la doctrina alemana, cfr. recientemente RICCA. *Sui cosiddetti rapporti contrattuali di fatto*, Milán, 1965.

(65) Cfr. por todos, TOSCANO. *Responsabilità civile ...*; op. cit.; p. 251.

(66) Cfr., en general, para los puntos que siguen, BARASSI. *La teoria generale delle obbligazioni*. Vol. II. p. 447; ASQUINI. *Massime non consolidate in tema di responsabilità nel trasporto di persone*. En: *Rivista del Diritto Commerciale e del Diritto Generale delle Obbligazioni*. 1952, II. pp. 2 y ss.; PERETTI-GRIVA. *Le responsabilità ...*; pp. 638 y ss.; RUSSO. *Concorso ...*; pp. 966 y ss.; TOSCANO. *Responsabilità civile ...*; pp. 248 y ss. (y allí una amplia bibliografía).

ficticia. En particular, hay que afirmar que está basada en un grueso error de perspectiva la opinión que sostiene que si se admite el concurso de la responsabilidad aquiliana, resultaría comprometida la eficacia del contrato. Se debe replicar que en la hipótesis bajo examen, con toda seguridad, los contratantes no prevén, ni regulan, la acción dañosa de uno de ellos, ni las consecuencias respectivas; algo que sí acontece, por ejemplo, en las llamadas convenciones de responsabilidad, para las cuales surgiría, cuando más, un problema distinto: a saber, el de los límites de configurabilidad y validez (de dichos pactos).

En lo que atañe al otro orden de objeciones, resulta completamente evidente -sobre todo si se rechaza el equívoco presupuesto del *neminem laedere*- que entre el incumplimiento de la obligación y la responsabilidad aquiliana no existe, en absoluto, una relación de especie a género, y que en hipótesis, por tanto, no se realiza ninguna coincidencia, ni se plantea ninguna incompatibilidad, de deberes diferentes y distintamente orientados; lo que ocurre -conviene reafirmarlo- es que, en relación con una única situación dañosa, se plantean remedios de fundamento y naturaleza diversos. En tal forma, ya no se comprende a estas alturas por qué la presencia de una relación obligatoria que tiende al mismo resultado, tendría que excluir el otro medio de tutela a disposición de la víctima del daño injusto.

No son admisibles, con mayor razón, las posiciones intermedias -útiles, sin embargo, para destacar cuán preocupante es llevar demasiado al límite la solución criticada- de quienes admiten el cúmulo de las acciones sólo en caso de que el incumplimiento contenga, además, los elementos de un delito⁽⁶⁷⁾, o si el mismo hubiere dependido de dolo o culpa grave⁽⁶⁸⁾. En realidad, de admitirse que la presencia de un vínculo obligatorio posibilita, a través de la responsabilidad contractual, una tutela preeminente y exclusiva (respecto de cualquier otra) frente al daño ocasionado,

no se explica por qué la decisión tendría que cambiar por causa de la peculiar gravedad de la ofensa o de la reprobabilidad del comportamiento del dañador; por lo demás, estas últimas son circunstancias que no trascienden para efectos de la responsabilidad aquiliana (sin perjuicio de la resarcibilidad de los daños morales en caso de delito).

Si a la luz de las consideraciones expuestas no se justifica, bajo ningún punto de vista, la exclusión de la acción aquiliana, se tiene que tomar partido, sin dudar, por la solución acogida por una aguerrida corriente doctrinaria⁽⁶⁹⁾ y por la jurisprudencia predominante⁽⁷⁰⁾, que reconocen al damnificado la posibilidad de ejercer una u otra acción. De todos modos, conviene brindar alguna referencia sobre las razones de fondo de esta solución, que no siempre son planteadas en términos coherentes y persuasivos por parte de sus defensores. Lo que se pretende significar es, sobre todo, una afirmación con valor de principio: que la norma del artículo 2043. posee una naturaleza cogente y publicística; que, por tanto, su fuerza operativa no puede ser excluida por el remedio, estrictamente privatístico, de la responsabilidad contractual. Ya se ha tenido oportunidad de observar, en sentido opuesto, que la cuestión no se puede plantear, de ningún modo, en los términos de una confrontación de la responsabilidad aquiliana (*ex lege*) con la autonomía negocial; debe confirmarse que una relación de este último tipo puede tener lugar, cuando más -y habrá de encontrar una solución que le es característica, entonces- a propósito de las cláusulas exoneradoras o limitativas de responsabilidad. Tampoco son del todo convincentes los argumentos empíricos, aunque significativos, a tenor de los cuales sólo con el cúmulo de las acciones el lesionado puede realizar enteramente el resarcimiento del daño; ni mucho menos aquel que postula que un contratante no puede ser tratado peor que un extraño, con la denegatoria de los beneficios (eventuales) de la acción aquiliana⁽⁷¹⁾. Creemos que la razón de fondo es más bien

(67) Cfr., por ejemplo, MASSARI. *Sui limiti del concorso* En: *Rivista Giuridica della Circolazione e dei Trasporti*. 1954. p. 6; BRASIELLO. *In tema di responsabilità contrattuale*. En: *Giurisprudenza Completa della Corte di Cassazione Civile*. 1951. p. 76; BONASI-BENUCCI. *Responsabilità civile*. Milán, 1954. p. 13.

(68) Esta es la opinión sostenida por la doctrina francesa. Cfr. por todos, SAVATIER. *Traité de la responsabilité civile en droit français*. Vol. I. París, 1951. p. 200.

(69) Cfr. por todos, PACCHIONI. *Dei delitti* ...; pp. 159 y ss.; BRASIELLO. *Concorso di colpa*. En: *Giurisprudenza Completa della Corte di Cassazione Civile*. 1952, II, 1. p. 300; BARBERO. *Sistema* ...; p. 833; DE CUPIS: *Il danno*...; p. 91 y ss.

(70) Cfr., para amplias referencias, TOSCANO. *Responsabilità civile* ...; pp. 248 y ss.; VISINTINI. *La responsabilità civile nella giurisprudenza*. Padua, 1965. pp. 25 y ss.

una que ya se ha tenido oportunidad de evidenciar en distintos puntos del discurso: que cuando concurren simultáneamente los presupuestos de la responsabilidad por incumplimiento y de la responsabilidad aquiliana, resultaría incomprensible que la víctima no pudiera escoger entre su pretensión como acreedor, para realizar el interés que se deduce de la obligación, y la acción de resarcimiento que le es atribuida por la ley, aun con prescindencia del vínculo obligatorio, por el daño injusto que ha experimentado.

No sería válido replicar que cuando la ley admite la posibilidad de escoger entre dos remedios jurídicos, lo hace siempre explícitamente (se citan, como ejemplo, los artículos 1385 y 1386, relativos a las arras confirmatorias y penales)⁽⁷²⁾. Esto sucede cuando el legislador dispone una solución distinta y especial, en comparación con la solución de principio, cuya validez se busca reafirmar, entonces, con un carácter alternativo; o bien cuando se prevén, para la tutela de un mismo interés, remedios totalmente alternativos y opuestos -se podría añadir la hipótesis del artículo 1453, en materia de resolución por incumplimiento de los contratos con prestaciones recíprocas-, en cuyo caso se requiere una regulación particular de las relaciones respectivas (entre resolución e incumplimiento, por ejemplo). Lo que ocurre en realidad, por el contrario, es que nos hallamos frente a una coincidencia y convergencia de dos remedios para un mismo objeto, los cuales se encuentran a disposición según sus autónomos requisitos; no existe ninguna razón, entonces, para que uno de los remedios tenga que excluir al otro, ante la falta de una disposición con el contenido antes indicado (son de igual competencia del propietario-acreedor, por ejemplo, tanto la acción reivindicatoria cuanto la acción restitutoria).

Si bien esta posibilidad de optar no parece cuestionable en abstracto, sí se tiene que aceptar,

definitivamente, que la solución planteada presenta cierta dificultad a causa de la diferencia de título y de régimen de las acciones; si así no fuera, es indudable que el problema no tendría cómo plantearse. Aquí hay que proceder, esencialmente, a la calificación formal de la situación que se suscita, para la cual se plantean eventualmente las fórmulas, en alguna medida abstractas y no siempre unívocas, del concurso de acciones y de derechos, y del concurso exclusivo de normas⁽⁷³⁾. El sentido de esta última solución (la del concurso de normas) parece ser el que sigue: que una vez interpuesta la demanda de daños, el juez tiene el poder de aplicar una u otra normativa, sin quedar vinculado por el pedido del actor; o que corresponde al lesionado, igualmente, escoger de entre las distintas normas aplicables, incluso cuando el juicio está en curso, aquella que se adapta en mayor medida con su caso. Debe observarse, sin embargo, y en sentido contrario, que si en un supuesto se plantean dos distintos, aunque conexos, títulos de responsabilidad y las relativas acciones, no puede admitirse la solución del mero concurso de normas; deben desatenderse, asimismo, las consecuencias que suscitaría una inadmisibles combinación -estaríamos tentados de decir contaminación- de instituciones y normas distintas, a aplicarse indiferentemente, según cada caso. Por consiguiente, se debe optar por la otra construcción, la única aceptable: el concurso de acciones⁽⁷⁴⁾, según el cual compete al actor proponer una u otra acción, o incluso ambas, juntas y alternativamente. Ello, sin perjuicio de admitir que en la práctica, y para no quedar entrapados en excesivos formalismos, puede bien atribuirse un significado extensivo -en el sentido antes indicado- a la demanda de responsabilidad y condena de daños, cuando de la sola proposición de los hechos se deduzca la concomitancia de las hipótesis del incumplimiento de la obligación y del daño aquiliano.

(71) Apoya este criterio HEINITZ. *Responsabilità contrattuale e responsabilità aquiliana*. En: *Il Foro Italiano*. 1936, I. Col. 1562.

(72) (Nota del traductor) "Artículo 1385.- Arras confirmatorias.- Si en el momento de la celebración del contrato una de las partes diera a la otra, a título de arras, una suma de dinero o una cantidad de otras cosas fungibles, las arras, en caso de incumplimiento, deberán ser restituidas o bien imputadas a la prestación debida.

Si la parte que hubiese dado las arras no cumpliera, la otra podrá resolver el contrato reteniendo las arras; si por el contrario, la que incumple fuese la parte que la ha recibido, la otra podrá resolver el contrato y exigir el doble de las arras.

Pero si la parte que no ha incumplido prefiriese demandar la ejecución o la resolución del contrato, el resarcimiento del daño se regulará por las normas generales".

(73) Sobre tal problemática, cfr. en la doctrina y jurisprudencia, recientemente, DE CUPIS. *Il problema del cumulo della responsabilità contrattuale ed extracontrattuale*. En: *Annali di Diritto Comparato e degli Studi Legislativi*. 1963. pp. 249 y ss.; VISINTINI. *La responsabilità civile...*; p. 16.

(74) Corte de Casación Italiana, Sala reunida: Sentencia No. 3785 del 20.10.1956 (en *Giustizia Civile*. 1957, I. p. 15, con nota favorable de ARIENZO; y en *Giurisprudenza Italiana*. 1957, I. I. Col. 16. Con nota conclusiva de CORMIO).

Otro es el problema, mucho más grave, que surge al considerar el supuesto en que se establecen, mediante disposiciones legales específicas, reglas particulares para la evaluación del comportamiento del damnificado, en el sentido de aminorar o agravar la medida de la diligencia requerida; como consecuencia, se produce una fractura demasiado clara en un punto esencial del régimen de las distintas nociones de responsabilidad; una fractura que parece poderse componer, una vez más, solamente si se plantea la necesaria extensión de las normas -cuando menos de dichas normas- al entero campo del resarcimiento del daño. Pero si se aprecia bien, no es poco usual que las dificultades de este tipo parezcan inexistentes, cuando media una evaluación realística de las situaciones concretas, ni que resulten superadas, a la larga, sobre la base de las soluciones adoptadas por la ley. Así las cosas, en todas las hipótesis en que la atenuación de la diligencia y de la responsabilidad se funda en la naturaleza del contrato - en el depósito gratuito, por ejemplo- dicha regla atiende estrictamente al cumplimiento de la prestación deducida de la obligación (custodia); y no es dado identificar, en modo alguno, una contradicción del sistema, en el hecho de que, al producirse la destrucción de la cosa por el comportamiento del custodiante, en forma tal que se determine la (concurrente) responsabilidad aquiliana de este último, no se pueda invocar, en función de esta

última referencia, la misma, y menor, medida de diligencia por su parte. Un discurso análogo, si bien de tono opuesto, se puede proponer para el caso en que la posición de contratante, en vista del objeto de la prestación, determina un agravamiento de la responsabilidad respecto de la posición de quien estuviera vinculado contractualmente. Y se puede citar el caso del porteador, que debe probar, en virtud del artículo 1681, que adoptó todas las medidas necesarias para evitar el daño. Mientras que aquel que transporta por razones de amistad responde -como ya se ha anotado- en virtud del artículo 2043. Todo ello, no hace que esté demás volver a advertir que el régimen del referido artículo 1681 reproduce, de todas formas, la regulación de hipótesis de responsabilidad (como el ejercicio de actividad peligrosa, del que se trata en el artículo 2050 y la circulación de vehículos del artículo 2054) con los que presenta elementos de afinidad y que hacen surgir exigencias análogas. En otros casos, por el contrario, en los cuales las razones para requerir un grado de diligencia menor tienen que identificarse en la naturaleza misma de la prestación, sin importar cuál fuere el título de la misma, el legislador supera cualquier dificultad, al adoptar un criterio que es válido para todas las hipótesis (de responsabilidad); y aquí cabe citar el ejemplo del artículo 2236, en materia de responsabilidad profesional. AE