

# Responsabilidad contractual y extracontractual: la situación doctrinal en España.

**PEDRO DEL OLMO GARCÍA<sup>1</sup>**  
Profesor titular de Derecho civil  
Universidad Carlos III de Madrid

## RESUMEN

*Este trabajo pretende ofrecer una descripción clara del confuso debate doctrinal en España acerca de las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual. Para ello, se toma como punto de partida la observación, destacada en Derecho comparado, de que la manera de plantear esas relaciones viene determinada por las características básicas del sistema de responsabilidad por daños extracontractuales existente en cada país. Esas mismas características determinan también la manera de identificar las áreas o zonas que son significativas para plantear correctamente el estudio de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad (las llamadas «zonas de solapamiento y zonas grises», frente a la llamada «zona mixta o fronteriza»). Esas dos ideas, permiten identificar en el debate español dos posiciones teóricas extremas o puras (la llamada regla non cumul de la tradición francesa y la regla de la opción, que se corresponde mejor con las características de los sistemas de tradición germánica), frente a las cuales, se pueden describir algunas posiciones intermedias. Esas posiciones intermedias combinan –de variadas formas– los elementos de las teorías extremas o puras. Entender esas extrañas combinaciones y atender al ámbito de aplicación de las reglas que se proponen creo que es lo permitirá explicar más claramente el oscuro debate doctrinal existente entre nosotros.*

---

<sup>1</sup> Durante la elaboración de este trabajo, he podido contar con la ayuda y el estímulo de algunas conversaciones con los profesores F. Pantaleón, S. Cavanillas Múgica, M. Martín-Casals, J. Alfaro, F. Garcimartín, J. Solé Feliu, M. Herrador y J. Ataz. En algunas reuniones internacionales, también pude conversar sobre él con J. S. Borghetti, B. Winiger, E. Bargelli, R. Schulze y M. Dyson. También me han sido muy útiles las observaciones de los/las revisores anónimos/as de ADC. A todos ellos les agradezco su ayuda. Naturalmente, la responsabilidad por las incorrecciones que se encuentren en el texto es sólo mía. Este trabajo se ha desarrollado en ejecución del Proyecto PID2022-142468NB-I00. Una versión preliminar de este trabajo fue presentada en el Congreso Internacional de Derecho de los Contratos, celebrado en Santiago de Chile, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, el 10-11 de octubre 2024. Mi agradecimiento también alcanza a los organizadores de este evento y a quienes plantearon muy interesantes preguntas en el debate subsiguiente.

## PALABRAS CLAVE

*Responsabilidad contractual, responsabilidad extracontractual, antijuricidad del daño, daño puramente patrimonial, acumulación de responsabilidades, regla de la opción, regla de la unificación de responsabilidades, regla de la no acumulación (regla non cumul), ámbito del contrato, deberes contractuales de protección y seguridad.*

## Contractual and Non-Contractual Liability: The Doctrinal Debate in Spain

### ABSTRACT

*According to some comparatists, the relationship between contractual liability and non-contractual liability is determined by the basic characteristics of the non-contractual liability system. These same basic characteristics also determine the definition of the areas that are relevant for the study of the relationship between both kinds of liability (zones of overlap and grey zones, versus mixed or border zones). With this point of departure, this work suggests an explanation of the obscure doctrinal debate that exists in Spain. To do so, I propose to identify two extreme or pure theoretical positions (the non cumul rule of the French tradition and the rule of option, that fits better with solutions of the Germanic tradition) and to describe some intermediate positions that combine elements of the first two. To understand these strange combinations of the intermediate positions is crucial to have a better explanation of the doctrinal debate existing among us.*

### KEY WORDS

*Contractual liability, non-contractual liability (tort law), wrongfulness of the damage, pure economic loss, concurrence of actions, rule of option, unification of liabilities, non-concurrence of actions (non cumul rule), scope of the contract, duties of protection and care.*

SUMARIO: I. *Introducción.*—II. *Una propuesta teórica.* 1. Los tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual. 2. La llamada zona de solapamiento: dos soluciones.—III. *La situación doctrinal en España.* 1. Dos posiciones extremas. 2. Las posiciones doctrinales intermedias: la definición negativa de la responsabilidad extracontractual y el ámbito del contrato. 2.1 La responsabilidad extracontractual, como la misma palabra indica. 2.2 El ámbito del contrato. 3. Una descripción breve de las posiciones intermedias. 3.1 Tres teorías a la vez. 3.2 Una propuesta que lo soluciona todo junto: ¿Es posible defender la unificación de responsabilidades? 3.3 Una buena solución para un caso muy concreto. 3.4 Una nueva versión de la regla *non cumul*. 4. El ámbito de aplicación de las soluciones propuestas. 4.1 La unificación como solución única. 4.2 Diferentes reglas, sin un ámbito de aplicación claro.

4.3 Un campo de aplicación muy estricto. 4.4 Los casos dudosos.–  
IV. Conclusiones.–Bibliografía.

## I. INTRODUCCIÓN

El estudio de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual es un tema difícil y recurrente en el debate doctrinal, tanto en Derecho español, como en Derecho comparado<sup>2</sup>. Es un tema sobre el que se ha escrito mucho y que se plantea una y otra vez, especialmente cuando llega el momento de reformar el Derecho de la responsabilidad por daños extracontractuales<sup>3</sup>.

Siendo una cuestión difícil en muchos países, creo que la situación doctrinal en España sobre esta materia es particularmente confusa e insatisfactoria, como he dejado ya escrito en otro lugar<sup>4</sup>. En este diagnóstico coincido con otros muchos autores<sup>5</sup>.

Esa sensación de insatisfacción y falta de claridad doctrinal se puede apreciar gráficamente en el hecho de que algunos autores, tras realizar un detenido examen de la situación doctrinal, alcanzan la conclusión –teóricamente, poco comprometida– de que, en la duda, el abogado que se enfrente a un caso en el que puedan concurrir los dos tipos de responsabilidad hará bien en ejercitar alternativa o subsidiariamente las dos acciones, la de responsabilidad contractual y la de responsabilidad extracontractual<sup>6</sup>. También me

<sup>2</sup> Esa observación sobre la dificultad de la materia es común en el Derecho comparado, como se puede ver en MARTÍN-CASALS, 2019, p. 714. En España, muchos autores también lo destacan así. Se puede ver, por todos, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 23.

<sup>3</sup> Tal como quedó patente en las ponencias y los debates que se dieron en el encuentro celebrado en la Universidad de Girona en junio de 2024 con el título «Tort Law Reform in Europe and Beyond. Why is Tort Law Reform so Difficult?». Las ponencias están disponibles en (página consultada el 07/07/2024): [https://diobma.udg.edu/handle/10256.1/7620/discover?rpp=24&etal=0&group\\_by=none&page=1&sort\\_by=dc.date.issued\\_dt&order=desc](https://diobma.udg.edu/handle/10256.1/7620/discover?rpp=24&etal=0&group_by=none&page=1&sort_by=dc.date.issued_dt&order=desc).

<sup>4</sup> DEL OLMO, 2024, pp. 212 ss.

<sup>5</sup> Se puede comprobar, entre otros muchos, en CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 131 ss. o también en MARTÍN-CASALS; A. RUDA, 2019, p. 547. Igualmente en DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, y a ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 51.

<sup>6</sup> Así, DE ÁNGEL YÁGÜEZ, 1993, p. 48, repitiendo una idea que había mencionado ya en p. 41 (y destacando que esta solución va a impedir la alegación de indefensión por la otra parte) dice que, «lo aconsejable es ejercitar conjunta o alternativamente las dos acciones (...) a fin de dejar en definitiva en manos del Tribunal la calificación que proceda según su criterio, al amparo del *ius novit curia*». Más recientemente SERRA RODRÍGUEZ, 2021, pp. 89-90, expresa la misma idea diciendo que, «(en) aquellos supuestos en que se dude si la responsabilidad es contractual o extracontractual, lo más razonable será que el

parece significativo que un estudioso especializado en la materia, como es el profesor Cavanillas Múgica, termine su análisis con unas conclusiones en las que empieza expresando «sus propias dudas» y renuncia a ofrecer soluciones claras<sup>7</sup>. Igualmente, refleja bien la situación la afirmación resignada de A. Carrasco de que «hay que evitar la tentación de querer buscar una racionalidad técnica a esta doctrina»<sup>8</sup>. Con este difícil panorama doctrinal al que me estoy refiriendo, es lógico que la situación jurisprudencial tampoco sea muy clara<sup>9</sup>.

Por lo dicho, quizá se puedan entender los motivos que me lleven a plantear un propósito muy limitado para este trabajo que estoy presentando. En él, no pretendo dar una visión de conjunto de todos los problemas que se plantean en la materia de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Tampoco pretendo un estudio exhaustivo de la situación jurisprudencial ni de la situación comparada existente en los sistemas de nuestro entorno. En realidad, mi pretensión es, simplemente, ofrecer una explicación más clara del debate doctrinal existente entre nosotros. Creo que, en efecto, hay una manera más clara de explicar las muy variadas y distintas posturas existentes en la doctrina española y creo que una aportación de lo que se podría considerar una *historia de las ideas* en esta materia tiene su interés, por lo menos, en la medida en que permite entender qué es lo que está realmente en cuestión en esta materia y cuál es el alcance y significado de cada una de las posiciones doctrinales enfrentadas.

Esta propuesta de aclarar el debate doctrinal que aquí voy a presentar arranca de una observación sencilla que se ha hecho en el Derecho comparado y que, hasta donde yo sé, no ha sido desarrollada en ninguno de los sistemas de tradición francesa en cuya órbi-

---

actor se refiera al hecho dañoso generador de la responsabilidad, sin calificar la responsabilidad, o acumular ambas acciones, con carácter alternativo o subsidiario, a los efectos de que el demandado tenga oportunidad de defenderse respecto de ambas pretensiones». Para una explicación procesal actualizada, DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 113. Por otro lado, cfr. YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 138.

<sup>7</sup> La cita exacta, en CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 131, es: «Puede resultar extraño que, tras largo tiempo de empeño investigador, las conclusiones personales que aquí expongo no tengan más objetivo que hacer participar al lector en mis propias dudas acerca de la mejor manera de resolver el problema de la concurrencia de responsabilidades».

<sup>8</sup> CARRASCO PERERA, 2021, p. 1007. Otra renuncia teórica importante –pero provisional, como se verá– se puede encontrar en ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 50, para quien la cuestión de las relaciones entre uno y otro tipo de responsabilidad no se puede hacer en general y ha de hacerse caso por caso.

<sup>9</sup> Se puede ver el diagnóstico de la situación que hace PARRA LUCÁN, 2020, p. 404, diciendo que la cuestión de las relaciones entre responsabilidad contractual y extracontractual, «tradicionalmente ha sido uno de los temas más ambiguos y peor tratados jurisprudencialmente». También se puede ver SERRA RODRÍGUEZ, 2021, p. 78., para quien la jurisprudencia ofrece soluciones «vacilantes y sin criterios claros». En la misma línea, CARRASCO PERERA, 2021, p. 1006. Cfr. el diagnóstico de PUIG BRUTAU, 1983, p. 77.

ta se coloca también el régimen de la responsabilidad extracontractual contenido en nuestro Código Civil. Esa observación consiste en señalar que las características básicas de los sistemas de responsabilidad extracontractual son las que determinan, en cada uno de ellos, la manera de plantear las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual<sup>10</sup>.

En lo que sigue, empezaré describiendo esa propuesta de atender a las características básicas de cada sistema de responsabilidad y presentaré las razones que, desde ese punto de vista, justifican las soluciones enfrentadas que se defienden normalmente en los sistemas de tradición germánica (regla de la opción) y las que se defienden en los sistemas de tradición francesa (regla de la no acumulación, o regla *non cumul*, en expresión de uso habitual en Derecho español y comparado).

Con ese punto de partida, presentaré a continuación el debate doctrinal en España. Lo haré contraponiendo, por un lado, las dos posiciones –que llamaré extremas– de los autores que defienden cada una de esas dos formas comparadas de solucionar los casos en los que se reúnen los requisitos de ambos tipos de responsabilidad (regla *non cumul* y regla de la opción) y, por otro lado, las posiciones que llamaré *intermedias*. Estas posiciones intermedias son defendidas por autores que proponen soluciones diversas utilizando distintas combinaciones de los elementos presentes en las dos teorías extremas presentadas en primer lugar. Esas combinaciones y permutaciones son las que, en mi opinión, hacen incrementar de manera exponencial el aspecto caótico de nuestro debate.

El análisis de esas posiciones intermedias me permitirá hacer dos observaciones. En primer lugar, destacaré la existencia de lo que podemos llamar un *consenso oculto* entre todas esas posiciones intermedias aparentemente irreconciliables: todas ellas admiten –de forma más o menos transparente– que la responsabilidad extracontractual no es de aplicación en lo que llaman el *ámbito estricto del contrato*. En segundo lugar, destacaré que sólo atendiendo al ámbito de aplicación de las reglas que defienden estos autores de las posiciones intermedias se pueden entender los términos en que se está planteando el debate doctrinal entre nosotros. Veámoslo más despacio.

---

<sup>10</sup> La idea se puede ver en ZIMMERMANN, 1992, pp. 905 ss. También es muy claro en este mismo sentido, WAGNER, 2003, p. 233. La idea había sido bien destacada por MARTÍN-CASALS, 2019, p. 752.

## II. UNA PROPUESTA TEÓRICA

### 1. LOS TRES O CUATRO REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL

Desde un punto de vista general, es muy conocida la idea de que la responsabilidad extracontractual de los sistemas basados en una cláusula general de responsabilidad de tradición francesa – como es el caso del CC español – funciona con tres requisitos (acción culpable, daño, nexo causal), mientras que los sistemas en los que la tradición alemana es más influyente añaden un cuarto requisito<sup>11</sup>. Ese cuarto requisito lo podemos resumir en la exigencia de que el daño afecte a intereses protegidos por derechos de carácter absoluto o *erga omnes*.

En el modelo del BGB, la cláusula general de responsabilidad más amplia que se reconoce es la que está contenida en el § 823, I, según la cual hay obligación de indemnizar si el daño negligentemente causado afecta a la «vida, el cuerpo, la salud, la libertad, la propiedad» y «otros derechos» (hay acuerdo doctrinal en que esos «otros derechos» son también derechos absolutos)<sup>12</sup>. De esa manera, si el daño no afecta a un derecho protegido *erga omnes*, sino que afecta a simples derechos relativos/de crédito, no hay –en principio– responsabilidad extracontractual. Eso se suele resumir –dándole la vuelta al argumento– en la idea de que en Alemania, por regla general, no se impone responsabilidad extracontractual por los llamados *daños puramente patrimoniales* (también llamados *daños puramente económicos*). Estos daños puramente patrimoniales son, entonces, aquellos que no afectan a intereses protegidos por derechos absolutos que tienen alcance *erga omnes*.

Por ejemplo, es muy conocido el caso de un camión que, por avería en el motor negligentemente mantenido, quedó accidentalmente parado en la entrada de un negocio. En esas circunstancias, la clientela de dicho negocio no podía tener acceso al local con normalidad, situación que se dilató hasta que el camión pudo ser

<sup>11</sup> Se puede ver una explicación breve en DEL OLMO, 2024, pp. 212 ss.

<sup>12</sup> Según la traducción de A. Martínez Sarrión. Para completar esta descripción sucinta del sistema alemán de responsabilidad extracontractual, hay que advertir que en esos casos de daños puramente patrimoniales puede que de igual forma se origine responsabilidad, pero lo será por aplicación de las otras dos cláusulas generales presentes en el BGB. Esas dos cláusulas generales de responsabilidad extracontractual permiten conceder indemnización, pero con un alcance mucho menor. La primera es la cláusula general del § 823, II (daños causados con contravención de las «buenas costumbres»; el ejemplo más claro es el daño –aquí puede ser cualquier tipo de daño– causado de manera dolosa) y la segunda es la contenida en el § 826 (cualquier daño que haya sido tipificado por una ley especial cuya finalidad sea proteger al demandante frente a ese concreto tipo de daño).

finalmente remolcado por una grúa cierto tiempo después. El sistema alemán era incapaz de indemnizar, en principio, el lucro cesante experimentado por el comerciante que explotaba el local en cuestión. En efecto, ese lucro cesante era un *daño puramente patrimonial*, porque el camión no había causado daño físico a la propiedad del demandante. Curiosamente, los tribunales alemanes tuvieron que crear «otro derecho» (en la expresión del § 823, I BGB) de alcance absoluto –al que llamaron algo así como *derecho al ejercicio de la libre empresa*– para poder indemnizarlo. En los sistemas de tradición francesa, como es el caso de nuestro CC, tal construcción es innecesaria.

Como es notorio, el CC español no incluye ese cuarto requisito relativo a la antijuricidad del daño sufrido por el demandado<sup>13</sup>. Por ello, un juez español no empieza preguntándose en un caso de responsabilidad extracontractual si el daño sufrido por el demandante está contenido entre los intereses jurídicamente protegidos por el artículo 1902 CC: este precepto no contiene una lista semejante a la incluida en el § 823, I BGB. El juez español, simplemente se preguntará si el daño –del tipo que sea– sufrido por el actor está unido causalmente al comportamiento imputable del demandado. Si se quiere decir que esa decisión del juez es justamente lo que convierte el daño en antijurídico, lo que me parece que se está haciendo es complicar las cosas inútilmente: no es lo mismo decir que la antijuricidad es un requisito de la responsabilidad extracontractual, que decir que la antijuricidad es el resultado de la aplicación de los requisitos de culpa, daño y nexo causal<sup>14</sup>.

Como digo, esa idea de que la responsabilidad extracontractual funciona, según sea el sistema en cuestión, con tres o con cuatro requisitos es una idea muy conocida. Sin embargo, no es tan conocida la idea de que ese distinto punto de partida determina la forma en que se relaciona en cada sistema la responsabilidad extracontractual con la responsabilidad contractual. La idea sí se menciona en la doctrina comparada, principalmente alemana (Zimmermann y Wagner) y del *common law*<sup>15</sup>. Aunque la idea no se suele manejar

<sup>13</sup> Esta cuestión fue muy bien resuelta por PANTALEÓN, 1991, pp. 1993 ss. Para ver el planteamiento teórico completo, también se puede ver, DEL OLMO, *ADC*, 2001-I, pp. 257-368, p. 302. Igualmente, MARTÍN-CASALS; RIBOT IGUALADA, 2003, pp. 883-920. Para comprobar cómo se refleja en la jurisprudencia el dato de la inexistencia de una lista cerrada de intereses protegidos, se puede ver PANTALEÓN; DEL OLMO, 2003, *passim*.

<sup>14</sup> Si se prefiere, se puede decir que la antijuricidad del daño de la que algunos autores hablan en España es, todo lo más, una antijuricidad *ex post* y no *ex ante*. Para esto, se puede ver, DEL OLMO, 2023, p. 8442.

<sup>15</sup> Véanse los ya citados, ZIMMERMANN, 1992, pp. 905 ss. y WAGNER, 2003, p. 233. En los sistemas de *common law*, la idea había sido destacada por GOBLE, *Idaho Law Review*, 1997, pp. 226-281, pp. 230 y 267; SCHWARTZ, 1996, p. 120; FLEMING, *The Canadian Bar Review*, 1953-5, p. 487. Estos autores destacan muy correctamente la conexión

tampoco en la doctrina española, sin embargo, no resulta del todo desconocida<sup>16</sup>.

Desde el punto de vista de atender a la exigencia o no del requisito de la antijuricidad del daño, también merece la pena destacar que, cuando los bienes protegidos están tipificados, es posible establecer una clara diferencia entre lo que los comparatistas llaman *zonas de solapamiento* (en la que los casos incluidos en ella cumplen a la vez los requisitos de ambas responsabilidades: hay daños a la persona o propiedades del demandante) y lo que llaman *zonas grises*<sup>17</sup>. En estas últimas, lo que ocurre es que no está claro qué régimen de responsabilidad es de aplicación. Según explica Martín-Casals, lo habitual es considerar incluidas en esas zonas grises, básicamente, la *culpa in contrahendo* y la responsabilidad profesional. Explica este autor que, en los sistemas de *common law*, también se incluye en esa zona gris el contrato gratuito de *bailment* (a grandes rasgos similar a nuestro contrato de depósito) que no puede dar lugar a responsabilidad contractual por falta de remuneración (*consideration*), lo que recuerda el debate existente en otros países acerca de la responsabilidad en el ámbito del transporte gratuito o benevolente de personas. Se trata de una distinción que sí ha sido manejada en la doctrina española por algunos autores muy influidos por la doctrina alemana y partidarios de la regla de la opción<sup>18</sup>. Sin embargo, lo cierto es que, en los sistemas de tradición francesa como es el español, esa distinción no se puede plantear en los mismos términos en que se plantea en los sistemas germánicos. De hecho, la manera habitual en España de abordar esta materia tiene que ver más bien con lo que se denominan *zonas mixtas o fronterizas*, que es una expresión poco clara como veremos más adelante.

---

entre la noción de daño puramente económico y la defensa de la primacía del contrato. También es interesante –y con un título muy gráfico– el trabajo más reciente de JOHNSON, *Washington & Lee Law Review*, 2009, que es, traducido al español, «La función fronteriza de la regla del daño puramente económico».

<sup>16</sup> Menciona la idea brevemente ROCA TRIAS, 1995, p. 479. También se hace eco ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 76. En una obra de Derecho comparado, la había destacado MARTÍN-CASALS, 2019, p. 752.

<sup>17</sup> Para la distinción mencionada en el texto, véase, MARTÍN-CASALS, 2019, pp. 716 ss.

<sup>18</sup> El ejemplo más notorio es GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833, quien maneja la idea, pero haciéndolo como si tuviera igual sentido en Derecho español, sin destacar su origen germánico y sin utilizar esa denominación de zonas grises y zonas de solapamiento. También es interesante consultar CAVANILLAS MÚGICA, 1995, pp. 128-129, p. 130 y p. 147. Cfr. SERRA RODRÍGUEZ, 2021, p. 58.

## 2. LA LLAMADA ZONA DE SOLAPAMIENTO: DOS SOLUCIONES

La muy debatida y difícil cuestión de qué hacer en los casos en los que se cumplen a la vez los requisitos de la responsabilidad contractual y los de la extracontractual debe ser resuelta en cada sistema atendiendo a sus peculiaridades propias.

En el sistema alemán, como la violación de los derechos de crédito que nacen de un contrato (que son derechos relativos) no pueden dar lugar a responsabilidad extracontractual en aplicación del § 823. I BGB, sólo habrá solapamiento de responsabilidades cuando estemos en un contrato en cuya ejecución sea posible causar –resumiendo mucho– daños personales o daños a las propiedades. Tal cosa ocurrirá en servicios médicos, transporte de personas, transporte de cosas, contrato de trabajo, arrendamiento de viviendas, depósito, etc. En contratos de este tipo, que no son la mayoría ni mucho menos, es claro que se dan los requisitos de ambos tipos de responsabilidad. Por ejemplo, es claro que, si el arrendador descuida el local arrendado y –a causa de una tubería rota– el arrendatario sufre daños en las mercancías de su propiedad que tenía allí almacenadas, se darán al mismo tiempo los requisitos de ambos tipos de responsabilidad: el arrendador tiene la obligación contractual de mantener el local arrendado de manera que el arrendatario no sufra daños y, por otro lado, el arrendador está sometido, como cualquier otra persona, al deber extracontractual de no causar daños en las propiedades ajenas. En cambio, si el daño sufrido por el contratante que demanda no afectara a esos bienes tipificados (por ejemplo, el arrendatario causa daños al arrendador porque incurre en mora en el pago de las rentas), la responsabilidad extracontractual alemana no sería de aplicación.

El área de solapamiento de ambas responsabilidades que resulta admisible en Alemania es, por tanto, relativamente pequeña y, en ella, puede resultar razonable que el demandante elija qué acción prefiere ejercitar<sup>19</sup>. Eso sí, con la advertencia final que siempre añaden los autores alemanes de que el demandante no podrá eludir la norma pactada (o el derecho contractual que sea de aplicación) mediante la opción por la responsabilidad extracontractual<sup>20</sup>.

<sup>19</sup> Hay una magnífica explicación, breve y clara, en ZIMMERMANN, 1992, pp. 905-906. En la doctrina española se puede ver una aproximación a este mismo asunto en ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 58. Se puede ver una observación similar, para casos de responsabilidad médica, en DOMÍNGUEZ LUELMO, 2011, p. 13.

<sup>20</sup> MAGNUS, 2019, p. 193. Esta solución es descrita en España por CAVANILLAS MÚGICA, 1995, pp. 70 y 73, usando un ejemplo traído de la doctrina italiana. También se puede consultar, en el mismo sentido, a BLANCO GÓMEZ, 1996, p. 69, que sigue en esto a

De esta manera, la zona de solapamiento en Alemania se puede imaginar como la zona de intersección entre dos regímenes (el contractual y el extracontractual) que están bien delimitados internamente. Es decir, como la intersección entre dos derechos *especiales*, como bien ha observado Cavanillas Múgica<sup>21</sup>.

Por tanto, en Alemania sólo se solapan las responsabilidades cuando el daño culposamente causado por una parte contratante afecta a la persona o a la propiedad del otro contratante que demanda. No hay, pues, posibilidad de solapamiento en la mayoría de los casos de daños contractuales, en los que sólo se sufren daños puramente patrimoniales (el deudor no cumple, cumple tarde, entrega una prestación defectuosa, etc.).

En cambio, en un derecho de inspiración francesa como es el español, la zona de solapamiento entre ambas responsabilidades así entendida es... total: siempre –insisto, siempre– que se incumple un contrato, se reúnen también los requisitos de la responsabilidad extracontractual. Aunque este planteamiento pueda resultar hoy día contraintuitivo, lo cierto es que fue abiertamente discutido, históricamente, en la polémica que se dio en Francia a finales del s. XIX entre Sainctelette y Grandmoulin –que es muy conocida y citada en España– en la que se contraponía la regla non-cumul y la regla de la unificación de responsabilidades<sup>22</sup>. Además, la identidad de requisitos entre la responsabilidad contractual (art. 1101 CC) y la responsabilidad extracontractual (art. 1902 CC) –señalada por muy distintos autores– lo pone gráficamente de manifiesto.

Esa identidad aparente de requisitos hace que –en pura teoría– se pueda decir que la responsabilidad extracontractual es aplicable en cualquier caso de daño causado por un incumplimiento imputable del contrato. También se podría decir que cualquier caso de responsabilidad extracontractual se puede encauzar por la vía de la

---

la doctrina francesa (Mazeaud/Tunc). En nuestro sistema, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 840, acoge esta advertencia final, cuando defiende la regla de la opción y resume su postura diciendo que «la opción deberá ser excluida cuando las partes contratantes así lo hayan convenido expresa o tácitamente».

<sup>21</sup> CAVANILLAS MÚGICA, 1995, pp. 133-134. El autor había ya advertido (p. 7) que, «el área de superposición de las dos responsabilidades depende de la extensión que se conceda a los dos conjuntos que se interseccionan». La idea general también está en BLANCO GÓMEZ, 1996, p. 75, cuando afirma que «sólo si se admite que la responsabilidad extracontractual abarca todos los daños imaginables, incluidos los debidos al incumplimiento contractual, el principio de especialidad puede servir para resolver el concurso a favor de la responsabilidad contractual, pues, en caso contrario, hay que reconocer que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual son objeto de *dos normativas igualmente especiales*» (cursivas añadidas).

<sup>22</sup> El segundo autor era el que defendía la unificación. Véase, GRANDMOULIN, 1892. En nuestra doctrina, Díez-Picazo, 2011, p. 211, destaca esta situación, citando también la idea de Merlin acerca de la indemnización por mora en el contrato por aplicación de la responsabilidad extracontractual. También, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 22, se hace eco de esta polémica. También un autor más antiguo, como SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 968.

responsabilidad contractual, si es que existe contrato entre las partes. Ambas afirmaciones se pueden encontrar en nuestra doctrina y/o en nuestra jurisprudencia<sup>23</sup>.

Lo expresa con toda claridad García Valdecasas cuando dice «todo incumplimiento de una obligación contractual, en la medida en que ocasiona un daño a la otra parte contratante, implica siempre y necesariamente la infracción del deber más general de no causar daño a otro», en clara alusión al deber de *neminem laedere* que se suele colocar en el artículo 1902 CC<sup>24</sup>. En la misma línea, también lo deja claro Cavanillas Múgica cuando dice que, «si (...) elimináramos del Código Civil los artículos 1101 y correlativos, me parece poco dudoso que la responsabilidad del Deudor incumplidor quedaría cubierta por el artículo 1902»<sup>25</sup>.

Como se ve, el sistema español de responsabilidad extracontractual no contiene un freno claro que impida la absorción de la responsabilidad contractual por parte de la responsabilidad extracontractual. La regla non-cumul fue pensada para cerrarle el paso a este peligro. Por ello, me parece plausible suponer que el nacimiento de esa regla en la antigua doctrina francesa del s. XIX guarda también relación con el hecho de que otros instrumentos teóricos para controlar el alcance de la responsabilidad extracontractual –estoy pensando en la imputación objetiva del daño o en la relatividad de los deberes de protección– todavía no habían sido formulados<sup>26</sup>.

Por otro lado, merece la pena destacar que la regla *non cumul* es la solución que se predica en los sistemas de raíz francesa con carácter general para los casos en los que se reúnen los requisitos de ambos tipos de responsabilidad. Esto nos permite apreciar que cuando, en estos sistemas, se dice que la responsabilidad extracontractual *no puede concurrir* con la responsabilidad contractual, no se está queriendo *describir* la realidad<sup>27</sup>. Volviendo al ejemplo

<sup>23</sup> Para comprobar el diagnóstico jurisprudencial, véase BLANCO GÓMEZ, p. 29, citando la STS 10.01.1949.

<sup>24</sup> GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 834.

<sup>25</sup> CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7. Cfr. REGLERO CAMPOS, 2008, p. 154 y pp. 157-158.

<sup>26</sup> Muy útil, la consulta de, BORGHETTI, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010-I, pp. 15-22. Desde otro punto de vista, también parece destacable que el nuevo CC argentino, que unifica la regulación de la responsabilidad civil, reposa pesadamente sobre la noción de causalidad *adecuada*: la solución que sacas por la puerta (la estructura de la que deriva la regla *non cumul*, por contraposición entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual) vuelve a entrar por la ventana de la causalidad. Eso denota también, por otro lado, un exceso de confianza probablemente infundado en el carácter general del criterio de imputación de la causa adecuada. Hace ya algún tiempo, BASOZABAL, *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, Madrid: BOE, 2015, pp. 138 ss. explica convincentemente que, en el ámbito de la responsabilidad objetiva, el criterio de imputación que predomina es el del fin de protección de la norma y que el de la causalidad adecuada es típicamente irrelevante.

<sup>27</sup> Creo que lo expresa muy bien CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7, diciendo que «(otra) cosa es que se diga que estos daños deben seguir el régimen de la responsabilidad

anteriormente mencionado, si una cañería en mal estado causa daños por humedades en las mercancías que el arrendatario tenía guardadas en el local arrendado, es claro que esos daños pueden describirse, bien como causados por el incumplimiento por parte del arrendador de la obligación *contractual* de mantener en buen estado la cosa arrendada, bien como el daño causado a una propiedad ajena por el incumplimiento del deber de *neminem laedere*. Como se ve en este ejemplo, es evidente que también en los sistemas de tradición francesa puede haber casos de concurrencia en los que se den los requisitos de ambos tipos de responsabilidad. De hecho, ésa es la cuestión: que en esos sistemas de tradición francesa *siempre* hay posibilidad de concurrencia. Este hecho es el problema que la regla *non cumul* soluciona, de un plumazo, *prescribiendo* que la concurrencia sea denegada radicalmente, en favor de la responsabilidad contractual<sup>28</sup>. Es decir, que la afirmación de la no concurrencia implícito en la regla *non cumul* tradicional (la que considera que la responsabilidad extracontractual no puede *nacer* entre quienes están unidos por un contrato, de cuyo incumplimiento se esté debatiendo) debe ser entendida como una fórmula que contiene la solución al problema que plantea la amenaza de absorción de la responsabilidad contractual por parte de una amplísima responsabilidad extracontractual. Ese carácter amplísimo de la responsabilidad extracontractual de tradición francesa es lo que ha hecho que J. Flour la califique como «una máquina para destruir el Derecho»<sup>29</sup>.

### III. LA SITUACIÓN DOCTRINAL EN ESPAÑA

#### 1. DOS POSICIONES EXTREMAS

1. Ya hemos destacado en la introducción de este trabajo que, en España, el debate sobre las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual ha sido calificado por autores muy distintos como difícil e insatisfactorio<sup>30</sup>. Sin

---

contractual porque es el que especialmente les ha destinado el legislador, con exclusión de la normativa extracontractual. Pero con ello no se niega la concurrencia, sino que, aceptándola, se la resuelve, precisamente mediante la aplicación de una de las principales reglas empleadas en la resolución de conflictos de las normas concurrentes: el principio de especialidad».

<sup>28</sup> Con toda claridad, ZIMMERMANN, 1992, p. 906 destaca ese peligro inminente en los sistemas de tradición francesa. Esa misma idea está bien descrita en MARTÍN-CASALS, 2011, p. 13.

<sup>29</sup> Citado por REMY, *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997-II, p. 325.

<sup>30</sup> Por ejemplo, ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 51 habla de un «oscuro panorama doctrinal». Se puede ver una presentación sintética y más descriptiva de los términos en que se

embargo, creo que el debate doctrinal puede intentar aclararse hablando de la existencia en España de dos teorías extremas y de un tercer grupo de teorías intermedias que combinan de variadas maneras los elementos de las dos primeras.

Las dos teorías extremas o puras se corresponden con los dos modelos comparados que hemos descrito en los epígrafes anteriores. En efecto, un primer sector doctrinal defiende sin ambages la solución a estas cuestiones mediante la aplicación de la regla *non-cumul* de la tradición francesa. A su lado y en total contraposición con la posición anterior, un segundo sector doctrinal defiende la teoría de la concurrencia y la solución de ésta mediante la regla de la opción (acompañada de la advertencia final de que, en cualquier caso, la opción desaparece cuando la responsabilidad extracontractual se quiere utilizar para circunvalar la regla contractual aplicable), que es una solución que encaja bien en la lógica de los códigos de tradición germánica. No vamos a decir aquí nada más de estas dos primeras posiciones teóricas, porque se corresponden con las posiciones ya descritas en el epígrafe anterior<sup>31</sup>. Sin embargo, sí merece la pena destacar, en cualquier caso, que los autores más leídos y prestigiosos de la doctrina actual defienden la regla *non cumul* (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, R. Bercovitz, A. Carrasco, E. Roca).

Tras lo explicado en el epígrafe anterior, el lector interesado estará probablemente preguntándose si es realmente posible defender en España la teoría de la concurrencia y la regla de la opción, teniendo en cuenta las explicaciones que hemos recogido ya en torno a los dos modelos comparados que están en total contraposición. Porque, entonces ¿va a resultar que es realmente posible defender en España la regla de la opción como solución a las situaciones de concurrencia de responsabilidades? ¿No habíamos quedado en que ésa era una solución propia de los sistemas de tradición germánica que funcionan con cuatro requisitos en sus regímenes de responsabilidad extracontractual?

2. La respuesta es que, en efecto, en España se ha defendido esa solución de tradición germánica (García Valdecasas, Delgado Echeverría) y que tal prodigio se ha logrado con una técnica bien precisa: mediante la importación –de manera más o menos abierta o más o menos oculta– del requisito de la antijuricidad del daño.

El autor que más claro lo deja ver es Reglero Campos cuando dice que, «el hecho de que no causar un *daño injusto* constituya siem-

---

plantea el debate doctrinal en DEL OLMO, 2024, pp. 210-211.

<sup>31</sup> Para más información sobre esas posiciones doctrinales, puedo remitir al lector interesado a DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 29 de abril de 2024. También, DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 27 de mayo de 2024.

pre una obligación de derecho natural, exigible más allá de cualquier convenio...» (cursivas añadidas)<sup>32</sup>. Como se ve, el autor importa directamente el requisito de que el daño sea *injusto* cuando está planteándose las relaciones entre ambas responsabilidades, lo que le permite luego defender la teoría de la opción sin mayor (¿?) problema. Es de notar que –en el Tratado sobre Responsabilidad Civil que el autor dirigía en sus primeras ediciones– tal requisito de la antijuricidad del daño no se recogía en los capítulos dedicados al daño como requisito general de la acción. También creo que es de señalar que la *importación* del requisito de la injusticia del daño se hace sin justificación especial de ningún tipo y dándolo por supuesto.

Algo parecido ocurre en García Valdecasas, que es uno de los primeros y muy influyentes autores que en la doctrina española más o menos reciente ha defendido la regla de la opción. El autor no emplea la expresión *daño injusto* ni cosa parecida, pero su manera de expresarse deja ver que ha incorporado el requisito de la antijuricidad del daño a nuestra responsabilidad extracontractual y que lo ha hecho sin dar demasiadas explicaciones. Así, García Valdecasas hablaba de «bienes jurídicamente protegidos», lo que le permite la afirmación de que «(los) campos respectivos de una y otra responsabilidad estarían *perfectamente deslindados*»<sup>33</sup>. Esto le permite al autor entender la cuestión del solapamiento de responsabilidades, no como una cuestión de regla general y regla especial (tal como sería la relación entre ambas según solución de la regla *non-cumul*), sino como dos regímenes especiales igualmente aplicables al caso. Es lo que García Valdecasas expresa diciendo que

«(Si) alguien incurre en responsabilidad contractual sólo respondería contractualmente, pero no delictualmente, y a la inversa. Las dos responsabilidades se excluirían *mutuamente*» (cursivas añadidas)<sup>34</sup>.

Esta idea de que las responsabilidades se excluyen *mutuamente* es radicalmente extraña a la lógica de nuestro sistema y se corresponde, según lo explicado, con la lógica que subyace al § 823, I BGB.

En cualquier caso, interesa destacar que la *importación* de este cuarto requisito de la responsabilidad extracontractual que consiste en afirmar la tipicidad o la antijuricidad del daño –realmente,

<sup>32</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 157. Se puede recordar que la exigencia sí está en el artículo 2043 del CC italiano, según el cual «Cualquier hecho doloso o culposo que causa a otro un *daño injusto*, obliga a quien ha cometido el hecho a resarcir el daño» (cursivas añadidas).

<sup>33</sup> GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833.

<sup>34</sup> GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833.

inexistente en Derecho español— ha sido señalado y criticado por la doctrina más atenta<sup>35</sup>.

3. Hay otras dos maneras de defender la teoría de la concurrencia y la regla de la opción en España que, en el fondo, creo que están relacionadas. Me refiero a la que defiende o apunta J. M. Miquel González de Audicana y, por otro lado, la que plantea abiertamente M. Martín-Casals. Por razones de espacio, me limito aquí a formularlas de manera muy resumida.

Explica J. M. Miquel que

«Desde el momento en que la responsabilidad extracontractual se desarrolle a través de específicos deberes de cuidado y deje en la penumbra ese genérico *alterum non laedere*, (...) también aparecerán más claras las razones de la concurrencia de ambas en la medida en que aparezca infringido un deber de no causar daños fundado en dos causas diversas pero concurrentes»<sup>36</sup>.

Lo que creo que este autor señala con toda corrección es que, mediante una manera distinta de entender la responsabilidad extracontractual que se fije en esos deberes de cuidado *específicos* —o, más bien, *relativos*— se puede plantear una zona de solapamiento entre responsabilidades en la que éstas concurren en pie de igualdad, como ocurre en Alemania y como ocurre en los sistemas de *common law*, que es donde la vía sugerida por J. M. Miquel se ha explorado más<sup>37</sup>. El argumento me parece mucho más prometedor, a pesar de que, en los sistemas de tradición francesa, esa *relatividad aquiliana* de la que hablaban Limpens y otros autores hace muchos años sea sólo, por el momento, una propuesta doctrinal<sup>38</sup>.

Por su lado, M. Martín-Casals empieza explicando que la reticencia tradicional de la doctrina francesa a aplicar la teoría de la opción se debe al temor de que el demandante pueda evadir las

<sup>35</sup> PANTALEÓN, 1991, pp. 1977 ss. En la misma línea, ASÚA GONZÁLEZ, *Manual de Derecho civil*, II, Barcelona, 3 ed. 2000, p. 471, PARRA LUCÁN, 2020, p. 404; LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 63-65; YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 110.

<sup>36</sup> J. M. Miquel concluye así su trabajo. Se puede ver MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, *Cuadernos de Derecho Judicial*, 1993, núm. XIX. La idea de este autor también ha sido destacada como esencial por LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 61.

<sup>37</sup> Los sistemas de *common law* se basan —en lo que aquí importa— en la introducción en el llamado *tort of negligence* de un requisito consistente en la exigencia de un deber de cuidado (*duty of care*) que ha de pesar sobre el demandado y que es de carácter relativo (frente al carácter potencialmente ilimitado y general de nuestro deber de *neminem laedere*). Hay una explicación más extensa en DEL OLMO, ADC 2001-I, pp. 274-275 y 302-309. Para la cuestión de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad en el *common law*, se puede ver, JOHNSON, *Washington & Lee Law Review*, 2009, p. 577.

<sup>38</sup> Es una opinión propuesta en nuestra doctrina por autores de la talla de Díez-Picazo o Pantaleón y es la que personalmente me parece preferible para limitar nuestra responsabilidad extracontractual en general y para acercarnos en esto al modelo de los PETL (más detalles en DEL OLMO, ADC, 2001-I, pp. 309-316). Véase, por otro lado, LIMPENS, 1965, *passim*.

limitaciones que hubiera aceptado previamente en vía contractual como, por ejemplo, sería el caso de una cláusula limitativa de la responsabilidad<sup>39</sup>. Sin embargo, el autor destaca que, para evitar este resultado claramente indeseable, no es imprescindible adoptar la regla de incompatibilidad de acciones, sino que es suficiente limitar la posibilidad de elegir cuando se pueda dar una situación de este tipo. Como se ve, el autor propone utilizar la teoría de la opción tal como ha quedado descrita en un epígrafe anterior: libertad de elección entre dos acciones, unida a una advertencia final de reserva acerca de la circunvalación del contrato o de la ley. Por mi lado, pese a estar de acuerdo en la razonabilidad de los resultados que obtiene desde el punto de vista de garantizar la primacía del contrato, creo que la teoría resultante tampoco es fácil de defender en España<sup>40</sup>.

Como se ve, estos dos profesores proponen matizar o abandonar la regla *non cumul* tradicional, pero lo hacen arrancando de un cambio profundo en la manera de entender la cláusula general de responsabilidad contenida en nuestro artículo 1902. Sin duda, esto viene a confirmar la corrección del planteamiento teórico de Zimmermann y Wagner que quedó explicado en el segundo epígrafe de este trabajo.

## 2. LAS POSICIONES DOCTRINALES INTERMEDIAS: LA DEFINICIÓN NEGATIVA DE LA RESPONSABILIDAD EXTRA CONTRACTUAL Y EL ÁMBITO DEL CONTRATO

En el debate doctrinal español sobre las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual, la situación que nos vamos a encontrar en el terreno intermedio entre esas dos teorías

<sup>39</sup> MARTÍN-CASALS, 2011, p. 13.

<sup>40</sup> El profesor Martín-Casals es uno de los autores de los *Principios del Derecho Europeo de la Responsabilidad Civil* (PETL, por sus siglas en inglés), en cuya elaboración dicho profesor jugó un papel destacado. Quizá por ello, la solución que propone está probablemente influida por las soluciones estadounidenses y por la visión de la responsabilidad adoptada en los PETL. Me refiero a los artículos 2.101 y 2.102 PETL. Según el artículo 2.101. Daño resarcible: «El daño requiere un perjuicio material o inmaterial a un interés jurídicamente protegido». Véase también el artículo 2.102. Intereses protegidos: «(1) el alcance de la protección de un interés depende de su naturaleza; su protección será más amplia cuanto mayor sea su valor, la precisión de su definición y su obviedad. (2) La vida, la integridad física y psíquica, la dignidad humana y la libertad gozan de la protección más amplia. (3) Se otorga una amplia protección a los derechos reales, incluidos los que se refieren a cosas incorpóreas. (4) La protección de intereses puramente patrimoniales o de relaciones contractuales puede tener un alcance más limitado (...)». Los textos en español se toman de la traducción de los PETL a cargo de la *Red Española de Derecho Privado Europeo y Comparado*, coordinada por Martín-Casals, Navarra, 2005. Como se ve, esta manera de plantear las cosas no es la misma que la que se emplea en nuestro artículo 1902 CC y que, en mi opinión, resulta determinante a la hora de plantear estas cuestiones.

extremas es muy confusa. Eso creo que se debe a que, en las distintas opiniones que ocupan ese terreno intermedio, se combinan elementos propios de las teorías extremas de formas muy variadas y con resultados distintos, lo que da lugar a razonamientos aparentemente contradictorios y, a veces, realmente ininteligibles. La situación es tal que no creo que sea una exageración decir que actualmente ni siquiera existe un lenguaje común en esta materia.

Aunque las posturas son muchas y heterogéneas, me voy a fijar aquí en cuatro autores cuyas exposiciones me parece que permiten entender cómo se está planteando el debate doctrinal actualmente. Lo curioso es que, tras ellas y pesar de su apariencia incompatible y contradictoria, podremos apreciar la existencia de –algo así como– un *consenso oculto* en torno al planteamiento más básico de la cuestión. Me refiero a que en todas ellas subyace otra manera menos estricta de entender las mismas ideas que, en un primer momento histórico, llevaron a afirmar la solución de la regla *non cumul*. Veámoslo con más detalle.

Esas cuatro posiciones teóricas que tomo como paradigmas de la confusa situación doctrinal que se puede encontrar en el terreno intermedio son:

La posición de Reglero Campos, quien defiende, a la vez, todas las teorías posibles. El autor defiende (a) la teoría de la concurrencia de responsabilidades y la solución de la regla de la opción; (b) la propuesta de unificación de responsabilidades y (c) esa versión modificada de la regla *non cumul* tradicional de la que ya he hablado.

La segunda posición significativa es la de M. Yzquierdo Tolsada, quien defiende lo que llama una *moderada* unificación de responsabilidades, de alcance no muy claro. A veces, parece que el autor entiende la unificación como una propuesta *de lege ferenda* favorable al establecimiento de una única regulación de ambos tipos de responsabilidad, pero otras veces parece dar un paso más y proponer algo parecido a una aplicación de la responsabilidad extracontractual por encima de la responsabilidad contractual. Sería algo así como una unificación por absorción de la solución contractual por parte de la solución extracontractual. Lo curioso del caso es que el autor, finalmente, desecha parcialmente su propio análisis y acaba defendiendo la solución tradicional de la regla *non-cumul* (¿o la más flexible y novedosa?), en lo que parece un giro sorprendente de guion.

En tercer lugar, merece la pena mencionar la postura formulada por Ortí Vallejo. Este autor defiende la aplicación general de la regla *non cumul* y, por otro lado, defiende también la posibilidad de concurrencia de responsabilidades y la regla de la opción en un

caso muy especial en el que centra su atención: el de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidades en los casos de daños personales en las prestaciones de servicios.

En cuarto lugar, hay que mencionar la también más reciente postura de M. C. Luque Jiménez, quien se declara abiertamente partidaria de la regla *non cumul*.

¿Por qué incluir en este cuarto apartado a la profesora Luque Jiménez? ¿No debería estar, sin más, entre los defensores de la regla *non cumul* como teoría pura o extrema que hemos mencionado en el epígrafe anterior?

La razón de su inclusión en este cuarto lugar es hacer notar que esta autora va a afirmar la regla *non cumul* como solución para la concurrencia (que admite) entre responsabilidades. La autora afirma que,

«La responsabilidad extracontractual es residual o subsidiaria respecto a la contractual, que es norma especial, lo que conlleva la aplicación *preferente* de ésta en caso de que exista *concurso de responsabilidades*» (cursivas añadidas)<sup>41</sup>.

Como se aprecia, Luque Jiménez admite la existencia de un concurso de responsabilidades y va a defender la regla *non cumul*, no como la imposibilidad *ab initio* de que nazca la responsabilidad extracontractual (que es la versión original de la regla), sino como la manera en que se resuelve esa zona de concurrencia, otorgando prioridad automática a la solución contractual<sup>42</sup>.

## 2.1 La responsabilidad extracontractual, como la misma palabra indica

Este planteamiento de Luque Jiménez que acabamos de ver creo que permite apreciar con claridad un rasgo que, como digo, caracteriza todas las posiciones intermedias descritas. En la cita anterior de esta autora, ya se habla de que la responsabilidad extracontractual es *residual* o *subsidiaria* respecto a la contractual. Merece la pena fijarse en esta afirmación, porque se puede encontrar implícita o explícitamente afirmada también en el resto de las

<sup>41</sup> LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 102.

<sup>42</sup> En una nota anterior, ya habíamos citado a CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7, reconociendo esta distinta versión de la regla *non cumul*. Para facilitar la lectura, vuelvo a colocar aquí el párrafo de este autor, quien explicaba que «(otra) cosa es que se diga que estos daños deben seguir el régimen de la responsabilidad contractual porque es el que especialmente les ha destinado el legislador, con exclusión de la normativa extracontractual. Pero con ello no se niega la concurrencia, sino que, aceptándola, se la resuelve, precisamente mediante la aplicación de una de las principales reglas empleadas en la resolución de conflictos de las normas concurrentes: el principio de especialidad».

posiciones que vengo llamando *intermedias*. Esa idea muy generalmente admitida queda clara cuando Luque Jiménez afirma que

«(Siempre) que no se reúnan los requisitos necesarios para que la responsabilidad sea contractual, la víctima puede situarse en el terreno de la responsabilidad extracontractual (...). De esta forma, mientras que el ámbito de la responsabilidad contractual se define por la existencia de ciertas *condiciones positivas*, el de la responsabilidad extracontractual se determina *negativamente* por la ausencia de alguna de esas condiciones, teniendo este último régimen una vocación, a la vez *general y residual*, para abarcar toda situación que no esté sometida al régimen de la responsabilidad extracontractual» (cursivas añadidas)<sup>43</sup>.

Como se puede apreciar en la cita anterior, Luque Jiménez habla de una definición *negativa* o *residual* de la responsabilidad extracontractual que, en realidad, debería ser patente entre nosotros<sup>44</sup>. En efecto, como la misma palabra indica, la responsabilidad extracontractual es la responsabilidad que existe *cuando no hay contrato* o, dicho en otras palabras, es la responsabilidad que existe *fuera* del contrato. Por ello, la imposibilidad de concurrencia va de suyo en esta idea: en un mundo en el que las cosas son blancas o negras (porque así se ha estructurado el sistema), la responsabilidad no puede ser contractual y extracontractual al mismo tiempo.

En la doctrina española es habitual argumentar en defensa de esta idea –de manera casi unánime, pero creo que sin sacar todas las consecuencias de la idea– diciendo que eso deriva con claridad de los títulos que el CC emplea en materia de obligaciones. Mientras el Título II del Libro IV del CC se encabeza con la fórmula «De los contratos», el Título XVI de ese mismo Libro IV emplea «De las obligaciones que nacen sin convenio», estableciendo clara-

<sup>43</sup> LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 62-63. Por su lado, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, tiene un párrafo con estas mismas ideas en p. 81: «La expresión «responsabilidad extracontractual» tiene *carácter negativo*, en la medida en que viene designado su objeto como algo contrapuesto al de la responsabilidad contractual. Bien se puede afirmar en este sentido que *los principios de la responsabilidad aquiliana constituyen el derecho común* de la teoría de la reparación de los daños civiles, siendo aplicables cuando no lo sean los que componen el régimen especial de los contratos y que conceden un medio específico para su resarcimiento: *cualquier daño* derivado de un hecho del hombre *distinto del incumplimiento* obligacional será extracontractual».

<sup>44</sup> La idea estaba ya en los primeros comentaristas del Código, como MANRESA, 1907, pp. 75-6, diciendo que «la culpa contractual, que se opone al cumplimiento de una obligación es más bien *negativa*, mientras que la extracontractual, que la origina, es más bien *positiva*». Como digo, la idea se puede encontrar en otros muchos y muy distintos autores: por ejemplo, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 831, BLANCO GÓMEZ, p. 66; ARANDA, 2021, p. 351; MOLINER TAMBORERO, 2007, pp. 696 y 698. Con énfasis en Derecho comparado, PUIG BRUTAU, 1983, p. 77. Entre los autores más antiguos CLEMENTE DE DIEGO, 1927, p. 493 o MANRESA, 1907, p. 616.

mente esa contraposición<sup>45</sup>. Igualmente se señala en la doctrina la contraposición entre el artículo 1091 y el artículo 1093, ambos contenidos entre los primeros artículos del Título I, Capítulo I del Libro IV del CC, lo que permite apreciar más fácilmente su valor estructural<sup>46</sup>. Pues bien, mientras que el primero de esos artículos establece que «Las obligaciones que nacen de los contratos tienen fuerza de ley entre las partes contratantes, y deben cumplirse a tenor de los mismos», el segundo remite la regulación de las obligaciones *que nacen sin convenio* –en lo que aquí importa– a los artículos 1902 ss. CC. Como se puede ver, entonces, esos dos preceptos citados establecen un régimen distinto para las obligaciones que nacen de cada una de las fuentes de obligaciones que cada uno menciona, como desarrollo de la enumeración de las fuentes que contiene el artículo 1089 CC<sup>47</sup>.

## 2.2 El ámbito del contrato

Admitida esa característica fundamental de nuestro Derecho de obligaciones y contratos, la conclusión de que no puede haber concurrencia entre la responsabilidad contractual y la extracontractual parece imponerse por la fuerza de las cosas. Por ello, es fácil entender que en esta definición *negativa o residual* de la responsabilidad extracontractual también están de acuerdo los defensores de la regla *non cumul* en su versión más antigua<sup>48</sup>. El paso adicional que proponen los autores partidarios de las teorías intermedias consiste en admitir que esa contraposición entre ambas responsabilidades implica que no puede haber concurrencia de responsabilidades... pero que tal cosa sólo ocurre en lo que se ha llamado la *estricta órbita de lo pactado*<sup>49</sup>. De esta manera, sí se puede admitir una

<sup>45</sup> En el *Code Napoléon*, se contraponían «Des contrats ou des obligations conventionnelles en general» a «Des engagements qui se forment sans convention». Los primeros comentaristas de nuestro Código hacían énfasis en esa idea. Se puede ver MANRESA, 1907, p. 601. Véase también, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 832.

<sup>46</sup> Lo destaca bien REGLERO CAMPOS, 2008, p. 137.

<sup>47</sup> La exposición es muy clara en GARCÍA VALDECASAS, *RDP* 1962-II pp. 833 y 835. También son claros A. BORRELL MACIÁ, 1942, p. 50 y REGLERO CAMPOS, 2008, p. 137. La cita de Bonet que recoge SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 980, me parece muy gráfica: «las dos cualidades de partes y terceros son irreconciliables: desde el momento en que se entra en la culpa contractual, se sale de la extracontractual: un contratante no es un tercero».

<sup>48</sup> De hecho, todos ellos comparten esa manera negativa o residual de definir la responsabilidad extracontractual. Se puede ver, por todos, MANRESA, 1907, p. 615 (aunque cfr. p. 75) y SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 969.

<sup>49</sup> Curiosamente, GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 835, formulaba una idea similar diciendo que, «del planteamiento que acabamos de hacer se deduce que debe ser excluida la opción cuando el hecho que determina el incumplimiento de la obligación contractual, por sí solo, prescindiendo de esta última, nunca hubiera comportado una violación del deber general de no causar daño a otro. Sostener lo contrario, admitir que en cualquier infracción contractual el perjudicado pueda optar por la acción delictual, equivaldría a infrin-

conurrencia de responsabilidades *fuera* de lo que no es ese núcleo duro del contrato. Lo formula abiertamente Sánchez Vázquez cuando explica que

«(No es) suficiente con que haya contrato entre las partes para que la responsabilidad extracontractual sea sin más rechazada. Es preciso para ello que nos encontremos dentro de la órbita contractual, reconduciéndose entonces todo el problema a limitar la amplitud de esta órbita» (cursivas añadidas)<sup>50</sup>.

Como se ve en la cita anterior, el (endiablado) problema va a ser, entonces, cómo definir ese núcleo del contenido contractual. Es una cuestión difícil, que se ha dicho que entraña «enormes dificultades de precisión» y sobre la que creo que se ha dicho poco abiertamente en la doctrina española<sup>51</sup>. Es cierto que, en la doctrina se alude frecuentemente en este contexto a los llamados *deberes de seguridad o protección*, deberes que amparan a la persona y bienes del otro contratante y que son el campo en el que se va a afirmar la regla de la opción o la solución de la unificación<sup>52</sup>. Pero a duras penas se alude al *origen únicamente* convencional de esos deberes estrictamente contractuales, que es lo que parece que subyace al empleo de esos deberes de protección (que pueden ser de origen contractual o extracontractual) como forma de definir la zona de solapamiento<sup>53</sup>.

---

gir la ley, la cual ha querido someter la responsabilidad derivada del incumplimiento de los contratos a un régimen distinto del de la responsabilidad delictual». La idea de que tras la idea de la órbita de lo pactado estaba la intención de abrir paso a la opción la señalaba ya PANTALEÓN, *CCJC*, 1984 n 5, p. 1654. Cfr. SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, pp. 978-879.

En 1984. También lo hace REGLERO CAMPOS, 2008, p. 166.

<sup>50</sup> SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 978; Una idea parecida, en GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 835. La idea está muy extendida en la jurisprudencia, a partir de la STS 9.03.1983. Para confirmar el diagnóstico jurisprudencial, se puede ver, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 110-111.

<sup>51</sup> Para la cita, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 105. La misma idea se puede encontrar en otros autores, más antiguos, como SÁNCHEZ VÁZQUEZ, *RDP*, 1972, p. 981, y más recientes, como LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 29, quien dice que «no es difícil delimitar el contenido del contrato cuando existe una cláusula expresa y se trata de una obligación esencial. En estos casos está clara la existencia de responsabilidad contractual». Y añade (en p. 30) que «(la) dificultad radica cuando se trata de una obligación accesorio o tácita en el contrato».

<sup>52</sup> Lo explica bien CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 7, diciendo que, «existirá responsabilidad contractual concurrente con la responsabilidad extracontractual cuando, respecto de los bienes o persona de la víctima, exista una obligación de custodia o cuidado a cargo de uno de los miembros de la relación obligatoria». Se puede ver también, entre otros muchos, YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 105 y ss; LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 78 ss. Una visión crítica y distinta en GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 839

<sup>53</sup> CABANILLAS SÁNCHEZ, 2008, p. 155.

### 3. UNA DESCRIPCIÓN BREVE DE LAS POSICIONES INTERMEDIAS

Ya he destacado la conclusión fundamental que se puede sacar de las cuatro posiciones intermedias que han quedado formuladas en el epígrafe anterior: todas ellas parten de la definición negativa o residual de la responsabilidad extracontractual que subyace en la estructura de nuestro CC y todas ellas admiten la posibilidad o conveniencia de admitir una concurrencia de responsabilidades *fuera* de la estricta órbita de lo pactado. Este epígrafe que ahora comienza es probablemente prescindible, para lo que quiero contar en este trabajo. Sin embargo, me decido a incluirlo por dos motivos. En primer lugar, para explicar, aunque sea muy brevemente, el detalle de las posiciones doctrinales de la que deriva esa conclusión que acabo de formular. En segundo lugar, porque ese recorrido me servirá también para destacar la importancia de la definición del ámbito de aplicación de las soluciones que se proponen, que es la cuestión que trataré en la última parte de este trabajo.

Para ganar en claridad, creo que merece la pena empezar presentando con un poco de más detalle la posición del profesor Reglero Campos, con la advertencia *histórica* de que la posición de este autor fue formulada después de que Yzquierdo Tolsada presentara las primeras versiones de su análisis.

#### 3.1 Tres teorías a la vez

Para nuestros fines, la primera opinión significativa es la postura de Reglero Campos, quien aspira a ofrecer una solución general a las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad, pero centrándose en la solución de los casos concretos con relevancia práctica que va identificando en la materia. Así, Reglero va afirmar, primero, la posibilidad de una concurrencia de responsabilidades y que esa concurrencia ha de resolverse mediante la regla de la *opción*. Sin embargo, frente a la postura ortodoxa de la teoría de la opción, lo cierto es que el autor comparte algunos de los planteamientos básicos de los defensores de la *regla non cumul*, como manera de afirmar la primacía del contrato. Por ejemplo, cuando Reglero insiste en que el artículo 1093 se remite al régimen de los artículos 1902 ss. CC, lo que determina la imposibilidad de concurrencia<sup>54</sup>. Es la idea de la *delimitación negativa* del terreno de lo extracon-

<sup>54</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 137. También maneja ideas próximas a la regla *non cumul* en la relación de la jurisprudencia que coloca en p. 179.

tractualmente indemnizable que hemos visto también en Yzquierdo Tolsada y Luque Jiménez. Esa coincidencia en los argumentos de los defensores de la regla *non cumul* se puede ver también cuando Reglero Campos observa que, por mucho que haya casos en los que es difícil calificar la responsabilidad como contractual o extracontractual, el órgano judicial «siempre tiene que calificarla y que si, por ejemplo, las mercancías depositadas se pierden en un incendio la responsabilidad del depositario es contractual».

Con todo, el autor –criticando desde este punto de vista, la STS 29.12.2000 (RJ 9445) relativa a un incendio con daños a cosas depositadas– señala que él defiende la regla de la opción y que esa teoría únicamente es de aplicación en lo que llama zonas *fronterizas*, sin que se deba generalizar su uso<sup>55</sup>. Como se ve, va a resultar decisivo cómo se delimiten esas zonas *fronterizas*, lo que veremos que el autor plantea de forma no muy clara.

Reglero termina, pues, admitiendo la regla de la opción, con lo que está admitiendo con claridad la posibilidad de una concurrencia de responsabilidades. Sin embargo, como habíamos adelantado ya, lo que ocurre es que Reglero, antes de llegar a esa solución de la opción, emplea a la vez argumentos próximos a la teoría de la unificación y a la de la opción –además, combinándolos–, lo que es fuente adicional de oscuridad. Como dice un joven y prometedor colega, para muestra un botón: según Reglero,

«(Si) se parte de la base de que el objeto de la doctrina de la responsabilidad es la indemnización del daño, la distinción entre la responsabilidad contractual y la extracontractual *no está justificada*. Producido un daño, su autor debe repararlo siempre que le sea imputable, con independencia de que haya acaecido en el marco (de) una relación contractual o extracontractual» (cursivas añadidas)<sup>56</sup>.

Esto, que mirado a cierta distancia no expresaría más que la afirmación de que la función de la responsabilidad es indemnizatoria, apunta sin embargo a afirmar la teoría de la unificación de responsabilidades que veremos en seguida que propone Yzquierdo Tolsada, con palabras muy similares a éstas.

De hecho, Reglero Campos afirma la conveniencia de proceder a *unificar* el régimen de responsabilidad, pero no en general, sino tan sólo en algunos ámbitos. Dice el autor que, para *daños corporales y morales*, sería bueno tener de un régimen jurídico único,

<sup>55</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 169. El autor, en p. 141, cuenta también una STS 22.07.1997 (RJ 6156) sobre un caso de abordaje y critica el uso de la idea de la *juxtaposición* de responsabilidades para impedir esa circunvalación.

<sup>56</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 144.

puesto que «resulta absurdo que para pedir la indemnización por unos mismos daños sea diferente el régimen jurídico según se considere que su origen es contractual o extracontractual». En esta línea, Reglero propugna la unificación de responsabilidades que – para daños corporales– ya se ha producido en algunas leyes sectoriales (por ejemplo, en materia de consumo y en materia de circulación de vehículos a motor). En mi opinión, la propuesta tiene la virtud de que hace al operador fijarse en el ámbito de aplicación de la regla que se propone. Es una vía en la que veremos que insiste Ortí Vallejo, sobre la base del Derecho comparado.

Creo que de lo anterior se deriva con claridad que este complejo panorama teórico que presenta Reglero –defendiendo a la vez todas las teorías posibles– es reflejo del enfoque *fragmentario* que el autor adopta, atendiendo a las cuestiones prácticas planteadas dentro del campo de estudio que considera relevante<sup>57</sup>. Sea como sea, Reglero subraya con acierto – citando a Díez-Picazo y Pantaleón– la necesidad de evitar que se pueda emplear la responsabilidad extracontractual para circunvalar el régimen pactado en el contrato, lo que es un riesgo que se puede apreciar bien desde el punto de vista de los defensores de la regla de la opción, pero que resulta prácticamente invisible para los defensores de la unificación de responsabilidades<sup>58</sup>.

### 3.2. Una propuesta que lo soluciona todo junto: ¿Es posible defender la unificación de responsabilidades?

En segundo lugar, cabe mencionar la postura de M. Yzquierdo Tolsada, que es uno de los primeros autores que empezaron a plantear estas cuestiones en la doctrina actual. Para entender sus planteamientos, quizá sea buena idea empezar destacando que el autor hace hincapié en que los requisitos de la responsabilidad contractual y los de la extracontractual son los mismos (culpa/incumplimiento, daño y nexo causal, por decirlo brevemente). Con ese punto de partida, no será extraño que Yzquierdo defienda una unificación de responsabilidades, unificación que –por las características de nuestra cláusula general de responsabilidad– pone en cues-

<sup>57</sup> Lo manifiesta muy claramente en REGLERO CAMPOS, 2008, por ejemplo, en pp. 140-141, diciendo «se trata de un debate más teórico que práctico, pues la experiencia forense enseña que en la práctica apenas se plantean problemas de esta naturaleza». El autor insiste en p. 144 diciendo que «algunos autores no ven en la distinción más que una cuestión de índole casi exclusivamente dogmática, con un alto contenido teorizante, pero sin mayor incidencia práctica». Muy claro también, en p. 159, cuando despeja un problema diciendo que es un *falso problema* «puesto que apenas tiene incidencia práctica».

<sup>58</sup> Así, por ejemplo, en REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 145 y 158.

tión la primacía del contrato. Lo curioso del caso es que tras un análisis que ha defendido básicamente esa idea de la unificación – idea que aparece siempre en su discurso en términos elogiosos– el autor termina defendiendo... la regla *non cumul* (;?). Veámoslo un poco más despacio.

Para explicar el análisis de Yzquierdo, creo que merece la pena arrancar de su observación de que los requisitos de acción u omisión antijurídica, el daño, la relación de causalidad y que «los factores de atribución (culpa, dolo, riesgo, etc.)» propios de la responsabilidad extracontractual son los mismos que los de la responsabilidad contractual. Sigue este autor señalando que esos elementos son,

«(Elementos) comunes a ambas modalidades de responsabilidad (...): la acción u omisión de que se habla en la responsabilidad aquiliana es justo el incumplimiento del contrato en la contractual. Y el artículo 1101 habla también de causalidad, de daños y de culpa, al igual que lo hace el 1902»<sup>59</sup>.

Esta idea básica es probablemente un punto de partida implícito en muchas otras opiniones expresadas en nuestra doctrina y una fuente de confusión importante. En efecto, en Derecho español –por la ausencia del cuarto requisito de la antijuricidad del daño– los requisitos de ambos tipos de responsabilidad son tres y son aparentemente los mismos (culpa, daño, nexo causal; cfr. arts. 1101 y 1902 CC), lo que hace que algunos autores y algunas sentencias entiendan que ambos tipos de responsabilidad son esencialmente iguales (teoría de la unificación de responsabilidad; teoría de la unidad de culpa civil) y sólo se diferencien en aspectos menores como el del plazo de prescripción o la competencia judicial<sup>60</sup>. En la misma línea, otros autores han formulado la idea diciendo que esa coincidencia entre los requisitos de las dos acciones demuestra que ambas tienen *la misma esencia*.

Con ese punto de partida es fácil de entender que Yzquierdo proponga una *unificación* de responsabilidades. En sus primeros escritos, el autor defendía simple y llanamente una *unificación* de responsabilidades, pero posteriormente ha pasado a defender lo que llama una *moderada* unificación de responsabilidades, de alcance no muy claro. A veces, parece que el autor entiende la unificación como una propuesta *de lege ferenda* favorable al estableci-

<sup>59</sup> YZQUIERDO TOLSADA, *RCDI*, 1991, p. 452.

<sup>60</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 67-73 y p. 106. En la misma línea, LLAMAS POMBO, 2021, p. 32; LETE DEL RÍO; LETE ACHIRICA, 2005, p. 644; ROBLES LATORRE, 2022, p. 27. También, REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 137-138. Se puede ver también, BLANCO GÓMEZ, 1996, p. 48; ARCOS VIEIRA, 2021, p. 378.

miento de una única regulación de ambos tipos de responsabilidad (el autor menciona siempre elogiosamente la solución en ese sentido del nuevo CC argentino), pero otras veces parece dar un paso más y –en busca de la reparación integral del daño– proponer algo parecido a una aplicación de la responsabilidad extracontractual por encima de la responsabilidad contractual.

Desde el primer punto de vista (conviene redactar un régimen único para regular la responsabilidad civil en general), es cierto que la propuesta es conocida y que puede resultar razonable, según el ordenamiento en el que se formule. Así, en la doctrina española y comparada, es lugar común señalar que, si existen problemas con los casos en los que se reúnen simultáneamente los requisitos de ambos tipos de responsabilidad, es porque el régimen aplicable es distinto: si el régimen fuera el mismo (plazo de prescripción, indemnizabilidad del daño moral, responsabilidad por auxiliares, prueba de la culpa...), el problema desaparecería<sup>61</sup>. «Muerto el perro, se acabó la rabia» sería la manera de expresar el razonamiento con un refrán castellano clásico. Con todo, creo que no es lo mismo propugnar una unificación de responsabilidades donde están claras las diferencias esenciales entre ambos tipos de responsabilidad (sigo pensando en el cuarto requisito existente en el BGB o en la claridad básica que también existe en el *common law* a la hora de diferenciar *tort* y *contract*), que en un sistema en el que esas fronteras se fían a la contraposición estructural entre el contrato y lo no contractual que deriva de la regulación de las fuentes de la obligación<sup>62</sup>. Lo que puede tener sentido en ordenamientos jurídicos restrictivos por lo que respecta a la responsabilidad extracontractual, es suicida en un sistema caracterizado por una responsabilidad extracontractual potencialmente ilimitada.

Desde el segundo punto de vista, conviene señalar que, otras veces, la unificación que propone Yzquierdo parece estar basada en la creencia de que hay una unidad sustancial entre ambos tipos de responsabilidad que justifica que la *reparación íntegra* del daño conforme al régimen extracontractual se superponga o absorba la reparación que sería de aplicación según las reglas de la responsabilidad contractual. Este punto de vista queda claro cuando el autor afirma que las razones que apoyan la unificación son «de orden sus-

<sup>61</sup> ROCA TRIAS, 1995, p. 479; CAVANILLAS MÚGICA, pp. 3 y 61. Desde el punto de vista comparado, MARTÍN-CASALS, 2019, p. 714.

<sup>62</sup> Es significativo que la afirmación doctrinal de que actualmente se tiende a la unificación de responsabilidades se apoya muchas veces en afirmaciones sacadas de la doctrina alemana y/o del *common law*. Por ejemplo, LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 59 y 61.

tantivo y hasta diría que de pura justicia material»<sup>63</sup>. También queda claro el planteamiento en un ejemplo que propone Yzquierdo<sup>64</sup>.

«Así, por ejemplo, si el dueño de una cuadra contrata con una persona el cuidado y alimentación de sus caballos y comprueba cómo la negligencia del contratante ocasiona la muerte de uno de ellos, es más que probable que obtuviese como indemnización poco más que su valor de mercado a juicio de peritos, si otra cosa no se hubiese pactado (...). Pero si la pérdida del animal tiene lugar como consecuencia de un atropello, no sorprendería nada que el demandante obtuviese también una indemnización por lucro cesante y quién sabe si pudiera lograr otra por daños morales». Y un poco más abajo añade: «Y entonces, muchas veces es difícil encontrar la justicia del resultado que se obtiene con bastantes de las diferencias de trato».

También desde ese segundo punto de vista, insistiendo en la *justicia material* del resultado, y para defender la unificación de responsabilidades, Yzquierdo señala que las diferencias entre ambos regímenes de responsabilidad puede que estuvieran justificados en una «economía poco desarrollada, pero que no están justificadas en la actualidad». Y añade a renglón seguido que

«(En la actualidad) la constante exposición a los riesgos de la vida diaria reclama una cada vez más vigorosa defensa *de la persona*» (cursivas añadidas)<sup>65</sup>.

Como se ve, Yzquierdo habla como si se plantease el problema general de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad, pero finalmente se fija en un subconjunto de problemas realmente limitado: los daños a la persona. Más abajo volveremos sobre esta idea de la falta de claridad del autor en lo que respecta al ámbito de aplicación de las reglas que propone.

Me parece claro que esta manera de ver las cosas de Yzquierdo –aunque se presente a veces, ya digo, como propuesta *de lege ferenda*– parece una invitación a que los operadores *razonen*, o que –en el caso de los jueces– *decidan*, los conflictos con ese criterio unificador que se presenta como muy deseable.

Como es lógico, esta unificación que propugna Yzquierdo conduce inexorablemente a despreocuparse de la primacía del contrato. Es bien posible que esa despreocupación –quizá inevitable en

<sup>63</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 77.

<sup>64</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 74-75. Frente a esto, me parece interesante la idea de GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 832 de que, frente a la indemnización contractual de los daños –que tiene el alcance que las partes le hayan dado– la reparación del daño extracontractual ha de ser integral porque la fuente de la obligación es el daño mismo. La cosa se resuelve, pues, en el plano de la contraposición entre las fuentes de las obligaciones.

<sup>65</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 76.

los años en los que este autor formula inicialmente su propuesta—provienga del hecho de que la regla *non cumul* tradicional, al borrar de un plumazo toda posibilidad de concurrencia, hace invisible el riesgo de circunvalación de la responsabilidad contractual por medio del mucho más general régimen extracontractual<sup>66</sup>.

Sea esto como sea, la despreocupación de Yzquierdo por el contrato queda patente, por ejemplo, en el siguiente párrafo, en el que —después de argumentar que la responsabilidad del depositario por los daños a la cosa depositada es únicamente contractual, dice que es muy conveniente *buscar más protección* fuera de las normas propias de la responsabilidad contractual,

«(Pues) la práctica evidencia que querer lograr el resarcimiento *integral* de los daños a través de las normas contractuales es a veces imposible.» (cursivas añadidas)<sup>67</sup>.

Como se ve, la delimitación del riesgo cubierto por el contrato (que es lo que determina el precio y resto del régimen pactado) no se ve como lo único a lo que el demandante tiene derecho —lo único que el demandante *ha comprado*, si se me permite la expresión— sino que se ve como una limitación de su derecho extracontractual al resarcimiento integral. Con esa visión de las cosas, parece lógico esperar, entonces, que un operador razonable reaccione ante esta *injusticia*, operando una unificación consistente en permitir la aplicación de la más generosa responsabilidad extracontractual.

Con todo, y quizá por las «enormes dificultades de precisión» que Yzquierdo reconoce que plantea definir la *órbita de lo pactado*, este autor termina renunciando a la idea de la *unificación* de responsabilidades y acaba abrazando la solución clásica de la regla *non cumul*<sup>68</sup>. En efecto, el autor termina diciendo que de *lege lata* ha de acabar tomando partido por esta regla de la no acumulación puesto que no cabe la opción (curiosamente, en este momento no menciona la unificación, que aparece —ahora sí— como mera aspiración *de lege ferenda*), sino sólo «colocar a cada régimen en el lugar que le corresponde». Añade Yzquierdo que, de esa manera,

«(El) demandante *ve excluida la acción extracontractual* si existía una previa relación obligatoria que le vinculaba con el demandado: la norma genérica de la responsabilidad aquiliana deja de desempeñar su función frente a la norma específica que, tutelan-

<sup>66</sup> No en vano, Reglero —que como defensor de la regla de la opción es plenamente consciente de ese riesgo— atribuye a F. Pantaleón haber introducido la cuestión del riesgo de circunvalación del contrato en nuestra doctrina en los primeros años 1990.

<sup>67</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 119.

<sup>68</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 105.

do el mismo interés, ha sido la deseada por las partes al contratar» (cursivas añadidas)<sup>69</sup>.

Como se ve, acaba recogiendo aquí el significado clásico de la regla *non cumul* tradicional. Lo curioso es que lo hace tras un largo análisis en el que ha ido mezclando unas ideas y otras para negar la conclusión que, sin embargo, ahora termina alcanzando. De hecho, la solución *non cumul* es tan contradictoria con lo que Yzquierdo había ido contando hasta el momento que, una vez que se ha declarado ya partidario de esa regla *non cumul*, el autor parece arrepentirse de su conclusión y dice –unos párrafos más abajo a la cita anterior–, que esa teoría de la no acumulación...

«(Parece) la teoría dogmáticamente correcta, si bien muy poco aconsejable en la práctica, pues su uso puede llevar a la víctima a no encontrar un *resarcimiento tan amplio* como el que obtendría de utilizar las normas extracontractuales» (cursivas añadidas)<sup>70</sup>.

Vuelve, pues, a establecer comparaciones generales entre ambas responsabilidades desde un punto de vista de *justicia material* como si fueran magnitudes comparables –de hecho, presentar como preferible el más amplio resarcimiento de la responsabilidad extracontractual es toda una invitación a la circunvalación del contrato– y como si pudieran coexistir en los esquemas de la regla *non cumul* tradicional que, de forma sorprendente, él mismo acababa de admitir.

Lo curioso del caso es que alcanzar la regla *non cumul* como solución final del análisis podría ser visto como una conclusión plausible, tras ver la impracticabilidad de la unificación entendida como absorción de la responsabilidad contractual por parte de la extracontractual, pero en el discurso de este autor la conclusión resulta más bien un giro inesperado de guion.

### 3.3 Una buena solución para un muy caso concreto

En tercer lugar, merece la pena mencionar la postura formulada años más tarde por Ortí Vallejo, quien renuncia a abordar todo el campo de estudio de las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad y se concentra en un caso muy especial: el de los casos de daños personales en las prestaciones de servicios. En ese campo de estudio, Ortí también va a defender al mismo tiempo la aplicación de la regla *non cumul* y la «acumulación» o concurrencia de res-

<sup>69</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 124.

<sup>70</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 127.

ponsabilidades», aunque va a solucionar esa acumulación con la regla de la *opción* (no con la *unificación* de responsabilidades que propugnaba Yzquierdo).

Con todo, me parece que la visión de este autor es más clara porque, en primer lugar, Ortí limita su afirmación de la concurrencia al mencionado sector de daños personales causados por la prestación de servicios, caso que presenta como excepcional frente al juego general de la regla *non cumul*. Se puede comprobar cuando dice que

«La primacía del contrato (...) debe ser tomada como lo que es: un criterio general que ha de imperar a modo de principio, pero no de postulado. Y, como todos los principios jurídicos, puede tener excepciones»<sup>71</sup>.

Un poco más adelante, formula la misma idea desde el punto de vista negativo diciendo que, en su opinión,

«el *cumul*, en la medida en que se pueda admitir, ha de plantearse como algo excepcional a la regla de la primacía del contrato y, en tanto que derogación de ésta, justificarlo adecuadamente.»<sup>72</sup>

Como se ve, en esta manera de ver las cosas se articula de forma coherente la propuesta de una regla especial de concurrencia de responsabilidades –que se resuelve mediante la regla de la *opción*– en los servicios que causan daños corporales, con la solución de la no acumulación como regla general que le permite afirmar la primacía del contrato... en la órbita estricta de lo pactado.

Se puede señalar también que, quizá por su cercanía con las ideas de los defensores de la regla de la *opción* (recordemos que estos autores toman de la doctrina alemana una advertencia en tal sentido), Ortí es plenamente consciente del peligro de circunvalación del contrato por medio de la acción de responsabilidad extracontractual<sup>73</sup>.

### 3.4 Una nueva versión de la regla *non cumul*

La defensa de la regla *non cumul* como rasgo básico de la obra de Luque Jiménez queda clara ya en el prólogo que la profesora Cañazares Laso pone a la obra, diciendo que la autora,

«se muestra partidaria de la regla *non cumul* entendiéndola como única alternativa posible, lo que no significa que la responsa-

<sup>71</sup> ORTÍ VALLEJO, 2006, pp. 57-58.

<sup>72</sup> ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 59.

<sup>73</sup> ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 60.

bilidad extracontractual *no se aplique nunca entre contratantes.*» (cursivas añadidas)<sup>74</sup>.

Como se ve, se describen ahí planteamientos que se dicen coincidentes con la regla *non cumul*, pero se anuncian también divergencias, desde el momento en que la afirmación de la regla *non cumul* se hace reconociendo una posible *conurrencia* (¿o se refiere a una *yuxtaposición*?) de responsabilidades<sup>75</sup>. Así parece que, frente a la visión tradicional de la regla *non cumul*, se va a afirmar ahora la *conurrencia* y la regla *non cumul* al mismo tiempo<sup>76</sup>. La regla *non cumul* no solucionaría, entonces, los problemas impidiendo el nacimiento de la responsabilidad extracontractual *ab initio*, sino que lo haría sólo *ex post*. Como ocurría con los tres autores anteriormente citados, también esta autora quiere romper la ecuación *conurrencia/opción* y la de *no concurrencia/regla non cumul*.

Las primeras palabras de la propia Luque Jiménez en la obra apuntan también a esas novedades en la manera de entender la regla *non cumul* que se podían entrever en el párrafo que acabamos de recoger del prólogo<sup>77</sup>. Dice la autora que,

«Nuestro punto de partida es el estudio del concurso de responsabilidades contractual y extracontractual que tiene lugar cuando en el hecho causante del daño *concurren* al mismo tiempo los

<sup>74</sup> En p. 16 de la monografía de LUQUE JIMÉNEZ.

<sup>75</sup> Aunque hay autores en estas zonas intermedias que parecen utilizar indistintamente la expresión *yuxtaposición* de responsabilidades (para ilustrarla, F. Pantaleón propuso el muy claro ejemplo del arrendador que atropella accidentalmente al arrendatario: hay lesiones a este último, pero no son el resultado del incumplimiento del contrato de arrendamiento) y la de *conurrencia* de responsabilidades (por ejemplo, REGLERO CAMPOS, 2008, p. 161), las diferencias entre ellas son claras, al menos para los defensores de las teorías puras o extremas. Se puede ver una explicación más detallada en DEL OLMO, *Almacén de Derecho*, 27 de mayo 2024. Una muy correcta y concisa manera de formular la idea de *yuxtaposición* en sentido estricto se puede ver en ATIENZA NAVARRO, 2021, p. 597.

<sup>76</sup> Para insistir –quizá innecesariamente– en la confusión reinante en nuestra doctrina, se puede ver en LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 62 que su postura favorable a la regla *non cumul* se muestra tolerante con una solución tan contradictoria como la que se desprende de la siguiente afirmación «compartimos la opinión de (...) que la unificación podría alcanzarse sin grandes dificultades a través de la homogeneización de ciertas normas sustantivas y procesales y sin perjuicio de la aplicación, en su caso, de pactos lícitos que modulen la específica distribución de riesgo entre las partes contratantes».

<sup>77</sup> Se puede destacar que, en mi opinión, CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 61, había reconocido ya la existencia de dos versiones de la regla *non cumul*, cuando dice que esa regla «consiste en negar que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual pueden superponerse sobre un mismo hecho o bien sentar que, si se da tal superposición, la responsabilidad contractual, como más especial, debe prevalecer sobre la responsabilidad extracontractual». Sin embargo, creo que merece la pena formular la solución de la regla *non cumul* tradicional como una teoría drásticamente distinta. En la doctrina francesa, se ha explicado convincentemente que es la invención de la noción de *responsabilidad contractual* la que está en el origen de la confusión en esta materia. Véase, REMY, *RTDC*, 1997-II pp. 323 ss.

caracteres de una infracción contractual y del deber general de no causar daño a otro» (cursivas añadidas)<sup>78</sup>.

Como se ve, la profesora Luque Jiménez admite la posibilidad de esa concurrencia de responsabilidades desde el principio, lo que sería extraño de oír en boca de un partidario de la versión tradicional de la regla *non cumul*: como acabamos de comentar, los defensores de la versión tradicional de esa regla entienden que esa concurrencia es imposible *ab initio* porque la existencia del contrato *impide* el nacimiento de la responsabilidad extracontractual<sup>79</sup>. Insisto en que, con esto, la regla *non cumul* tradicional no está describiendo la realidad (es claro que, en la práctica, pueden cumplirse a la vez los requisitos de ambos tipos de responsabilidad), sino que está adoptando un punto de vista prescriptivo que se puede resumir en la idea de contractualizar las soluciones.

En la postura de esta autora, por tanto, hay una especie de recorrido de ida y vuelta, en la medida en que –alejándose de la regla *non cumul* tradicionalmente entendida– se admite la posible concurrencia de responsabilidades, pero esa concurrencia se soluciona por medio de la aplicación automática de la responsabilidad contractual; es decir, por la vuelta a la posición tradicional de la regla *non cumul*, que excluye las aplicación de la responsabilidad extracontractual entre las partes de un contrato. De alguna manera, se reformula así la regla *non cumul* tradicional para adaptarla a la visión del contrato que admite la existencia de una órbita estricta de lo pactado...

#### 4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LAS SOLUCIONES PROPUESTAS

En el epígrafe anterior, han quedado explicadas cuatro posiciones doctrinales que me parecen significativas en el actual panorama doctrinal español y también se ha podido ver cómo algunos de los autores formulaban reglas sin fijarse demasiado en cuál era su ámbito de aplicación, mientras que otros autores más recientes

<sup>78</sup> LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 21.

<sup>79</sup> Es gráfica la manera de expresarlo de PANTALEÓN, CCCJ, 1984-1, p. 1257 diciendo que, «los artículos 1902 ss. son *inaplicables* cuando se trata de hacer efectiva la culpa derivada de contrato» (cursivas añadidas). También se puede ver a Santos Briz, quien –hablando de la calificación como contractual o extracontractual– explica que siendo cualidades contradictorias, hay que elegir entre las dos, de forma que la responsabilidad contractual *absorbe* de pleno derecho a la extracontractual. Para esto, SANTOS BRIZ, 2001, p. 25. La idea estaba ya en SÁNCHEZ VÁZQUEZ, RDP, 1972, p. 976. Este autor afirma con rotundidad en p. 977 que, «no cabe concurso de un deber contractual y otro extracontractual entre unos mismos sujetos».

señalan adecuadamente la importancia de ese dato. Creo que, efectivamente, esta última cuestión es muy relevante y que prestarle atención permite avanzar en la claridad de los planteamientos. Conviene atender, pues, a la definición de lo que estos autores defensores de posiciones intermedias denominan *zona mixta o fronteriza* entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual, lo que nos permitirá fijarnos en la estrategia que cada uno de ellos adopta para su estudio.

Para empezar, conviene dar un paso atrás y recordar el primer epígrafe de este trabajo. Ahí quedó explicado que, en la lógica de los sistemas germánicos, era fácil distinguir entre una *zona de solapamiento*, en la que se dan los requisitos de ambos tipos de responsabilidad (daño a la persona o cosas del contratante que supone, además, incumplimiento del contrato: por ejemplo, el incumplimiento por el arrendador de sus deberes contractuales de conservación de la cosa arrendada causa daños personales al arrendatario.) y una *zona gris*, en la que no estaba claro qué tipo de responsabilidad era de aplicación (básicamente, *culpa in contrahendo* y responsabilidad profesional). También habíamos dicho que, en los sistemas de tradición francesa, esa distinción no se puede plantear de igual manera porque la responsabilidad extracontractual no exige la antijuricidad del daño y, por ello, es imposible limitar la zona de solapamiento atendiendo a si ha habido o no daños a la persona o propiedades del demandante. Con todo, la regla *non cummul* tradicional elimina de raíz ese problema porque deja claro, al menos, que todos los fenómenos no contractuales quedan relegados al campo de la responsabilidad extracontractual. Eso no implica que esos fenómenos tengan un encaje claro en el sistema, pero al menos se evita la tentación de tratar de explicarlos poniendo en juego también, como una pieza más, la cuestión de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la extracontractual.

En este epígrafe que ahora comienza explicaré que, al prescindir de esta visión tradicional de las cosas y admitir que la no concurrencia se limita a la *órbita de lo pactado*, las que he llamado posiciones intermedias afrontan grandes dificultades. En esta explicación, veremos también que estas cuatro posiciones intermedias esconden –otra vez y tras la caótica apariencia que pueden ofrecer a primera vista– una especie de consenso oculto acerca de lo que entienden por *zona mixta o fronteriza*. Por ello, habrá un gran acuerdo –creo que no destacado suficientemente– en torno al planteamiento de la cuestión de identificar cuál es el campo de aplicación de las reglas que proponen para solucionar las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad.

De nuevo, se puede seguir a Luque Jiménez para describir el terreno que todos estos autores de las posiciones intermedias tienen en cuenta en el campo que está fuera de la órbita de lo pactado y que presenta problemas desde el punto de vista de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Según explica esta autora, podemos decir que en la *zona fronteriza o mixta* que estos autores manejan se incluyen los casos siguientes<sup>80</sup>:

a) Atendiendo al factor tiempo, se trata de explorar qué ocurre cuando todavía no hay contrato (responsabilidad precontractual, *culpa in contrahendo*) o el contrato ha dejado ya de vincular a las partes. Yzquierdo Tolsada y Reglero Campos hablan, en este sentido, de daños *postcontractuales*.

b) Atendiendo a las partes perjudicadas, hay que considerar qué ocurre cuando existe un contrato, pero que no vincula al demandante y demandado, sino que vincula al demandante y alguna otra persona frente a quien el demandado es un tercero.

c) Los casos que Luque Jiménez llama de situaciones *paracontractuales* (Reglero Campos también emplea el término, aunque con distinto alcance; Yzquierdo habla de «relación jurídica precedente análoga») que son situaciones complejas en las que, sin que exista un contrato entre las partes, existe una relación previa (relaciones de comunidad de propietarios, relaciones de vecindad, de paciente en la Seguridad Social...) que no se sabe bien si debe determinar la aplicación de la responsabilidad extracontractual o de la responsabilidad contractual. Se trata de una cuestión que en la doctrina española se ha estudiado, a veces, bajo la denominación de obligaciones *legales ex art 1089 CC*<sup>81</sup>.

d) Los casos en los que existen *deberes de seguridad o protección* de la persona y cosas del demandante, cuya relación con el contrato creo que no está clara. Esos deberes aparecen en el discurso de estos autores un poco por sorpresa y sin que, en mi opinión, queden claras las razones por las que se fijan especialmente en la protección de la persona y las cosas del demandante. En cualquier

<sup>80</sup> LUQUE JIMÉNEZ, 2008, pp. 69 ss. Cfr. YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 81 ss. REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 141 ss. ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 59.

<sup>81</sup> ARCOS VIEIRA, 2021, pp. 371-406. Sobre esto, cabe señalar que, si nos tomamos en serio la idea de la remisión del artículo 1093 a los artículos 1902 ss., parece que estas situaciones se deberían someter a los artículos 1100 y ss CC (reguladores de la responsabilidad *contractual* o –como se le ha llamado para evitar la extrañeza que deriva de que en estos casos no hay contrato– responsabilidad *obligacional*), aunque es cierto que ello exigiría la existencia de un régimen obligatorio especialmente regulado por la ley y es cierto también, por otro lado, que la delimitación del riesgo contractual a cargo de cada parte – que es lo característico de la responsabilidad contractual– no tiene mucho sentido en relación con este tipo de situaciones.

caso, éste es el grupo de casos más interesante para nosotros y, por eso, lo he dejado para el último lugar.

Como se ve, los tres primeros casos en que estos autores admiten estar fuera de la (órbita de la) responsabilidad contractual y, por ello, están en principio dispuestos a admitir una concurrencia de responsabilidades, forman parte de lo que los comparatistas llaman *zonas grises de responsabilidad*. En ellos, las soluciones de *unificación* y –sobre todo– de *combinación* de soluciones pueden llegar a sonar razonables (como en la propuesta de S. Cavanillas Múgica), como pone de manifiesto la experiencia comparada sobre esas zonas grises (en sentido estricto) y como había explicado entre nosotros M. P. García Rubio<sup>82</sup>. Sólo el cuarto caso sería lo que los comparatistas denominan *zonas de solapamiento* de responsabilidades y es el supuesto que, como diría García Valdecasas, *a nosotros nos interesa*.

Dentro de estas posiciones intermedias, las diferencias comienzan cuando llega el momento de describir el tratamiento que cada autor propone para esos cuatro elementos incluidos en la llamada zona mixta o fronteriza. Sobre esto, cada autor tiene su propia posición. Veámoslo en los cuatro epígrafes siguientes.

#### 4.1 La unificación como solución única

Yzquierdo Tolsada parece que intenta resolver con una sola regla todos y cada uno de los cuatro casos (que acabamos de ver) contenidos en lo que este autor llama zona *mixta o fronteriza*. El hecho de que –fuera de la zona estricta de lo pactado– todo pueda ser visto como una enorme e indiferenciada *zona gris* creo que es lo que lleva a Yzquierdo y a algunos otros autores a generalizar los argumentos aplicables a cada uno de esos cuatro casos enumerados en el epígrafe anterior como integrantes de esa zona mixta o fronteriza. Es como si entendieran que esos argumentos son aplicables a la generalidad de los casos contenidos en la (enorme) zona mixta o fronteriza, casos que han de ser resueltos con una sola regla general. Creo que es claro que así entiende las cosas Yzquierdo, como se puede ver en que –después de hablar de los casos de responsabilidad precontractual y disponiéndose a tratar los casos de daños que llama *postcontractuales*– dice que,

«La cuestión del comienzo y fin del contrato constituye uno de los aspectos más resbaladizos y que mejor aconsejan un tratamien-

---

<sup>82</sup> CAVANILLAS MÚGICA, 1995, p. 145 ss. GARCÍA RUBIO, 1991, *passim*. Por su lado, formula bien la idea GARCÍA VALDECASAS, *RDP*, 1962-II, p. 833.

to jurídico *unitario* de la *responsabilidad civil*.» (cursivas añadidas)<sup>83</sup>.

Como se ve, un caso claramente incluido en las llamadas zonas grises se usa para defender la solución general de un régimen unificado de la *responsabilidad civil* (contractual y extracontractual), que es la solución a la que el autor parece seguir aspirando en la actualidad.

Por otro lado, también se puede ver la mezcla de argumentos y de casos de la que hablo, en el uso que hace Yzquierdo de los casos de responsabilidad profesional (*zona gris*) para plantear la cuestión de la contractualidad o no de la situación en algunos casos problemáticos de *solapamiento* de responsabilidades. Así, se entremezclan en esos casos los argumentos relativos a los daños corporales –lo que sí es propiamente un supuesto de *solapamiento* de responsabilidades– con los argumentos relativos al carácter especial de la *responsabilidad profesional* médica –lo que sería una zona gris en la que las cosas no están siempre tan claras<sup>84</sup>. Esa combinación de casos heterogéneos, además, se generaliza luego por sistema, como si fueran capaces (o hubiera necesidad) de explicarlo todo conjuntamente<sup>85</sup>. Algo parecido ocurre cuando este autor estudia las *obligaciones accesorias de seguridad*, donde se mezclan los ejemplos del contrato de transporte o del contrato de trabajo en los que se causan daños corporales con ejemplos –de nuevo– de responsabilidad profesional<sup>86</sup>.

#### 4.2 Diferentes reglas, sin un ámbito de aplicación claro

Al igual que Yzquierdo, Reglero Campos delimita los casos incluidos en esa zona mixta o fronteriza de una manera confusa, sin trazar grupos de casos bien delimitados y mezclando los supuestos unos con otros. Sin embargo, en el caótico panorama resultante, su estrategia es diferente y más prometedora: Reglero no va a proponer una sola regla para solucionar todos los casos, sino que va a fijar su atención en los problemas prácticos que se plantean en la zona mixta o fronteriza, proponiendo soluciones distintas para cada uno de ellos, pero despreocupándose de formulaciones teóricas<sup>87</sup>. Es decir, adopta la estrategia justamente contraria a la aspira-

<sup>83</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, p. 91.

<sup>84</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 106 ss.

<sup>85</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 76-77.

<sup>86</sup> YZQUIERDO TOLSADA, 2016, pp. 111 ss.

<sup>87</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, pp. 140-141, entre otras.

ción de una regla única que resuelva todos los fenómenos existentes en esa zona mixta o fronteriza.

Sin embargo, la correcta renuncia de Reglero a buscar una solución única creo que está llamada a fracasar porque no identifica con rigor la clasificación de los grupos de casos relevantes dentro de esa zona mixta o fronteriza en la que se plantean problemas de relación entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual<sup>88</sup>. Esa falta de rigor y claridad se puede apreciar gráficamente en el hecho de que Reglero llega a llamar «zona fronteriza» al conjunto de los cuatro casos que hemos recogido en un epígrafe anterior y, unas páginas más abajo, llama también «zona mixta o fronteriza» al último de los grupos de casos que se incluyen en la primera.

En efecto, la clasificación que establece Reglero es entre (a) «Los daños derivados de situaciones precontractuales, postcontractuales o paracontractuales»; (b) «Preexistencia de una relación jurídica entre las partes de diferente naturaleza a la contractual, pero análoga a ella»; y (c) «La llamada «zona mixta o fronteriza» entre ambos tipos de responsabilidad»<sup>89</sup>. Como se ve, en (c) designa uno de los supuestos con el mismo término («zona mixta o fronteriza») que había empleado como título general de todo el conjunto de supuestos que estudia («supuestos fronterizos») y con el mismo título con el que Yzquierdo Tolsada designaba todo el conjunto de los cuatro casos resumidos en un epígrafe anterior.

La sensación de caos aumenta cuando dentro del grupo (c) Reglero incluye supuestos que ya estaban incluidos en el apartado (a) que acabo de recoger. Me refiero a cuando bajo el epígrafe (c) dice el autor que,

«En la práctica se han suscitado problemas de calificación respecto de ciertos daños derivados de relaciones arrendaticias, de *daños posteriores* a la resolución del contrato o de las diferentes manifestaciones de la *culpa in contrahendo*» (cursivas añadidas)<sup>90</sup>.

Esta manera de ver las cosas de Reglero se refleja en las soluciones que propone: como quedo explicado en un epígrafe anterior, el autor emplea simultáneamente argumentos propios de la regla *non cumul*, de la regla de la opción y de la regla de la unificación. Aunque, en una primera aproximación, la apariencia de que el

<sup>88</sup> En ese hecho creo que es muy relevante el hecho de que el concepto de *daño puramente económico* sólo se empieza a conocer en la doctrina española a partir de los primeros años del s. XXI. Se puede ver DEL OLMO, ADC, 2001-I, MARTÍN-CASALS; RIBOT IGUALADA, 2003, GÓMEZ POMAR; RUIZ GARCÍA, 2002.

<sup>89</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 141.

<sup>90</sup> REGLERO CAMPOS, 2008, p. 155.

autor vacía el cargador disparando simultáneamente en todas las direcciones pueda resultar confusa, chocante y contradictoria, quizá sea una solución que puede resultar razonable por la manera tan amplia y vaga en que el autor ha trazado el –muy heterogéneo– campo de estudio. En efecto, la experiencia comparada demuestra que la regla de la opción puede ser razonable en la zona de solapamiento en sentido estricto, la unificación (para daños personales) o la combinación (culpa in contrahendo) no son un absoluto despropósito, según los casos en los que se apliquen y la regla *non cumul* –aunque sea en la versión más limitada que este autor maneja– es probablemente un complemento ineludible de todo ello en sistemas de tradición francesa como es el nuestro. Lo que ocurre es que la oscuridad del planteamiento de Reglero y el carácter *poroso* de las subclasificaciones que emplea para la delimitación de los problemas y sus respectivas soluciones creo que le impide al lector superar la apariencia de que todo es lo mismo (y muy caótico) en esa zona (¿mixta? o) fronteriza.

Sea como sea, creo que en Reglero –y quizá también en Yzquierdo Tolsada y, como veremos, Ortí Vallejo– la creencia de que la solución alemana de la regla de la opción –que es una solución sólo para la zona de solapamiento en sentido estricto– aspira a abarcar toda la zona de contacto entre el contrato y la responsabilidad extracontractual es probablemente lo que explica sus respectivas opiniones. Probablemente, digo, estos dos autores están viendo la llamada por ellos *zona fronteriza* como si fuera homologable o comparable con la *zona de solapamiento* de los autores alemanes. Ya hemos destacado que los avances en el conocimiento del Derecho comparado han permitido ir aclarando los planteamientos de estas cuestiones.

### 4.3 Un campo de aplicación muy estricto

Ortí Vallejo comparte la visión amplia del conjunto de casos que hay que solucionar –los ya mencionados cuatro casos incluidos en la zona mixta o fronteriza en sentido propio–, pero resuelve la sensación de caos y de falta de claridad resultante con un planteamiento híper-concreto de la cuestión que se propone estudiar: no las zonas de solapamiento en sentido propio, sino únicamente la cuestión –indudablemente contenida en esa zona de solapamiento– de los daños personales sufridos con ocasión de la prestación de un servicio.

En efecto, Ortí señala que,

«La heterogeneidad de los supuestos en los que se plantea la *concurrencia* de la responsabilidad civil contractual y extracontractual, creemos que hace muy difícil –si no imposible– acometer su problemática de una manera general (...). Sólo si se aborda la *concurrencia* de manera singular para cada uno de esos casos en los que aparece, se pueden llegar a soluciones fiables. Aquí nos proponemos focalizar el estudio de ésta, exclusivamente, en lo que concierne al tema de los servicios y, además, sólo respecto a aquellos en los que está comprometida la salud e integridad de las personas y son susceptibles de provocar daños personales, en los cuales el problema de la *concurrencia* de la responsabilidad contractual y extracontractual se plantea de manera significativa y con especial alcance» (cursivas añadidas)<sup>91</sup>.

Con esto, Ortí pasa, entonces, al extremo opuesto al de Reglero Campos –disparar contra todo, vaciando el cargador– e Yzquierdo Tolsada –aspirar a solucionar todos los casos con una única bala de plata– y aspira a solucionar sólo uno de los casos de solapamiento en sentido estricto. El carácter tan concreto de su propuesta, le permite al autor, por un lado, tener en cuenta adecuadamente la relevancia de los bienes jurídicos que están en juego y, por otro, evitar cualquier tentación de generalización: recordemos que, fuera del campo que estudia, defiende la aplicación general de la regla *non cummul*.

Desde el punto de vista de la definición del ámbito de aplicación de las reglas para solucionar las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad, creo interesante destacar que Ortí va a justificar el enfoque tan restrictivo que adopta (daños personales en servicios) fijándose, no sólo en el carácter amplísimo y heterogéneo de toda la zona mixta o fronteriza en sentido propio (nuestros cuatro casos de un epígrafe anterior), sino en el carácter amplio y heterogéneo de una zona que denomina «de solapamiento o *concurrencia*». Lo que ocurre, sin embargo, es que esa zona contiene casos que un comparatista incluiría en la llamada *zona gris*, con lo que volvemos a encontrarnos en una situación de confusión similar a la vista en los dos autores anteriores. Es decir, que no está claro si el autor está llamando zona «de solapamiento o *concurrencia*» al conjunto de todos los casos incluidos en la *zona mixta o fronteriza*, lo que haría aumentar considerablemente la posibilidad de confusión con lo que en el ámbito comparado de tradición germánica se llama *zona de solapamiento*.

Esto se puede apreciar cuando el autor enumera los casos incluidos en esa zona que llama de *solapamiento o concurrencia* y que incluye muchos supuestos que son propios de una zona de solapamiento en sentido estricto (accidentes laborales, transporte,

---

<sup>91</sup> ORTÍ VALLEJO, 2006, pp. 49-50.

arrendamiento), al lado de la cuestión de la responsabilidad del notario por sus servicios y su responsabilidad como fedatario público (un caso claro de la zona gris, por causar únicamente daños puramente patrimoniales) y al lado de otros supuestos también muy dudosos (compra de cosa defectuosa, construcción inmobiliaria)<sup>92</sup>. Parece así que el autor llama zona de «solapamiento o concurrencia» a algo bien distinto (y mucho más heterogéneo) que lo que se entiende con esa expresión en Derecho comparado.

#### 4.4 Los casos dudosos

En mi opinión, Luque Jiménez es la autora que, en estas posiciones intermedias, defiende una postura más clara. Dentro de ese campo problemático de las *zonas mixtas* o *fronterizas* en sentido amplio que hemos descrito anteriormente, la autora fija su atención en el cuarto grupo de casos, al que llama de «casos dudosos»: son los supuestos en los que se dan al mismo tiempo los requisitos de la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual y en la que los deberes de seguridad y protección de la persona y propiedades del demandante juegan un papel destacado. Son los casos que le interesan y a los que ciñe un capítulo introductorio y general sobre las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual que abre paso al análisis de ese grupo de casos en una obra dedicada al estudio de «La *responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en los arrendamientos urbanos*», como indica el propio título de la obra.

Por ello, creo que Luque Jiménez no necesita mayor justificación para trazar así el campo de estudio (limitado a los daños a la persona y propiedades del demandante) que la que le brinda la jurisprudencia existente sobre los daños en arrendamientos urbanos. En efecto, esa jurisprudencia permite identificar perfectamente ese conjunto de casos relevante, desde un punto de vista que podríamos llamar empírico o, incluso, estadístico. Es decir, que esta manera de delimitar los casos relevantes para su estudio puede ser justificada por sí misma y sin poner demasiado énfasis en los deberes de seguridad o protección de la persona y cosas del demandante. Es cierto que esos deberes (que pueden integrarse en el contrato por medio del art. 1258 CC) son importantes, desde el punto de vista de la regla *non cumul*, para la solución de los problemas de concurrencia por medio de su *contractualización*, pero no son imprescindibles en este caso para definir la zona de solapamiento

---

<sup>92</sup> ORTÍ VALLEJO, 2006, p. 50.

en sentido estricto a la que Luque Jiménez dedica su trabajo sobre arrendamientos.

En cualquier caso, la autora evita de esta manera, la confusión en la que se encuentran los planteamientos *porosos* de Yzquierdo Tolsada y Reglero Campos en que, por un lado, se llama *zona mixta o fronteriza* a todo el terreno problemático entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual a la hora de estudiar sus relaciones y, por otro lado, se emplea una denominación similar para el supuesto que luego definen por alusión a los casos en que se dan a la vez los requisitos de ambas responsabilidades y por alusión a los deberes de seguridad y protección. La autora desecha también la aspiración de formular una sola regla válida para toda esa zona mixta o fronteriza y la solución de ir disparando indiscriminadamente a los problemas prácticos a medida que van surgiendo.

Por otro lado, al centrarse en estudiar la *responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Luque hace un planteamiento muy concreto que recuerda al que hace Ortí y que acabamos de repasar. Sin embargo, la autora declara que «nos hemos propuesto rechazar un estudio abstracto» y se propone ofrecer una solución general para el bien delimitado grupo de lo que llama *casos dudosos*<sup>93</sup>. Es decir, la autora estudia la zona de solapamiento en sentido estricto.

Como ya sabemos, Luque propone solucionar los casos incluidos en esa zona dudosa con la aplicación de la regla *non cumul*. Es decir, propone la aplicación automática de la responsabilidad contractual cuando el incumplimiento del contrato consista en la violación de deberes de seguridad y protección de los intereses del demandante que puedan ser considerados como deberes contractuales (art. 1258 CC). Se vuelve así a la lógica de la regla *non cumul* tradicional, pero jugando ya en el terreno de los que admiten que la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual comparten un mismo terreno y se relacionan en términos de ley general (responsabilidad extracontractual) y ley especial (responsabilidad contractual). Admitiendo, por tanto, que ambas responsabilidades comparten ese sustrato común indemnizatorio que tan fácilmente hace deslizarse, a poco que uno se descuide, hacia el terreno de una unificación de responsabilidades que pone el contrato en riesgo de resultar absorbido por la muy amplia responsabilidad extracontractual del artículo 1902.

<sup>93</sup> LUQUE JIMÉNEZ, 2008, p. 22.

#### IV. CONCLUSIONES

En este estudio, he intentado aclarar los términos en que se debate en España acerca de las relaciones entre la responsabilidad contractual y la responsabilidad extracontractual. Para ello, he arrancado de la observación de Zimmermann y Wagner de que las características básicas de cada sistema de responsabilidad extracontractual determinan la manera en que se plantean esas relaciones, lo que determina también la manera de identificar las áreas o zonas significativas para plantear el estudio (zonas de solapamiento y zonas grises, por un lado, frente a zonas mixtas o fronterizas, por otro). Esto me ha permitido identificar dos posiciones teóricas extremas o puras (la regla *non cumul* tradicional y la regla de la opción), frente a las cuales, el estudio de algunas posiciones intermedias defendidas en España creo que me ha permitido explicar más claramente el oscuro debate doctrinal existente hasta ahora. Veámoslo con mayor detalle.

Desde el indicado punto de partida, he explicado que es lógico que, en un sistema como el alemán, se admita la concurrencia entre responsabilidades y la regla de la opción, puesto que la tipicidad del daño indemnizable en el § 823, I BGB hace que las relaciones entre ambos regímenes de responsabilidad puedan ser vistas como la intersección entre dos regímenes jurídicos internamente bien definidos. En esa intersección entre esos dos conjuntos (zona de solapamiento), se contienen los casos en que uno de los contratantes ha causado al otro un daño en su persona o propiedades (por decirlo muy resumidamente), daño que, a la vez, supone un incumplimiento del contrato que vincula a las partes. En principio, si no hay daño a la persona o cosas del demandante, la responsabilidad extracontractual alemana no es de aplicación, luego no se plantea problema alguno de relación con la responsabilidad contractual<sup>94</sup>. Las soluciones pensadas para las *zonas grises* son las encargadas de solucionar este último grupo de casos.

También desde ese punto de partida, he explicado que —en cambio— las cosas no se pueden plantear de la misma manera en los sistemas de tradición francesa, como es el español. En éstos, los requisitos de la responsabilidad contractual son aparentemente los mismos que los de la responsabilidad extracontractual (cfr. arts. 1101 y 1902 CC), con lo que no hay ningún freno *interno* en ellos que permita justificar la defensa de la regla de la opción en Derecho español. De

<sup>94</sup> Recordemos que el § 823, I BGB no es la única cláusula general de responsabilidad existente en ese Código (cfr. § 823, II y § 826, transcritos más arriba), lo que matiza la afirmación contenida en el texto.

hecho, algunos autores que defienden la regla de la opción en España han sido justamente acusados por la doctrina de *importar* acríticamente el requisito de la antijuricidad del daño. Por esas exigencias lógicas o sistemáticas existentes en la tradición a la que pertenecemos, es lógico que los autores más respetados (L. Díez-Picazo, F. Pantaleón, E. Roca, R. Bercovitz o A. Carrasco) defiendan en España la regla *non cumul*. Es cierto que hay autores igualmente muy respetados (J. M. Miquel o M. Martín-Casals) que llegan a sugerir o defender la concurrencia y la regla de la opción, pero lo hacen desde planteamientos que, de alguna manera, suponen también una reformulación de las bases del sistema. En cualquier caso, hay que reconocer que los defensores de la regla de la opción, al menos, han contribuido a que se difunda en España la idea – defendida lógicamente en el sistema alemán– de que la opción ha de impedirse cuando permitir optar por la responsabilidad extracontractual sirva para circunvalar la regla contractual aplicable.

Con todo, creo que la oscuridad del debate doctrinal en España se debe a la existencia de algunas posiciones intermedias en las que se mezclan, de manera heterogénea y aparentemente contradictoria, rasgos de esas dos posturas extremas o puras. Y, sin embargo, el análisis detallado de esas posturas intermedias que he propuesto aquí creo que ha logrado descubrir dos importantes consensos en los autores elegidos como paradigma de esas posturas intermedias tan aparentemente distintas y hasta contradictorias. En mi opinión, esos dos rasgos del pensamiento de estos autores intermedios son muy significativos y permiten describir de manera más clara el debate existente.

El primero de ellos consiste en el reconocimiento de una estructura básica de nuestro Código civil que, contraponiendo responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual, impone la solución de la no concurrencia por razones sistemáticas. En efecto, todos los autores estudiados en este sector intermedio comparten la definición de la responsabilidad extracontractual calificada como *negativa* o *residual*: la responsabilidad extracontractual (ya digo, como la propia palabra indica) se define, por exclusión, partiendo de la definición de lo que es contractual. Ese rasgo estructural es, desde luego, compartido también por los partidarios de la regla *non cumul* tradicional, que defienden que la existencia del contrato *impide* el nacimiento de la responsabilidad extracontractual cuando exista un contrato entre demandante y demandado. Frente a eso, la novedad de los autores que defienden posiciones intermedias consiste en afirmar que la responsabilidad extracontractual no puede concurrir con la contractual ... (pero sólo) en lo que llaman la *estricta órbita de lo*

*pactado*. Con ello, la manera de definir ese ámbito estricto del contrato pasa a ser cuestión central, cuestión que, sin embargo, es escasamente tratada por los autores que en nuestra doctrina estudian las relaciones entre ambos tipos de responsabilidad.

Según estos partidarios de las posiciones intermedias, por tanto, la imposibilidad de concurrencia no es total (como en la regla *non cumul* tradicional), sino que depende del área o ámbito contractual en los que estemos pensando. Por ello, estos autores admiten que existen contenidos contractuales ajenos a esa órbita estricta de lo pactado sobre los que sí puede darse esa concurrencia. Esos contenidos se definen normalmente por referencia a los deberes de seguridad o protección que se predicán de la persona o bienes del demandante, sin que se aclare mucho más acerca del origen de esta teoría. De esta manera, como hemos visto, se abre la posibilidad de defender a la vez la regla *non cumul* (para la órbita de lo pactado) y la regla de la opción (fuera de esa órbita), lo que parecía imposible en estrictos términos comparados. Insisto en que esta posibilidad de concurrencia planteada por las teorías intermedias me parece (por ahora) inverosímil en un ordenamiento como es el español pero, desde el punto de vista de este trabajo (que se centra en lo que podemos llamar una historia de las ideas sobre la materia), lo importante es que ha quedado aclarada esa posibilidad teórica de compatibilizar soluciones aparentemente irreconciliables.

El segundo consenso, más o menos, oculto entre los autores partidarios de estas posiciones intermedias es el de la importancia del estudio de la zona no contractual próxima al mundo de lo contractual (lo que llaman *zonas mixtas o fronterizas*). En ese terreno de las zonas mixtas o fronterizas, hemos visto que es habitual distinguir cuatro grupos de casos: en primer lugar, los casos de responsabilidad pre y post contractual; en segundo lugar, la responsabilidad por incumplimiento de obligaciones legales (que también se ha llamado responsabilidad *paracontractual*); en tercer lugar, la responsabilidad ante terceros de quien incumple un contrato; y, en cuarto lugar, la responsabilidad de quien incumple los llamados deberes de seguridad o protección que protegen la persona o bienes del demandante.

Los partidarios de posiciones intermedias adoptan distintas estrategias ante ese grupo de casos. Identificar los casos que cada autor aspira a solucionar permite aclarar el debate. Así hemos visto que hay quien, como Reglero Campos, defiende la regla de la opción para los casos de daños a las propiedades del contratante que demanda (con la ya mencionada advertencia de evitar la circunvalación del contrato), defiende la solución de la unificación para los casos de daños personales y —esto ya no es novedad para

nosotros— admite la regla *non cumul* en la órbita estricta de lo pactado. Se trata de tres reglas contradictorias entre sí, pero que se pueden entender si se atiende a sus respectivos campos de aplicación y se respeta la definición negativa de la responsabilidad extracontractual de la que ya hemos hablado. Desaparece, así, la primera y caótica impresión que se desprende de la lectura de este autor.

Hemos visto, en segundo lugar, que hay quien parece aspirar a solucionar todos los casos fronterizos o mixtos mencionados con una propuesta —*de lege ferenda*— de unificación del régimen de responsabilidad que parece que aspira a solucionar tanto los casos de responsabilidad precontractual/postcontractual, como los de auténtica concurrencia de responsabilidades. Además, se *amenaza* con aplicar ese ideal de unificación generalmente y *de lege lata*, por consideraciones que Yzquierdo Tolsada llama de *justicia material*. Esas consideraciones, por otro lado, parecen bastante alejadas de la lógica contractual más básica que —dentro de los límites generales de la autonomía privada— debe prevalecer de manera general.

Por último, hay autores más recientes que, como Ortí Vallejo, aspira a solucionar únicamente uno de los casos de solapamiento de responsabilidades (daños personales en prestación de servicios) mediante la regla de la opción, regla que se presenta como excepción a la regla *non cumul* que el autor admite como solución generalmente aplicable. En estos planteamientos, el campo de aplicación de la solución que se propone está bien delimitado y es claro. También más modernamente, Luque Jiménez defiende la vigencia general de la regla *non cumul* como técnica de solución consistente en la *contractualización* del problema, a pesar de que ha admitido la concurrencia de responsabilidades fuera de la órbita estricta del contrato. Con ello, al igual que los defensores de la versión tradicional de la regla *non cumul*, la autora logra despejar tranquilamente el estudio del resto de casos que hacen ruido en esas zonas mixtas o fronterizas y que, en Derecho comparado, se consideran incluidos en las llamadas zonas grises.

No sé si esta explicación que propongo es más clara y no sé si —como me había propuesto— permite avanzar en la explicación del debate doctrinal sobre estas materias existente en el sistema español. Me temo que, hasta cierto punto, pueda ser vista como una aportación más que viene a unirse al coro de voces discordantes de los que estudiamos las relaciones entre responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual en España. En cualquier caso, lo que me parece central es dejar claro que, en esta materia, lo que está en juego entre nosotros es la prioridad del contrato y confío en que, al menos esto, lo haya logrado explicar con claridad.

## BIBLIOGRAFÍA

- DE ÁNGEL YÁGÜEZ, Ricardo: *Tratado de responsabilidad civil*, 3.<sup>a</sup> ed. Madrid, 1993.
- ARANDA RODRÍGUEZ, Remedios: *Guía de Derecho Civil. Teoría y práctica. Derecho de obligaciones y responsabilidad civil*, 2.<sup>a</sup> ed. Navarra, 2021.
- ARCOS VIEIRA, María Luisa: «Sobre el carácter contractual o extracontractual de la responsabilidad civil por incumplimiento de obligaciones legales», en J. Ataz y J. A Cobacho, *Cuestiones clásicas y actuales del Derecho de daños. Estudios en homenaje al profesor Dr. Roca Guillamón*, I, Navarra, 2021, pp. 371-439.
- ASÚA GONZÁLEZ, Clara: *Manual de Derecho civil*, II, 3 ed. Barcelona, 2000.
- ATIENZA NAVARRO, María Luisa, en J. R. De Verda y Beamonte (coord.), *Derecho Civil*, II (*Obligaciones y contratos*), 5.<sup>a</sup> ed. Valencia, 2021.
- BASOZABAL ARRÚE, Xabier: *Responsabilidad extracontractual objetiva. Parte general*, Madrid, 2015.
- BLANCO GÓMEZ, Juan José: *La concurrencia de responsabilidad civil contractual y extracontractual en un mismo hecho dañoso*, Madrid, 1996.
- BORGHETTI, Jean-Sébastien: «La responsabilité du fait des choses, un regime qui a fait son temps», *Revue Trimestrielle de droit civil*, 2010-I, pp. 1-40.
- BORRELL MACIÁ, Antonio: *Responsabilidades derivadas de culpa extracontractual civil*, Barcelona, 1942.
- CABANILLAS SÁNCHEZ, Antonio: «Introducción al estudio de los deberes de protección en el derecho de obligaciones», en R. de Ángel Yágüez *et al. Homenaje a Luis Rojo Ajuria*, Santander, 2003, pp. 175-186.
- CAVANILLAS MÚGICA, Santiago: «La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Derecho sustantivo», en S. Cavanillas Múgica e I. Tapia Hernández, *La concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual. Tratamiento sustantivo y procesal*, Madrid, 1995.
- CARRASCO PERERA, Ángel: *Derecho de contratos*, 3.<sup>o</sup> ed. Navarra, 2021.
- CLEMENTE DE DIEGO, Felipe: *Curso elemental de Derecho civil español, común y foral*, Madrid, 1927.
- DÍEZ-PICAZO Y PONCE DE LEÓN, Luis: *Fundamentos de Derecho civil patrimonial*, V, Madrid, 2011.
- DOMÍNGUEZ LUELMO, Andrés: «El ejercicio ante los tribunales de las acciones de responsabilidad civil contractual y extracontractual», en APDC, *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, 2011, pp. 113-312.
- FLEMING, John: «Remoteness and Duty: The Control Devices in Liability for Negligence», *The Canadian Bar Review*, 1953-5, pp. 471-502.
- GARCÍA RUBIO, María Paz: *La responsabilidad precontractual en el Derecho español*, Madrid, 1991.
- GARCÍA VALDECASAS, Guillermo: «El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y delictual en Derecho español», *Revista de Derecho Privado*, 1962-II, pp. 831-849.
- GOBLE, Dale F.: «All Along the Watch Tower: Economic Loss in Tort. The Idaho Case Law», *24 Idaho Law Review*, 1997, pp. 226-281.
- GÓMEZ POMAR, Fernando y RUIZ GARCÍA, José Antonio: «La noción de daño puramente económico: Una visión crítica desde el análisis económico del derecho», *Indret*, octubre 2002.
- GRANDMOULIN, Jean: *De l'unité de la responsabilité ou nature délictuelle de la responsabilité pour violation des obligations contractuelles*, Rennes, 1892.

- JOHNSON, Vincent R.: «The Boundary-Line Function of the Economic Loss Rule», 66 *Washington & Lee Law Review*, 2009, pp. 547 ss.
- LETE DEL RÍO, Javier y LETE ACHIRICA, José Manuel: *Derecho de obligaciones*, I, Pamplona, 2005.
- LIMPENS, Jean: «La théorie de la relativité aquilienne en droit comparé», en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, 1965, pp. 559 ss.
- LUQUE JIMÉNEZ, María Carmen: *Responsabilidad contractual y extracontractual en los arrendamientos urbanos*, Valencia, 2008.
- LLAMAS POMBO, Eugenio: *Manual de Derecho civil, VII. Derecho de daños*, Madrid, 2021.
- MAGNUS, Ulrich: «The Borderlines of Tort Law in Germany», en M. Martín-Casals (ed), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge, 2019, pp. 171-211.
- MANRESA Y NAVARRO, José María: *Comentario al Código Civil español*, XII, 2.ª ed., Madrid, 1907.
- MARTÍN-CASALS, Miquel: «La modernización del derecho de la responsabilidad extracontractual», en *Cuestiones actuales en materia de responsabilidad civil*, Murcia, 2011, pp. 11-112.
- «Comparative Report», en M. Martín-Casals (ed), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge: Interscienca, 2019, p. 752.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RUDA GONZÁLEZ, Albert: «The Borderlines of Tort Law in Spain», en M. Martín-Casals (ed.), *The Borderlines of Tort Law: Interactions with Contract Law*, Cambridge: 2019, pp. 507-567.
- MARTÍN-CASALS, Miquel y RIBOT IGUALADA, Jordi: «Pure Economic Loss. La indemnización de los daños patrimoniales puros», en S. Cámara Lapuente (coord.), *Derecho privado europeo*, Madrid, 2003, pp. 883-920.
- MIQUEL GONZÁLEZ DE AUDICANA, José María: «La responsabilidad contractual y extracontractual: distinción y consecuencias», *Cuadernos de Derecho Judicial* 1993, núm. XIX (citado de un DVD).
- MOLINER TAMBORERO, Gonzalo: «La responsabilidad civil derivada de accidente de trabajo», en J. A. Moreno Martínez (coord.), *Responsabilidad civil y su problemática actual*, Madrid, 2007, pp. 689-716.
- ORTÍ VALLEJO, Antonio: «La cuestión de la concurrencia de responsabilidad contractual y extracontractual en los daños por servicios», en A. Ortí Vallejo y M. C. García Garnica (eds.), *La responsabilidad civil por daños causados por servicios defectuosos*, Navarra, 2006.
- DEL OLMO GARCÍA, Pedro: «Responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual: una propuesta teórica», en M. Herrador Guardia, *Derecho de daños*, Madrid, 2024, pp. 187-227.
- «Comentarios a los artículos 1902-1910», en Aña Cañizares Laso (dir.), *Comentario al Código Civil*, Valencia, 2023, pp. 8437-8523.
- «¿Tres o cuatro requisitos de la responsabilidad extracontractual?», *Almacén de Derecho* 29 de abril 2024 (en línea). Disponible en <https://almacenederecho.org/tres-o-cuatro-requisitos-de-la-responsabilidad-extracontractual> (consultado el 31.10.2024).
- «Concurrencia y yuxtaposición de responsabilidades: dos posiciones extremas», *Almacén de Derecho* 27 de mayo 2024 (en línea). Disponible en <https://almacenederecho.org/concurrencia-y-yuxtaposicion-de-responsabilidades-dos-posiciones-extremas#comments> (consultado el 31.10.2024).
- «Responsabilidad por daño puramente económico causado al usuario de informaciones falsas», *Anuario de Derecho Civil*, 2001-I, pp. 257-368.

- PARRA LUCÁN: «LA RESPONSABILIDAD CIVIL EXTRA CONTRACTUAL», en C. Martínez de Aguirre, *Curso de Derecho civil, 2, Derecho de obligaciones*, Vol. 2, 2016 (Contratos y responsabilidad civil), Madrid, 2020, pp. 401-407.
- PANTALEÓN PRIETO, Fernando: 'Comentario del artículo 1902', en C. Paz-Ares et. al., *Comentario del Código Civil*, II, Madrid: Civitas, 1991.
- «Comentario a la STS 26 de enero de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, n. 4, pp. 1257 ss.
- «Comentario a la STS 10 de mayo de 1984», *Cuadernos Civitas de Jurisprudencia Civil*, 1984, n. 5, pp. 1645 ss.
- PANTALEÓN PRIETO; DEL OLMO GARCÍA, en M. Bussani y V. V. Palmer (eds): *Pure Economic Loss in Europe*, Cambridge, 2003.
- PEÑA LÓPEZ, Fernando: «Comentario al artículo 1902», en R. BERCOVITZ (dir.), *Comentarios al Código Civil*, IX, Valencia, 2013, pp. 12964.
- PUIG BRUTAU, José: *Fundamentos de Derecho civil*, II-2, Barcelona: Bosch, 1983.
- REMY, Philippe: 'La responsabilité contractuelle: histoire d'un faux concept', *Revue Trimestrielle de droit civil*, 1997-II, pp. 323 ss.
- REGLERO CAMPOS, Fernando: «Conceptos generales y elementos de delimitación», en F. Reglero Campos (coord.), *Tratado de responsabilidad civil*, I, 4.<sup>a</sup> ed. Navarra, 2008, pp. 136-222.
- ROBLES LATORRE, Pedro: «Projets de réforme sur la responsabilité: une opportunité vers l'unification des responsabilités», in R. CABRILLAC, *La réforme du droit de la responsabilité civile extracontractuelle, Journées binationales de l'Association Henri Capitant*, Montpellier, 2022.
- ROCA TRIAS, Encarnación: «La responsabilidad extracontractual», en M. R. Valpuesta, *Derecho de obligaciones y contratos*, 2 ed. Valencia, 1995.
- SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Juan: «La denominada acumulación de responsabilidades contractual y aquiliana», *Revista de Derecho Privado*, 1972, pp. 965-986.
- SANTOS BRIZ, Jaime: *La responsabilidad civil. Temas actuales*, Madrid, 2001.
- SCHWARTZ, Gary: «The Economic Loss Doctrine in American Tort Law», in E. Banakas (ed.), *Civil Liability for Pure Economic Loss*, (The Hage/London/Boston, 1996), pp. 103-130.
- SERRA RODRÍGUEZ, Adela: «La responsabilidad civil contractual y la responsabilidad civil extracontractual», en M. Clemente Meoro y M. E. Cobas Cobiella (dir.), *Derecho de daños*, I, Valencia, 2021.
- WAGNER, Gerhard: «Grundstrukturen», in R. Zimmermann (Hrsg.), *Grundstrukturen des Europäischen Deliktsrechts*, Baden-Baden, 2003, pp. 233 ss.
- YZQUIERDO TOLSADA, Mariano: «Responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en el sistema español», en R. Pirozzi & M. Yzquierdo Tolsada: *Los problemas de delimitación entre responsabilidad civil contractual y responsabilidad civil extracontractual en los sistemas español e italiano*, Madrid, 2016.
- «La zona fronteriza entre la responsabilidad contractual y la aquiliana. Razones para una moderada unificación», *Revista Crítica Derecho Inmobiliario*, 1991, p. 443-490.
- ZIMMERMANN, Reinhard: *The Law of Obligations. Roman Foundations of the Civil Tradition*, Boston, 1992.