

TEMA 13

La Responsabilidad Contractual y Extracontractual¹

SUMARIO: 1. Unidad de la responsabilidad civil 2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual 3. El problema del “cúmulo” de las responsabilidades contractual y extracontractual

1. Unidad de la responsabilidad civil

La responsabilidad civil es la “situación jurídica en virtud de la cual se está en la obligación de responder patrimonial o pecuniariamente en razón de haberle causado un daño a otro. Se alude a la respectiva indemnización por daños y perjuicios. Puede tener origen contractual o extracontractual; en el primer caso, se presenta como el efecto inmediato del incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato; en el segundo supuesto, esto es, la responsabilidad civil extracontractual, tiene lugar por el incumplimiento culposo de una obligación o de una conducta preexistente que no se deriva de ningún contrato o de ninguna convención entre agente y víctima (fuentes de las obligaciones distintas al contrato). La responsabilidad civil extracontractual que tiene lugar por hecho ilícito o abuso de derecho (CC, art. 1185) se denomina también responsabilidad civil delictual”². Por lo que para algunos la primera diferencia que se manifiesta entre la responsabilidad contractual y la aquiliana es la existencia de una relación contractual en la primera y su inexistencia en la segunda. De hecho, la existencia de un contrato entre la víctima y el agente del daño es el presupuesto de la responsabilidad contractual³. Le Tourneau, con base a la sentencia fran-

¹ En el presente tema seguimos fundamentalmente: LAGRANGE, *Apuntes...* Véase también: MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *Las relaciones entre la responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual en el derecho internacional privado venezolano*. Caracas, Universidad Central de Venezuela, Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas, Serie Trabajos de Ascenso N° 10, 2007; RODRÍGUEZ MATOS, *Notas ...*, pp. 451-473; MÉLICH ORSINI, José: *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, *ob.cit.*, T. I, pp. 277-307; MÉLICH ORSINI, José: *La responsabilidad contractual...*, *ob.cit.*, pp. 11-68; VÉLEZ POSADA, Paulina. *La responsabilidad civil contractual y extracontractual. El seguro como criterio de imputación*. Universidad Complutense de Madrid, Master en Derecho Privado, Especialidad Derecho Civil, Trabajo de fin de master, 2012, http://eprints.ucm.es/15867/1/TFM-Paulina_Velez.pdf; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 535-544; PINTO OLIVEROS, *A propósito de la responsabilidad contractual...*, pp. 283-305; OSTERLING PARODI, Felipe y Mario CASTILLO FREYRE: *Algunas consideraciones sobre la responsabilidad contractual y extracontractual en el contexto del Código Civil de 1984*. En: *Cathedra*, Revista de los estudiantes de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Año III, N° 5, Lima, Diciembre 1999, pp. 52-70, http://www.castillofreyre.com/index.php?option=com_content&view=article&id=25&Itemid=141.

² DOMÍNGUEZ GUILLÉN, *Diccionario...*, p. 147.

³ PINTO OLIVEROS, *A propósito de la responsabilidad contractual...* la autora opina que “la irreflexiva unificación de los regímenes de responsabilidad contractual y extracontractual conduce a desconocer los principios rectores del derecho contractual. Se hace pues necesario proceder a un examen riguroso de la responsabilidad contractual (y también de la extracontractual) con un enfoque sistemático y, además, tomando conciencia de la complejidad actual, incluso en ámbito jurídico”.

cesa de casación de la 3ª Sala Civil del 3 de diciembre de 2003, rechaza la expresión “responsabilidad contractual” y señala que debe ser sustituida por “desfallecimiento contractual”⁴.

Una persona es civilmente responsable cuando se encuentra obligada a reparar el daño que le ha ocasionado a otra. Se alude a responsabilidad contractual en sentido amplio, para referirse a la obligación que incumbe al deudor de reparar el daño ocasionado al acreedor por el incumplimiento de una obligación. La responsabilidad extracontractual, en cambio, surge de la violación del deber genérico que cada uno tiene de no causar daños a los demás. De modo que la responsabilidad extracontractual no se deriva del incumplimiento de una obligación en sentido técnico sino de la infracción de un deber que por sí no es de naturaleza patrimonial, consagrado en el artículo 1185 del CC.

Durante mucho tiempo se exageró la diferencia de origen entre esos dos tipos de responsabilidad. Y la doctrina trata a la responsabilidad extracontractual diferenciándola radicalmente de la otra, hasta el punto que prefería hablar de responsabilidad contractual y prefería aludir a “garantía”.

Pero lo cierto es que entre ambas responsabilidades no existen diferencias esenciales. Pues tanto la una como la otra representan una obligación de reparar; pero un caso derivado del incumplimiento de una obligación en sentido técnico o estricto; y en el otro, del incumplimiento de un deber genérico.

La responsabilidad contractual permite distinguir con claridad entre la obligación originaria incumplida y la obligación consistente en la responsabilidad civil, que es una obligación nueva surgida del incumplimiento arbitrario por parte del deudor del derecho de crédito del acreedor. Mientras que la otra, a esa obligación autónoma, nueva, en que consiste la responsabilidad civil pero que no corresponde con un deber preexistente, sino un deber general, un deber que incumbe a cada individuo de la colectividad social de no causar daño a ninguna otra persona.

Se aprecia decisión judicial que indica: “Lo que determina la responsabilidad civil contractual o extracontractual es el daño ocasionado por una persona a otra, independientemente si entre ellas existe o no un vínculo convencional anterior, privando en todo caso el deber genérico de no dañar los intereses ajenos, por lo que, en esencia, es artificiosa la distinción que se hace de ambos tipos de responsabilidades, pues son instituciones de la misma naturaleza, así provengan de cualquier fuente; por lo tanto, ciertamente se impone darles un tratamiento unificado además de permitir su mejor comprensión”⁵.

⁴ LE TOURNEAU, *La responsabilidad civil* ..., p. 99.

⁵ Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, FPO2-A-2006-000009, <http://bolivar.tsj.gob.ve/decisiones/.../1973-11-FPO2-A-2006-000009-PJ01820>.

Entre ambas, existen sin embargo diferencias, pero no sustanciales, sino de detalle en lo que respecta a la regulación de una y otra. Por ello, lo deseable sería llegar a un sistema uniforme, sujetándolas a una regulación única, salvo ciertamente normas especiales que serían características de cada una. De allí que se afirme que la diferencia entre la responsabilidad contractual y extracontractual no es de esencia sino de localización⁶. Por eso frente al dualismo de la tesis clásica surge la teoría unitaria de la responsabilidad civil, para la cual la diferencia entre ambas sería de “detalles”⁷. Se alude a la “unidad teórica de las dos responsabilidades”⁸. De allí que se cita entre las modernas tendencias de la responsabilidad civil la “difuminación de los criterios de distinción entre responsabilidad contractual o extracontractual”⁹.

2. Diferencias de régimen jurídico entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual¹⁰

2.1. Capacidad

La responsabilidad contractual supone e implica en el sujeto la capacidad para obligarse y de otro modo no será posible hacer recaer sobre él las consecuencias del incumplimiento de la obligación. Al efecto indica el artículo 1349: “Nadie puede reclamar el reembolso de lo que ha pagado a un incapaz, en virtud de una obligación que queda anulada, si no prueba que lo que ha pagado se ha convertido en provecho de tales personas”. Se refiere la norma a la obligación contraída por tales personas y que nace viciada de nulidad relativa que puede hacer valer el incapaz. Y si así lo hace y es declarada tal, no se puede reclamar el reembolso de lo pagado, salvo que se convirtiera en su provecho. Es decir, dentro de los límites que se haya enriquecido injustamente a expensas de la otra parte y en la medida que el enriquecimiento subsista en el patrimonio del incapaz. De manera que los términos en los cuales se trata dicha norma son muy severos precisamente en protección al sujeto afectado por la incapacidad.

En materia, extracontractual por su parte, rige el artículo 1186 del CC: “El incapaz queda obligado por sus actos ilícitos siempre que haya obrado con discernimiento”¹¹. La capacidad delictual o para responder por hecho ilícito viene dada por la capacidad natural asociada al discernimiento. Esto es, la capacidad de entender y de querer que implica cierta madurez y un estado de conciencia. La capacidad para distinguir lo bueno de lo malo, la

⁶ PADILLA, *ob. cit.*, p. 3.

⁷ Véase: MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 280-283.

⁸ OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 537 y 538.

⁹ Véase *supra* tema 1. 7.11.5.

¹⁰ Véase también: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 569-571; BERNAD MAINAR, *ob. cit.*, T. III, pp. 285 y 286; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, pp. 284-293; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 538 y 539.

¹¹ Véase: *Código Civil de Venezuela. Artículos 1.186 al 1.191...*, pp. 15-108; DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Ensayos sobre Capacidad y otros temas de Derecho Civil*. Caracas, Tribunal Supremo de Justicia, Colección Nuevos Autores N^o 1, 3^a edic., 2010, pp. 38-40.

capacidad de darse cuenta uno mismo de lo que está haciendo, por qué lo hace y las consecuencias. Tal capacidad falta en el niño y en el demente. Pero la posee en principio el adolescente y el inhabilitado. Lo que exige la ley para responder por hecho ilícito extracontractual es que el sujeto cuando cometió el acto estuviere dotado de capacidad de entender y de querer. El entredicho pudiera responder si se logra probar que actuó en un intervalo de lucidez. De tal suerte que la capacidad delictual deriva de la capacidad natural y no coincide necesariamente con la capacidad civil¹².

2.2. Daños previsibles e imprevisibles

La doctrina tradicional realiza otra diferencia con base a que la responsabilidad contractual se limita a los daños previsibles o que hayan podido preverse al momento de contraer la obligación, y no se extiende a los daños imprevisibles salvo que medie dolo de conformidad con el artículo 1274 CC. En tanto se afirma que en materia extracontractual se extiende al daño imprevisible¹³ por la diferencia de las circunstancias¹⁴. Pero ello, a decir de Lagrange, constituye en esencia una *impropiedad*. Porque precisamente, por no existir en tal materia una relación preexistente previa entre las partes, entre acreedor y deudor de la responsabilidad extracontractual, no puede hablarse de previsibilidad o de imprevisibilidad del daño como sí acontece en materia contractual, en que puede existir una previsión de cuál será el daño que pueda sufrir el acreedor en caso de incumplimiento del deudor.

A propósito de la previsibilidad, no se ve por qué habría de mantenerse una regla distinta para la extensión de los daños resarcibles. Y así se ha indicado que no habría ninguna distinción fundamental a hacer, desde el punto de vista de la reparación entre la responsabilidad contractual y la aquiliana¹⁵.

2.3. Daño Moral

Algunos niegan la procedencia del daño moral en materia contractual¹⁶, a diferencia de la materia extracontractual, bajo el alegato del elemento sistemático de la norma del 1196 CC. Y si bien esa ha sido una postura de cierto sector de la jurisprudencia, desde el punto de vista teórico estricto –aclaraba Lagrange– no existe ninguna razón para sostener eso, pues la responsabilidad por daño moral cabe también por el incumplimiento de una obligación en sentido técnico¹⁷. Es precisamente en tal ámbito, donde tal vez se hace mayormente evidente, como es el caso de la responsabilidad médica.

¹² Véase *infra* tema 24.3.2.1.

¹³ Véase: MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, p. 570.

¹⁴ Véase: GÓMEZ POMAR, *ob. cit.*, p. 134.

¹⁵ DOMÍNGUEZ HIDALGO, *ob. cit.*, p. 247.

¹⁶ Véase: ESBORRAZ, David F. y otros: *El daño moral en la responsabilidad contractual*. En: <http://www.infojus.gob.ar/carlos-hernandez-dano-moral-responsabilidad-contractual-dasjo60084/123456789-oabc-defg4800-6ojsanirtcod> La historia del reconocimiento del daño moral contractual en el Derecho argentino no se encuentra desprovista de aristas conflictivas.

¹⁷ Véase *supra* tema 10.2.3.4.f; LAGRANGE, *Apuntes...*; DOMÍNGUEZ H., Carmen: *La reparación del daño moral derivado del contrato en el Derecho Civil Chileno: realidades y límites*. pp. 227-244, <http://www.udp>.

2.4. *Cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad*

En materia contractual se admiten dentro de las limitaciones derivadas de la autonomía de la voluntad la posibilidad de cláusulas de exoneración y limitación de la responsabilidad civil. En tanto que en materia extracontractual, la tendencia tradicional apunta a negar la validez de cláusulas limitativas o de exoneración de la responsabilidad como contrarias a las normas de orden público aplicables en materia de responsabilidad extracontractual. Se rechaza tal estipulación por contraria al orden público. Ejemplo de ello sería una cláusula que indicara “no respondemos por hecho ilícito”.

2.5. *Culpa levisima*

Se pretende sostener con base a una vieja doctrina que en materia extracontractual el autor queda obligado inclusive por culpa levisima, es decir, por la omisión del deber de diligencia máxima, aquella que no es propia sino de los seres humanos extraordinariamente diligentes y previsivos. Ello a diferencia de la responsabilidad contractual en que salvo que por aplicación de la autonomía de la voluntad se pacte ésta expresamente el patrón de referencia es la culpa leve en abstracto, esto es, la diligencia que observaría el deudor medio, a saber, el buen padre de familia (CC, art. 1270). La verdad, indicaba acertadamente Lagrange, que no se encuentra en la ley base alguna para sostener la procedencia de la culpa levisima en materia extracontractual, por lo que la tendencia moderna ha de ser rechazar tal diferencia y juzgar con el mismo patrón de conducta, a saber, la culpa leve en abstracto¹⁸.

2.6. *Solidaridad*

En cuanto a la posibilidad de dirigirse a uno de los autores del daño a reclamarle el pago del todo, hay una diferencia. En materia contractual, sabemos que la solidaridad no se presume sino que precisa pacto expreso, pues lo que ha de presumirse a falta de dicho pacto es la mancomunidad (CC, art. 1223)¹⁹. En tanto que en materia extracontractual rige el artículo 1195 CC que establece una solidaridad en la obligación de reparar a cargo de los coautores del hecho ilícito.

2.7. *Comunidad conyugal*

En materia contractual el cónyuge (marido o mujer) comprometen la responsabilidad de los bienes comunes por las obligaciones que contraiga como administrador de los mismos (CC, art. 168)²⁰. En tanto que la responsabilidad civil por acto ilícito de un cónyuge no perjudica al otro ni en sus bienes propios ni en su parte de los comunes (CC, art. 167)²¹. Toda vez que

cl/.../derecho/...Derecho...contratos/reparacion_danomoral_D Indica la autora que modernamente el daño moral derivado del contrato es un principio básico de la responsabilidad civil con base a la principio de la reparación integral y presenta contornos que lo diferencian de la responsabilidad aquiliana; TSJ/SCC, Sent. N° 000176 del 20-5-10.

¹⁸ LAGRANGE, *Apuntes...*

¹⁹ Véase *supra* tema 5.3.

²⁰ Véase: DOMÍNGUEZ GUILLÉN, María Candelaria: *Manual de Derecho de Familia*. Caracas, Paredes, 2014, pp. 137 y 138.

²¹ *Ibid.*, p. 136.

la materia extracontractual por hecho ilícito se considera personalísima, y prueba de ello es que las indemnizaciones recibidas por tal son propias o exclusivas del cónyuge afectado (CC, 152, num. 5)²².

2.8. Presunción de culpa por el solo incumplimiento del deudor

Según indicamos en materia contractual figura una suerte de presunción de culpa derivada de la inejecución de la obligación, salvo que el deudor pruebe causa extraña no imputable²³. La responsabilidad civil extracontractual general por hecho ilícito (1185 CC) precisa de la prueba de la culpa del agente del daño. Aunque veremos que existe tanto en materia extracontractual como contractual, casos de responsabilidad objetiva ajenos a la idea de culpa del agente y basados generalmente en la idea del riesgo-provecho.

2.9. Requerimiento

Vimos al referirnos a la mora, que por lo general en materia contractual se precisa el “requerimiento” u orden imperativa de pago salvo aquellos casos en que no es posible mora, se precisa el “requerimiento” u orden imperativa de pago, salvo excepciones, entre las que se ubica el caso del “hecho ilícito”. Esto es, en materia contractual se precisa en principio “requerimiento” o intimación al pago, a diferencia de la materia extracontractual.

2.10. Ilícitud del daño

En cuanto al objeto de la lesión, no habría diferencias entre el ilícito contractual y el aquiliano. Ambos implicarían la transgresión de un deber preexistente. La distinción sólo se reduciría a una cuestión secundaria: en el ilícito aquiliano el deber recae en la generalidad de los individuos, por corresponder a un derecho absoluto; ínterin que, el daño contractual deriva de la violación de una obligación específica preexistente por tratarse de un derecho relativo²⁴.

3. El problema del “cúmulo” de las responsabilidades contractual y extracontractual²⁵

Se alude a “cúmulo de responsabilidades”, no para referir a la concurrencia de ambas responsabilidades (contractual y extracontractual)²⁶ sino a la

²² *Ibid.*, p. 132.

²³ Véase *supra* tema 10.2.2.1.g.

²⁴ DE LORENZO, Miguel Federico: *El daño injusto en la responsabilidad civil (Alterum non laedere)*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1996, pp. 57-59.

²⁵ LAGRANGE, *Apuntes...*; MARTÍNEZ RAVE, *ob. cit.*, pp. 29-32; MÉLICH ORSINI, *La Responsabilidad Civil por hechos ilícitos...*, T. I, pp. 296-307; OCHOA GÓMEZ, *ob. cit.*, T. II, pp. 540-542; MADURO LUYANDO, *ob. cit.*, pp. 172-175; MÉLICH ORSINI, José: *El Resarcimiento del Daño Moral en Materia Laboral y la Cuestión del Cúmulo de la Responsabilidad Contractual y Extracontractual*. En: *Indemnización de daños y perjuicios: doctrina, legislación, jurisprudencia*. Caracas, Fabretón, 1998, pp. 83-114; PÉREZ BRAVO, Carlos: *La concurrencia de responsabilidades*, pp. 111-146, <http://www.ubo.cl/icsyc/wp-content/uploads/2011/09/8-Perez.pdf>; CORRAL TALCIANI, Hernán: Concurrencia de acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual en los daños causados por accidentes de trabajo. En: *Revista Chilena de Derecho Privado*, N° 14, julio 2010, pp. 69-107, http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=50718-80722010000100003.

²⁶ Véase: MADRID MARTÍNEZ, *Breves consideraciones...*, p. 551 la expresión “cúmulo” es equívoca pues sugiere el goce simultáneo de las ventajas de ambas acciones.

posibilidad de optar por una u otra en caso de darse ambas. Siendo que realmente lo que acontecería es una “*opción*”²⁷ y no una “*acumulación*”.

El asunto del cúmulo de responsabilidades trata de responder las siguientes preguntas: ¿Cuándo el deudor ha incumplido la obligación existe la posibilidad de hacer valer solo la responsabilidad contractual o puede si lo prefiere invocar por tal incumplimiento las reglas de la responsabilidad extracontractual?

¿Qué interés podría tener el acreedor en invocar las reglas de la responsabilidad extracontractual? Pues por ejemplo podría escapar de las cláusulas de exoneración o limitación de la responsabilidad civil; podría (aunque discutido) pretender la reparación del daño imprevisible, pretender la solidaridad pasiva (CC, art. 1195), evitaría tener que constituir en mora al deudor, podría aprovecharse de las normas que rigen en materia de guarda de cosas (CC, arts. 1192, 1193 y 1194). Pero podría acontecer que el acreedor tuviera interés en mantenerse dentro de la responsabilidad contractual para aprovecharse de la presunción de culpa del deudor respecto de incumplimiento; embargar bienes de la comunidad conyugal; atenerse al domicilio de elección escogido por las partes.

A ello se refiere el problema del “*cúmulo*” de responsabilidades, aunque la expresión indudablemente no es la apropiada, pues sugiere una adición o aplicación conjunta, cuando en verdad no se trata de eso. Pues no supone que el sujeto pueda acumular dos indemnizaciones por un mismo hecho lo cual sería absurdo porque se trata de dos regímenes diferentes no obstante la unidad de la responsabilidad civil. Más bien de lo que se trata es un asunto de “*opción*”. En efecto, se trata de dilucidar si ante un mismo hecho puede el sujeto tomar la vía de la responsabilidad civil contractual o por el contrario la de responsabilidad extracontractual.

En la doctrina extranjera se alude a la “*conurrencia*”²⁸ o “*concurso*”²⁹ de la responsabilidad contractual y extracontractual y se afirma que constituye uno de los temas más ambiguos y peor tratados jurisprudencialmente, porque no se ofrecen criterios seguros³⁰. Sin embargo, en España sin dejar de reconocer ciertas especificidades, se establece el principio de la unidad conceptual de la culpa civil, y la compatibilidad de la responsabilidad contractual y extracontractual³¹.

²⁷ PÉREZ BRAVO, *ob. cit.*, p. 111; LAGRANGE, *Apuntes...*

²⁸ Véase: PÉREZ BRAVO, *ob. cit.*, p. 122, Respecto a la denominación, se suele emplear el término cúmulo, lo que es un error ya esto sería sumar y esto es inexplicable y conduciría a un enriquecimiento sin causa, pues no pueden sumar ambas acciones, sino que, por el contrario, se trata de diferenciar qué estatuto le aplicamos. Por ello, hoy en doctrina extranjera se habla de concurso o de conurrencia de responsabilidades.

²⁹ Véase: CORRAL TALCIANI, *ob. cit.*, “Estamos ante un supuesto de concurso, o como se le llama tradicionalmente “*cúmulo*”.

³⁰ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, p. 856.

³¹ ÁLVAREZ CAPEROCHIPI, *ob. cit.*, p. 167

Ello podría presentarse respecto de aquellos supuestos que, al margen de la relación contractual que da origen a la obligación, el deudor incurra en responsabilidad civil extracontractual como consecuencia de haber infringido el deber de no dañar a los demás o incurrir en abuso de derecho (CC, art. 1185). El criterio unificador con base a la unidad de la responsabilidad propugna un tratamiento individual de ambas categorías (contractual y extracontractual)³².

En Venezuela la discusión relativa al *cúmulo de responsabilidades* contractual y extracontractual es aceptada por un sector de la doctrina³³ y rechazada por otro³⁴. Por su parte, algunas decisiones judiciales parecen favorables a la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual luego de pasarse por la doctrina en la materia³⁵. Refiere una decisión judicial “...lo que sí está claro en principio es que la responsabilidad contractual excluye en principio a la responsabilidad ordinaria por hecho ilícito o Aquiliana, por cuanto la fuente de tal responsabilidad es totalmente diferente en ambos casos y en la primera la culpa, la causalidad y el daño deviene del incumplimiento de normas contractuales y en la ordinaria de otras diferentes a las contempladas en el contrato”³⁶. No obstante, debe tenerse claro que el problema del mal llamado “cúmulo” no pretende una concurrencia o simultaneidad de regímenes en principio incompatibles, sino la posibilidad de opción u escogencia a la víctima o deudor, de uno de ellos en caso de “concurrir”.

³² Véase: LLANOS LAGOS, *ob. cit.*, p. 24.

³³ Véase: ÁLVAREZ OLIVEROS, Ángel: “*El rol del Juez en la determinación de la responsabilidad civil de las clínicas privadas en casos de mala praxis médica, a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Supremo de Justicia*”. En: IV Jornadas Anibal Dominici. Derecho de Daños. Responsabilidad contractual/extracontractual. Homenaje: Enrique Lagrange, Caracas, Salaverría, Ramos, Romero y Asociados, 2012, Tomo I, pp. 70-73; MADRID MARTÍNEZ, Claudia: *La responsabilidad civil derivada...*, *ob. cit.*, pp. 157 y 158, la autora resume las condiciones que ha fijado la doctrina (Mélích y Sansó) para admitir su procedencia y reseña que la jurisprudencia ha llegado a admitir la concurrencia de responsabilidades; RODRÍGUEZ PITTALUGA, *ob. cit.*, p. 537.

³⁴ Véase: ADRIÁN, Tamara; “*Nuevas modalidades de responsabilidad civil y los vacíos del sistema*”. En: Derecho de las Obligaciones Homenaje a José Mélích Orsini, Caracas, Academia de Ciencias Políticas y Sociales, Serie Eventos 29, 2012, p. 430, critica la inusual solución jurisprudencial venezolana y agrega que las peripecias que deben hacer los demandantes para tratar de hacer ver al Juez la existencia de un hecho ilícito distinto del simple incumplimiento contractual tiene muchas veces más ejercicios de malabarismo jurídico que de examen riguroso de las situaciones involucradas; MÉLICH ORSINI, *La responsabilidad civil por hechos ilícitos...*, T. I, p. 307, “evitar la contaminación de la teoría del contrato por aquellos principios que rigen en el ámbito de la responsabilidad extracontractual”.

³⁵ Véase: Juzgado Segundo de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y Tránsito de la Circunscripción Judicial del Estado Anzoátegui, Sent. 9-8-06, Exp. BHO2-V-2001-000036, <http://anzoategui.tsj.gov.ve/decisiones/2006/mayo/1065-9-BHO2-V-2001-00036-.htm>; Juzgado Primero de Primera Instancia en lo Civil, Mercantil, Agrario y del Tránsito del Primer Circuito de la Circunscripción Judicial del Estado Bolívar, Sent. 11-11-08, Exp. FP02-A-2006-000009, <http://bolivar.tsj.gov.ve/decisiones/2008/noviembre/1973-11-FP02-A-2006-000009-PJ0182008000836.html> “la Sala de Casación Civil del Tribunal Supremo de Justicia, se ha pronunciado en torno a la posible acumulación eventual de responsabilidades.

³⁶ Véase: Juzgado Undécimo de Instancia en lo Civil, Mercantil y del Tránsito de la Circunscripción Judicial del Área Metropolitana de Caracas, Sent. 9-8-10, Exp. AH1B-M-2004-000039, <http://caracas.tsj.gov.ve/decisiones/2010/agosto/2126-9-AH1B-M-2004-000039-.html>.

Se afirma que la concurrencia de responsabilidades puede tener lugar por varias razones³⁷, a saber, porque aun existiendo un contrato, la responsabilidad pueda calificarse de extracontractual; que se trata de dos pretensiones distintas entender que el dañado puede “optar” a su conveniencia por una u otra, por tratarse de un concurso alternativo de pretensiones³⁸.

El problema no pareciera ser complicado cuando se ha violado una obligación estrictamente contractual. El problema se presenta en toda su agudeza cuando el incumplimiento del deudor viola además del derecho de crédito un derecho absoluto, esto es un derecho con una naturaleza distinta al derecho de obligación; que pudiera haber sido violado fuera del ámbito del contrato. Los ejemplos que se colocan son varios: el caso del médico que incurre en un error de diagnóstico o por impericia en la intervención causa un sufrimiento por propiciar un daño físico. Existe allí una violación del derecho de crédito derivado de la relación contractual pero también la infracción de un derecho absoluto. Otros ejemplos: cuando en las Farmacias el farmacéuta como era su función (no como ahora que son simples vendedores de remedios patentados) se equivocaba en la prescripción del medicamento. En el contrato de transporte en materia civil (pues en materia mercantil se rige por responsabilidad extracontractual) que entre sus obligaciones tiene que las cosas y personas lleguen sanas y salvas, pero suponga que la persona transportada muera. Que un club o centro de recreación no tenga las condiciones necesarias y por su descuido muera un cliente³⁹.

Es aquí donde la doctrina se divide: algunos sostienen que el interesado puede optar entre la responsabilidad contractual o extracontractual, porque esta última ofrece una protección general, basada en el deber genérico de que nadie le puede causar un daño a otro. Se sostiene que cuando uno entra en relación con otra persona no entiende disminuir esa protección general, sino por el contrario, se busca incrementar la tutela de los intereses. De lo que se deduce que estando dados sus requisitos podría optarse por la protección extracontractual. La cuestión estaría en considerar haciendo abstracción del contrato si ese hecho arbitrario en ausencia de contrato configuraría responsabilidad extracontractual. Y si la respuesta es afirmativa la víctima podría optar por tal protección.

Pero otros por su parte, sostienen que las normas que regulan la responsabilidad civil extracontractual no cumplen una función meramente ornamental sino que existen para configurar una situación especial distinta a la derivada de una relación contractual. Por lo que para esta tesis no habría posibilidad de “optar” o de “escoger” entre uno de los dos sistemas. Se añade incluso que ello no sería así, si las partes incluyeran en el contrato

³⁷ LAGRANGE, *Apuntes...*

³⁸ MARTÍNEZ DE AGUIRRE ALDIZ y otros, *ob. cit.*, pp. 855 y 856.

³⁹ LAGRANGE, *Apuntes...*

una cláusula que la permitiera acudir a la responsabilidad por hecho ilícito si la contractual fuese insuficiente⁴⁰.

Ahora bien, en nuestro país indicaba Lagrange, la discusión está abierta, la tendencia jurisprudencial “parece” (sólo eso) favorable a la opción⁴¹. Pues cuando se aprecian algunas sentencias –indicaba– se observan ciertas incoherencias que dejaban las dudas si se estaría al tanto del problema. En Francia, la tendencia es no permitir la opción. En Italia hay posturas divididas. En un país como Estados Unidos el Juez tiende a dictar la solución que más convenga al margen de precisiones teóricas. Pero en todo caso, la tendencia nacional parece apuntar a la opción. Ejemplo de ello, lo representa una decisión de la Sala Constitucional en materia de transporte aéreo que se muestra partidaria de la tesis dualista de la responsabilidad civil, teniendo por norte la necesidad de reparar el daño⁴².

Y la verdad es que la posibilidad de la “opción”, es la que más ampliamente proyecta en forma flexible la mejor protección del afectado, si éste decide hacer uso de la vía extracontractual o por el contrario de la vía contractual, siempre y cuando las condiciones están dadas en ambas. Se tendrá a nuestro entender la posibilidad de “optar”, pero nunca de “acumular”. Creemos sin embargo –aun cuando no sea la tendencia mayoritaria patria en la actualidad inclusive a nivel jurisprudencial– que el daño moral procede en materia contractual⁴³, al margen de la discusión relativa al cúmulo o más propiamente de la “opción”. Esto es, consideramos que no se debería acudir a la problemática del cúmulo para justificar la procedencia del daño moral en materia contractual. Pues ciertamente, la violación de un derecho de la personalidad que es el presupuesto por excelencia del daño moral, puede existir en una relación contractual como es el caso de la responsabilidad civil del médico, según tuvimos oportunidad de explicar⁴⁴.

⁴⁰ Véase: PÉREZ BRAVO, *ob. cit.*, p. 123; no es lógico entregar a la víctima el derecho de optar por uno u otro régimen. O se opta por un régimen unitario de responsabilidad o se establece de manera explícita el régimen resarcitorio a utilizar o se minimizan las diferencias entre ambas responsabilidades. Seguir en el actual estado lleva indefectiblemente a la injusticia.

⁴¹ Véase: RODRÍGUEZ PITTALUGA, *ob. cit.*, p. 534; TSJ/SCC, Sent. N° 000549 de 11-8-14; TSJ/SCC, Sent. 00324 del 27-04-04; TSJ/SPA, Sent. N° 00201 del 20-8-08; TSJ/SCC, Sent. N° 000176 del 20-5-10; Véase: TSJ/SPA, Sent. 00325 del 28-2-07; Tribunal de Primera Instancia Marítimo con Competencia Nacional y sede en la ciudad de Caracas, Sent. 21-7-09, Exp. 2008-000214, <http://caracas.tsj.gob.ve/DECISIONES/2009/JULIO/2176-21-2008-000214-HTML>.

⁴² TSJ/SConst., Sent. N° 1126 de 3-8-12, 11-1033, <http://www.tsj.gov.ve/decisiones/scon/Agosto/1126-3812-2012-11-1033.html>.

⁴³ Véase: LAGRANGE, *Apuntes...*

⁴⁴ Véase *supra* tema 10.2.3.4.f.