

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

TOMO XXXVIII  
FASCULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLXXXV

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

## Fundador

FEDERICO DE CASTRO Y BRAVO (†)

## Dirección

JUAN VALLET DE GOYTISOLO  
MANUEL PEÑA Y BERNALDO DE QUIROS  
LUIS DIEZ PICAZO Y PONCE DE LEON

## Consejo de Redacción

AMADEO DE FUENMAYOR CHAMPIN  
Catedrático de Derecho civil

ARTURO GALLARDO RUEDA  
Letrado del M. de Justicia  
y Registrador de la P.

JAIME GUASP DELGADO  
Catedrático de D. procesal y Abogado  
del I. C. de Madrid

ANTONIO HERNANDEZ GIL  
Catedrático de D. civil y Abogado  
del I. C. de Madrid

LUIS LOPEZ ORTIZ  
Magistrado del Tribunal Supremo

SEBASTIAN MORO LEDESMA  
Letrado de la D. G. de R. y Notariado  
y Abogado del I. C. de Madrid

RAFAEL NUÑEZ LAGOS  
Notario de Madrid

RODRIGO URÍA GONZALEZ  
Catedrático de D. mercantil y Abogado  
del I. C. de Madrid

## Secretario

ANTONIO MANUEL MORALES MORENO

## SUMARIO

*Páginas*

---

### Estudios monográficos

FRANCISCO JORDANO FRAGA: <i>Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español</i> ... ..	275
JOAQUÍN RAMS ALBESA: <i>Las accesiones en la sociedad de gananciales</i> ... ..	401
SIGFREDO HILLERS DE LUQUE: <i>La unidad del derecho</i> ... ..	415

### Información Legislativa

A cargo de Pedro de Elizalde y Aymerich ... ..	433
--	-----

**Bibliografía**

Libros ... .. 447

AUBERT, Jean Luc: *Introduction au droit et themes fondamentaux du droit civil*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—CORTÉS, Luis Javier: *Funciones de la sociedad anónima: Legislación y práctica española*, por José Bonet Correa.—FERNÁNDEZ NOVOA, Carlos y GÓMEZ SEGADE, José Antonio: *La modernización del Derecho español de patentes*, por José Bonet Correa.—LANGER, Dirck: *Eheschlie bung und Ehescheidung nach spanischen Recht*, por Antonio Cabanillas Sánchez.—MARTÍNEZ CALCERRADA, Luis: *Estudios de Derecho patrimonial*, por José Bonet Correa.—RODRÍGUEZ ARIAS, B.: *De la propiedad privada a la propiedad comunitaria*, por Rafael Alvarez Vivaray.—TREITEL, G. H.: *An utiline of the Law of Contract*, por Carlos Vattier Fuenzalida.—*Publicazioni dell'universita degli studi di Salerno*, por J. Bonet Correa.—*Instituto de Derecho Industrial de la Universidad de S. Comp.*, por J. Bonet Correa.

**Jurisprudencia del Tribunal Supremo**

I. SENTENCIAS COMENTADAS:

*La actualización de la renta urbana sobre la renta obtenida de las revisiones precedentes y no en base a la inicial*, por José Bonet Correa. 459

II. SENTENCIAS ... .. 465

# ANUARIO DE DERECHO CIVIL

I. S. S. N. 0210-301X  
DEPOSITO LEGAL, M. 125.—1958

## IMPORTANTE

Todas las reclamaciones que los suscriptores de este ANUARIO deseen formular sobre retrasos o irregularidades en su distribución y recepción se ruega las dirijan directamente al

INSTITUTO NACIONAL DE ESTUDIOS JURIDICOS  
SERVICIO DE PUBLICACIONES

Duque de Medinaceli, 6 y 8  
28014 - MADRID

TOMO XXXVIII  
FASCICULO II



MAYO-AGOSTO  
MCMLXXXV



**PUBLICACIONES DEL INSTITUTO NACIONAL DE  
ESTUDIOS JURIDICOS**

**SERIE 1.ª**

**PUBLICACIONES PERIODICAS**

**NUMERO 2**

# **ANUARIO DE DERECHO CIVIL**

**EL ANUARIO no se solidariza con las opiniones  
sostenidas por los autores de los originales publicados**



**MINISTERIO DE JUSTICIA  
Y CONSEJO SUPERIOR DE INVESTIGACIONES CIENTIFICAS**

## “Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español” (\*)

FRANCISCO JORDANO FRAGA

Profesor contratado de Derecho civil en la Facultad de Derecho de la Universidad de Sevilla

SUMARIO: A) *Antecedentes históricos y concordancias de las normas del C. c. español en la materia.*—B) *La fórmula del artículo 1.218 del vigente Código civil italiano como consagración legislativa de las tesis del primer objetivismo. Antecedentes legislativos y doctrinales.*—C) *Las reglas generales de responsabilidad-exoneración en el Código civil. Identificación y exégesis.*—D) *Coordinación de las normas generales de responsabilidad del C. c. con otras normas generales del Derecho de obligaciones: artículo 1.104 y 7-1 del C. c.: la diligencia del buen padre de familia y la exigencia de la buena fe:* 1) El artículo 1.104 C. c. en relación con las reglas de responsabilidad-exoneración. La discusión doctrinal en Italia. La diligencia del buen padre de familia: 1.1. Concepto y caracteres de la diligencia. 1.2. Contenido de la noción de diligencia. 1.3. Gradación y menor rigor. 1.4. Elogio y crítica del buen padre de familia. 2) El artículo 7.1 C. c. y la norma de la buena fe. 2.1. La buena fe como norma de conducta de carácter general en el Derecho de obligaciones. Ambitos de relevancia de la buena fe en el campo de la responsabilidad contractual. 2.2. Teoría de los deberes de protección. 2.3. Imposibilidad sobrevenida y buena fe. 2.4. Buena fe y diligencia.—E) *El límite de la responsabilidad del deudor: la imposibilidad liberatoria:* 1) Concepto y caracteres de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. 2) Imposibilidad y diligencia. Obligaciones de medios y de resultado. 2.1. Imposibilidad y diligencia. 2.2. Obligaciones de medios y de resultado. 3) Imposibilidad y buena fe. Estado de necesidad. Ensanchamiento de la noción de imposibilidad.—F) *La causa no imputable de la imposibilidad: caso fortuito y fuerza mayor:*

---

(\*) Continúa aquí la revisión crítica del sistema de la responsabilidad contractual del C. c. iniciada con la publicación en esta misma revista de «Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español» (A.D.C., 1984, pp. 109 y ss.).

El estudio de las reglas generales de responsabilidad del C. c. que aquí se realiza, deberá ser completado, posteriormente, con la consideración de las reglas de la carga de la prueba, de las reglas particulares de responsabilidad del C. c. y de las alteraciones convencionales de las reglas legales. Por ello el presente estudio acaba con unas «primeras conclusiones», que deberán ser ulteriormente verificadas.

1) Diligencia e imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. 2) Ensanchamiento de la noción de causa no imputable: objetividad en la imputación. Imputabilidad y nexo causal. 3) Caso fortuito, fuerza mayor y causa no imputable al deudor. 4) El deber de conservar la posibilidad de la prestación y la naturaleza de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida.—G) *Primeras conclusiones: fundamento y límite de la responsabilidad contractual. El papel de la diligencia en el sistema de la responsabilidad contractual (¿dos funciones o dos nociones de la diligencia?)*.—H) *El sistema de la responsabilidad contractual del C. c. a la luz de las tesis objetivas y subjetivas*.

#### a) ANTECEDENTES HISTORICOS Y CONCORDANCIAS DE LAS NORMAS DEL C. C. ESPAÑOL EN LA MATERIA

La regla general de la responsabilidad contractual en el C. c. vigente es la contenida en el artículo 1.101: «Quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados, los que en el cumplimiento de sus obligaciones incurrieren en dolo, negligencia o morosidad, y los que de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas».

Es fácil hacer una reconstrucción de los antecedentes histórico-legislativos de la actual fórmula general del C. c. y de sus normas concordantes; sin embargo, los problemas empiezan cuando se trata de analizar el significado de los cambios legislativos producidos, momento en que la discusión sobre los precedentes históricos se contamina de la polémica doctrinal en acto.

Aquí nos limitaremos a una breve referencia a los precedentes legislativos de las vigentes normas del C. c., en tanto que la discusión doctrinal —precisamente por su importancia— se irá planteando conforme los problemas interpretativos vayan surgiendo, como instrumento para su comprensión y resolución.

Mientras que en Italia, ya desde la codificación preunitaria (artículo 1.238 del *Codice albertino*) se registra la influencia en tema de responsabilidad contractual de la regulación establecida en el *Code Napoléon* (arts. 1.147-8) (1), el legislador español, ya desde los primeros tiempos y a pesar de la influencia francesa en otros ámbitos, procedió a codificar la materia de la responsabilidad contractual con una cierta originalidad.

Así la recordada fórmula general del artículo 1.101 C. c. tiene su antecedente inmediato en el artículo 1.011 del Proyecto de García Goyena (2), que a pesar de su innegable influencia francesa recogía en esta materia una fórmula general que nada tenía que ver con los

(1) Cfr. MASI, voz «Inadempimento (storia)», en *Enc. Dir.*, XX, Milán, 1970, p. 860 y BIANCA, op. cit., pp. 82 y ss.

(2) Art. 1.011 Proy. de García Goyena: «Quedan sujetos a la indemnización de perjuicios y abono de intereses los contrayentes:

- 1) Por dolo.
- 2) Por negligencia.
- 3) Por contravención de lo pactado, aunque sea en el modo de ejecutarlo.
- 4) Por morosidad en el cumplimiento de la obligación».

citados artículos del Código napoleónico. El artículo 1.101 del C. c. vigente no hizo sino refundir y simplificar las hipótesis de responsabilidad que separadamente enumeraba el Proyecto de García Goyena.

La influencia francesa persistirá en Italia en el momento de la redacción del Código civil de 1865 (3). En dicho Código moldeado sobre el Código francés, las normas fundamentales en materia de responsabilidad contractual eran los artículos 1.225 y 1.226 que eran, respectivamente, sendas traducciones literales de los artículos 1.147 y 1.148 del Código francés (4).

Tanto las normas del Código francés como las del italiano responden a una misma sistemática y se encuadran bajo un capítulo (en ambos casos el tercero del libro correspondiente a las obligaciones) de título idéntico: «*De l'effet des obligations*» y «*Degli effetti delle obbligazioni*». Esta sistemática procede, a su vez, de Pothier, quien en la primera parte de su «*Traité des obligations*» y en su capítulo segundo, bajo la rúbrica «Del efecto de las obligaciones», se había ocupado marginalmente (5) del caso fortuito y la fuerza mayor.

(3) Vid. DE LORENZI, op. cit., pp. 11 y ss.; MOSCO, voz «Impossibilità...», cit., pp. 406 y ss.; VISINTINI, «La responsabilità contrattuale», cit., pp. 6 y ss. y «Dottrine civilistiche...», cit., pp. 361 y ss.

(4) Art. 1.225 del C. civ. it. de 1865: «Il debitore sarà condannato al risarcimento dei danni, tanto per l'inadempimento dell'obbligazione quanto pel ritardo dell'esecuzione, ove non provi che l'inadempimento o il ritardo sia derivato de una causa estranea a lui non imputabile, ancorchè non sia per sua parte intervenuta mala fede».

Artículo 1.226 del mismo Código: «Il debitore non è tenuto a verun risarcimento di danni, quando in conseguenza di una forza maggiore o di un caso fortuito fu impedito di dare o di fare ciò a cui si era obbligato, od ha fatto ciò che gli era vietato».

Compárese el texto de estos artículos con el de los arts. 1.147 y 1.148 del Código francés.

Artículo 1.147: «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts, sois à raison de l'inexécution de l'obligation, soit à raison du retard dans l'exécution, toutes les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée, encore qu'il n'y ait aucune mauvaise foi de sa part».

Artículo 1.148: «Il n'y lieu à aucuns dommages et intèrêts, lorsque, par suite d'une force majeure ou d'un cas fortuit, le débiteur a été empêché de donner ou de faire ce á quoi il était obligé, ou a fait ce qui lui était interdit».

(5) Cfr. «Tratado de las obligaciones», Buenos Aires, 1978 (traducción española). Así, en el n. 142, refiriéndose a las obligaciones de dar una cosa determinada, dice POTHIER, op. cit., p. 84, que en los casos fortuitos, supuestos de fuerza mayor y de *vis divina*, el deudor de un cuerpo cierto no está obligado a cumplir, a no ser que haya asumido el riesgo de tales eventos convencionalmente, o haya dado lugar al caso fortuito por una culpa suya.

En el n. 149, refiriéndose a las obligaciones de hacer y no hacer, establece POTHIER que si el obligado a hacer una cosa no la hace por fuerza mayor o por un caso fortuito, o si el obligado a no hacerla la hace por las mismas razones, no hay lugar a daños y perjuicios, pues *nemo praestat casus fortuitos*. (Cfr. op. cit., p. 86).

La doctrina del *casus culpa determinatus* se recoge en el art. 1.302 del Código francés, 1.298 del Código italiano de 1865 y 1.182 del Código civil español.

La extensión del *casus* a las obligaciones de hacer y no hacer se recoge en los artículos 1.148 del Código francés, 1.126 del italiano de 1865 y 1.184 del Código civil español (aunque en éste sólo para las obligaciones de hacer).

Esta sistemática de influencia francesa fue parcialmente seguida por el legislador español. Así, el Proyecto de García Goyena coloca las reglas generales de la responsabilidad contractual en el capítulo tercero del título quinto, dedicado a las obligaciones y contratos, y bajo la rúbrica «Del efecto de las obligaciones que provienen de los contratos». Pero a diferencia de Pothier —y a semejanza del Código napoleónico— el Proyecto de García Goyena no se ocupa incidentalmente del caso fortuito y la fuerza mayor a propósito de las obligaciones de hacer y no hacer, sino que intenta dar una regulación orgánica de los criterios de responsabilidad-exoneración en una sede sistemática propia, la sección tercera del citado capítulo tercero, que responde a la rúbrica «Del resarcimiento de daños o perjuicios y abono de intereses» (art. 1.011 Proy. y ss.) (6). El Código vigente mantiene sustancialmente la regulación orgánica (no incidental) del Proyecto de García Goyena, aunque abandona el criterio de la autonomía sistemática, colocando las reglas generales de responsabilidad contractual (art. 1.101 y ss.) en el capítulo segundo del título primero del libro cuarto, bajo la rúbrica «De la naturaleza y efecto de las obligaciones».

El tema de la imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de la obligación se aborda en el Código francés y en los por él influidos, como consecuencia de la tradicional importancia de las obligaciones de dar, bajo la rúbrica de la pérdida de la cosa debida. Así ocurre en el propio Código francés («De la perte de la chose due») y en el italiano de 1865 («Della perdita della cosa dovuta»). En ambos casos, en la sección cuarta del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones. Se trata, también aquí, de la sistemática seguida por Pothier en su Tratado, en el sexto capítulo de la tercera parte (n. 649 y siguientes).

Esta misma sistemática fue la seguida por García Goyena (artículos 1.160 y ss. del Proy.), y la que en la actualidad sigue el vigente C. c., que intitula a la sección correspondiente (segunda) del capítulo dedicado a la extinción de las obligaciones (art. 1.182 y ss.) «De la pérdida de la cosa debida».

El artículo 1.302 del Código francés que se refiere a la pérdida de la cosa debida, pasó literalmente traducido al artículo 1.298 del Código civil italiano de 1865. El Código francés, por su parte, recogía resumida la doctrina de Pothier, doctrina que pasa a su vez al vigente Código civil español por intermediación del Proyecto de García Goyena y del propio Código francés.

(6) El Código francés se ocupa del caso fortuito y la fuerza mayor en la sección cuarta del citado capítulo tercero, bajo la denominación: «Des dommages et intérêts résultant de l'inexécution de l'obligation».

Aunque García Goyena siguió al Código francés al encuadrar las reglas de responsabilidad en la sede del resarcimiento, la regulación española era más completa, pues la francesa se limitaba a las menciones del caso fortuito, la fuerza mayor y la causa extraña no imputable, faltando, como se verá, en la sede de las reglas de responsabilidad la mención de la diligencia y una fórmula general de responsabilidad equivalente al actual art. 1.101 del C. c. Además, la regulación española, por encima de la imitación sistemática, supo ser original.

Por contra, en el Código francés faltaba en la sede de la responsabilidad contractual toda referencia a la diligencia como criterio de responsabilidad contractual. En cambio, la referencia susodicha se contenía en otra sede, a partir de la cual la doctrina procedía a su elevación como criterio general de responsabilidad contractual. Tal referencia se contiene en el artículo 1.137 del Código francés, que al establecer como obligación accesoria de la de dar una cosa, la de su custodia hasta el momento de la entrega, sienta como criterio de cumplimiento de dicha obligación de custodia la diligencia de un buen padre de familia.

Esta omisión fue reparada por el Código civil italiano de 1865, que siguiendo con ello la doctrina de los comentaristas franceses posteriores al Código napoleónico, extiende la referencia a la diligencia a todas las obligaciones, colocando, además, la norma general en que tal referencia se consagra —el art. 1.224 del C. civ. italiano de 1865 (7)— en la sede propia del incumplimiento de las obligaciones, junto a las menciones de la fuerza mayor y el caso fortuito.

Tal omisión había sido igualmente reparada por el Proyecto de García Goyena, que en la sede orgánica de la responsabilidad contractual, contenía ya una referencia a la diligencia como criterio general de responsabilidad. Así decía su artículo 1.013: «La responsabilidad procedente de negligencia, tiene lugar en *todos* los contratos, cuando no se ha puesto la diligencia que se hubiere pactado, y en su defecto la que es propia de un buen padre de familia».

Sobre las huellas de García Goyena, el actual Código civil contiene asimismo en la sede propia de la responsabilidad contractual la mención de la diligencia como criterio general (para «toda clase de obligaciones») de responsabilidad contractual (arts. 1.103 y 1.104 del C. c.). Esta mención genérica de la diligencia en la sede de la responsabilidad contractual, coexiste con aquella otra específica en el terreno de la custodia (la única existente en el Código francés, art. 1.137). Así dispone el artículo 1.094 del C. c. (de forma análoga a cómo en su día el artículo 1.005 del Proy. de García Goyena) (8): «El obligado a dar alguna cosa lo está también a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia».

En el panorama legislativo de los antiguos Códigos, no figuraba, en cambio, una norma general que modalizase las posiciones de las partes en función de las exigencias de buena fe (como lo son en la

---

(7) Artículo 1.224 del C. civ. it. de 1865: «La diligenza che si deve impiegare nell'adempimento dell'obbligazione, abbia questa per oggetto l'utilità di una delle parti o d'ambidue, é sempre quella di un buon padre di famiglia, salvo il caso di deposito accennato nell'art. 1.843.

Questa regola per altro, si deve applicare con maggiore o minor rigore, secondo le norme contenute per certi casi in questo codice».

(8) Artículo 1.005 del Proy. de García Goyena: «El obligado a dar alguna cosa, lo está a conservarla con la diligencia propia de un buen padre de familia, y a entregarla bajo la responsabilidad establecida en la sección tercera de este capítulo». (La omisión es a las reglas generales de la responsabilidad contractual, arts. 1.011 y ss. del Proy. cit.).

actualidad los artículos 1.175 y 1.375 (9) del C. civ. italiano vigente y artículo 7-1 del C. c. español, tras la reforma del Título Preliminar de 1974). Ello se explica por el carácter relativamente reciente de la toma de conciencia doctrinal sobre la operatividad de este criterio de conducta en la sede de las obligaciones en general y de su cumplimiento-incumplimiento en particular, lo que explica, a su vez, su incorporación tardía a los Códigos en estos ámbitos. Pero incluso en este aspecto es posible observar una cierta continuidad doctrinal y legislativa, en base a las normas que prescribían la ejecución de buena fe de los contratos (arts. 1.124 del C. civ. it. de 1865, art. 978 del Proy. de García Goyena (10) y, siguiendo a éste, el art. 1.258 del vigente C. c. español), y la doctrina que sobre ellas interpretaba la buena fe como una norma objetiva de conducta que integra el propio contenido obligacional del contrato (11).

Si la regla de responsabilidad afirmativa se contempla en el artículo 1.101 del C. c., diciendo que el deudor responde como regla general de su incumplimiento cualquiera que sea su forma; la regla de responsabilidad negativa (de exoneración) se contempla en el artículo 1.105 del C. c.: «Fuera de los casos expresamente mencionados en la ley, y de los que así lo declare la obligación, nadie responderá de aquellos sucesos que no hubieran podido preverse, o que previstos, fueran inevitables». Al tratarse de una regla de exoneración, el artículo 1.105 define aquellos casos en que no obstante haberse producido el incumplimiento en su materialidad (falta o inexactitud de resultado debido, insatisfacción del acreedor) el deudor no es llamado a responder. La fórmula de exoneración del artículo 1.105, también es original en comparación con los artículos 1.147-8 del Código francés. Así como en éste falta en absoluto una fórmula general de responsabilidad equivalente a nuestro artículo 1.101, la fórmula de exoneración del artículo 1.105, no repite literalmente —como lo hacía el Código italiano de 1865— las contenidas en los dos artículos citados del Código napoleónico (que se refieren como contenido de la prueba liberatoria del deudor a la causa extraña no imputable al deudor, la fuerza mayor y el caso fortuito). El Código español no menciona el requisito —que en Italia será polémico —de la «extraneidad» de la causa imputable al deudor, y, además, tampoco menciona literalmente la fuerza mayor ni el caso fortuito, sino que da una noción genérica e indistinta que engloba a las dos. Además, la fórmula exoneratoria del artículo 1.105 es

---

(9) Artículo 1.175 del C. civ. it.: «Il debitore e il creditore devono comportarsi secondo le regole della correttezza».

Artículo 1.375 del mismo Código: «Il contratto deve essere eseguito secondo buona fede».

(10) Artículo 978 del Proy. de García Goyena: «Los contratos se perfeccionan por el mero consentimiento; y desde entonces obligan, no solamente al cumplimiento de lo expresamente pactado, sino también a todas las consecuencias que, según su naturaleza, son conformes a la buena fe, al uso o a la ley».

(11) Cfr. VISINTINI, «La responsabilità contrattuale», cit., p. 8 y «Dottrine civilistiche...», cit., p. 362; y DE LOS MOZOS, «El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español», Barcelona, 1965, pp. 124 y ss.



única para todas las obligaciones, en tanto que el Código francés repite para las obligaciones de dar, hacer y no hacer (art. 1.148) una regla exoneratoria que, de suyo, ya se comprende en la fórmula general del artículo 1.147 (la causa extraña no imputable comprende el caso fortuito y la fuerza mayor).

El artículo 1.105 del C. c. vigente deriva del 1.014 del Proy. de García Goyena, artículo en el que se establecía: «En ningún contrato tiene lugar la responsabilidad por caso fortuito si no se hubiere pactado expresamente, salvo lo dispuesto en el párrafo 2 del artículo 1.006 y en el 1.060».

En dicho artículo, como se ve, se establecía una equiparación entre exoneración y caso fortuito. Además se remitía directamente en la sede de la exoneración a las excepciones de la excepción (irresponsabilidad por caso fortuito) a la regla de responsabilidad (se responde por el incumplimiento). Los casos en que el caso fortuito no tenía virtualidad liberatoria eran, en primer lugar, la asunción convencional del caso fortuito, en segundo lugar los casos de mora del deudor o doble venta de la cosa perecida (art. 1.006-2.º del Proy., art. 1.096-3.º del C. c. vigente, salvo la contraprueba tradicional de que la cosa —si se trata de obligaciones de dar cosa determinada y de su pericimimiento— hubiese perecido igualmente en manos del acreedor) (11 bis), y en tercer lugar aquellos casos en que la imposibilidad sobrevenida de la prestación por su carácter imputable al deudor no resulta liberatoria al no extinguir la obligación por falta de su requisito subjetivo (ausencia de culpa: art. 1.160 del Proy. y 1.182 del C. c. vigente).

Estas excepciones a la regla de exoneración se mantienen, como se ha visto en el sistema vigente, y a ellas se refiere la remisión genérica con que se inicia el artículo 1.105 que ha perdido su carácter directo, pasando en cambio a tener un carácter abierto, comprensiva, por tanto, de cualquier otra disposición particular —por ejemplo, artículo 1.896-2.º C. c., art. 120 de la Ley de Navegación Aérea— en que se establezca la responsabilidad contractual aun en presencia del caso fortuito. A la asunción convencional del caso fortuito se refiere el

---

(11 bis) En realidad el supuesto descrito por los respectivos artículos del Proyecto de García Goyena y del Código civil es más amplio que el de la doble venta, pues comprende todo caso en que un deudor «se haya comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas». Lo que, a su vez, superadas las estrecheces de la sistemática tradicional, es extensible a todo supuesto en que el deudor se haya comprometido a realizar una misma prestación en favor de dos o más personas. (Cfr. ALBALADEJO, op. cit., p. 113).

A los supuestos de excepción a la eficacia liberatoria del caso fortuito recogidos en el art. 1.096-3.º del C. c. (1.006 del Proy. de García Goyena), se añade el del art. 1.185 del C. c. (art. 1.162 del Proy. cit.), es decir, el caso de la no liberación del deudor de una obligación de entrega aun en el caso de pérdida fortuita de la cosa debida, cuando la deuda provenga de delito o falta y salvo en el caso de que quien debía recibirla se hubiese negado sin razón a aceptarla. La regulación de este supuesto en la sede de las reglas generales de la responsabilidad contractual, concretamente en la de la imposibilidad sobrevenida, se contenía ya en el Código francés (art. 1.302) y en el italiano de 1865 (art. 1.298).

propio artículo 1.105 cuando habla de los casos «en que así lo declare la obligación».

Aquí, en sede de análisis de los precedentes legislativos de las reglas de responsabilidad contractual del C. c. español, se quiere llamar la atención sobre dos datos que serán ulteriormente profundizados y desarrollados. En primer lugar las que aparecen como excepciones a la virtualidad liberatoria de la regla de exoneración, no lo son en sentido estricto, o al menos en todos los casos en igual medida. Así, el carácter no liberatorio de la imposibilidad sobrevenida por culpa del deudor o estando éste en mora resulta sencillamente de la falta de requisitos positivos del hecho liberatorio (ausencia de culpa y anterioridad a la mora de la imposibilidad sobrevenida, art. 1.182 del C. c.). No es que la liberación no se produzca porque producido el hecho liberatorio sobreviene otro evento que contrarresta su eficacia, sino que la liberación no se produce al faltar el hecho liberatorio mismo en la totalidad de sus requisitos. En cambio, cuando la ley o las partes excluyen la eficacia liberatoria del caso fortuito (y por tanto, también la extintiva), se desposee de dicha eficacia a un evento que normalmente (en una relación entre otras personas, en una relación de tipo o circunstancias diversas de las particularmente consideradas por la ley) la tendría. En estos últimos casos, sólo en ellos, es admisible hablar de excepciones y ya veremos con qué fundamento.

En segundo lugar, se quiere llamar aquí la atención sobre la conexión establecida en modo de remisión directa por la fórmula general exoneratoria del artículo 1.014 del Proy. de García Goyena, entre caso fortuito e imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor. Conexión que en definitiva identifica la prueba liberatoria del deudor con la imposibilidad no imputable al deudor. Desaparecida la remisión directa en el artículo 1.105 del vigente Código, pervive sin embargo aquella conexión que sigue estando en el sistema del Código, lo que hace que pervivan también en él las «excepciones» a la virtualidad liberatoria del caso fortuito, aun en defecto de aquella remisión.

El hilo conductor de la crítica de la teoría de la culpa deriva fundamentalmente de este dato: la inseparabilidad del efecto extintivo y exoneratorio de la prueba liberatoria, de ahí que ésta se identifique con la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, que precisamente por ser causa de extinción de la obligación es simultáneamente causa de liberación del deudor.

Aquí basta reseñar que la conexión entre ambos aspectos de la prueba liberatoria no es extraña a los antecedentes legislativos de nuestro Código. Más adelante obtendremos su confirmación con el examen sistemático de las reglas de responsabilidad del vigente Código. Mientras tanto sirva de muestra la pervivencia en el mismo de las «excepciones» de la regla general de exoneración que el Proyecto de García Goyena establecía.

b) LA FORMULA DEL ARTICULO 1.218 DEL VIGENTE CODIGO CIVIL ITALIANO COMO CONSAGRACION LEGISLATIVA DE LAS TESIS DEL PRIMER OBJETIVISMO. ANTECEDENTES LEGISLATIVOS Y DOCTRINALES

Antes de pasar al examen de las normas de nuestro Código civil, convendrá tener en cuenta el proceso de formación de la norma del artículo 1.218 del C. civ. italiano de 1942, porque en ella se plasma con toda evidencia la conexión entre el efecto extintivo y el exoneratorio de la prueba liberatoria del deudor, que en España, por el contrario, es preciso inducir del examen sistemático de las reglas de responsabilidad-exoneración del Código.

La utilidad del examen del proceso de formación de la norma italiana es doble: por una parte por tratarse de la consagración legislativa de la crítica de la teoría de la culpa del primer objetivismo (12); y, por otra, porque la conexión que en ella se establece entre prueba liberatoria y extinción de la obligación, obedece a razones de fondo (sistemáticas) que persisten en defecto de una fórmula general equivalente a la del artículo en cuestión.

El artículo 1.218 del C. civ. italiano es en Italia la regla fundamental y genérica de la responsabilidad contractual; al menos, como incluso reconocen sus detractores (13), en la intención de sus redactores.

En dicho artículo se establece lo siguiente: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta é tenuto al risarcimento del danno se non prova che l'inadempimento o il ritardo é stato determinato da impossibilit  della prestazione derivante da causa a lui non imputabile».

El proceso de formación de la norma transcrita es el siguiente:

En el Código civil italiano de 1865 existían, junto a las normas que se referían a la diligencia en el cumplimiento de las obligaciones, otras que se referían a la «causa extraña no imputable» al deudor, al caso fortuito, a la fuerza mayor y a la imposibilidad sobrevenida de la prestación (la «pérdida de la cosa debida»). La coexistencia dentro de un mismo sistema de todas estas normas planteaba el problema de su armonización en orden al fundamento y al límite de la responsabilidad contractual. En suma, lo que se planteaba era el problema de la responsabilidad contractual en su conjunto, tal y como hoy se plantea, pero con unos datos normativos de referencia diferentes. En la etapa anterior al Código vigente se discutió especialmente sobre el concepto de «causa extraña no imputable» acogido en el artículo 1.225 del

---

(12) En este sentido es unánime en Italia, el reconocimiento por la doctrina —incluso por aquélla que critica la fórmula del artículo 1.218— de que con él, el Código consagra los resultados doctrinales a que había llegado OSTI sobre el Código civil de 1865.

Así, por ejemplo, cfr. GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., p. 329, y VISINTINI, «La responsabilità contrattuale», cit., p. 38.

(13) Cfr. GIORGIANNI, op. últ. cit., loc. cit.

C. civ. de 1865 y sobre los de caso fortuito y fuerza mayor recogidos en el artículo 1.226 (14).

Sobre el primer concepto se había ido formando una corriente doctrinal, cuyo principal fautor fue Polacco, especialmente rigurosa, que entendía por causa extraña la que provenía de una esfera externa a la economía o a la persona del deudor, lo que, a su vez, planteaba el problema de la relevancia de los impedimentos personales para el cumplimiento en las obligaciones de hacer cuyo contenido es el de una prestación infungible (en atención a la persona del deudor).

Sobre el concepto de caso fortuito se discutía si coincidía o no con la ausencia de culpa, o acerca de los caracteres que debía presentar para alcanzar eficacia liberatoria.

Es en este contexto de discusión doctrinal en el que aparece la fórmula del artículo 1.218 del Código de 1942, norma que del mismo modo que no originó la discusión doctrinal (que le precedía en el tiempo), tampoco —pese a ser esta la intención de sus redactores— evitó que la discusión prosiguiese. Hasta tal punto la norma del artículo 1.218 C. civ. it. no es origen de la polémica doctrinal, que ella misma nace en función de ésta como un intento de clarificación dentro de la misma.

Este propósito clarificador (15) se hace particularmente evidente en la lectura de algunos fragmentos de la *Relazione del Guardasigilli*. Así, en el texto de la misma se lee lo siguiente con relación a los dos problemas que habían preocupado con anterioridad principalmente a la doctrina: «Es sabido que las normas citadas (arts. 1.225-6 del Código de 1865) dieron lugar en su aplicación a graves diferencias doctrinales, todavía no totalmente eliminadas... a un primer tipo de dificultad daba lugar la interpretación del artículo 1.225 en cuanto subordinaba la eficacia liberatoria de responsabilidad a la «extraneidad» de la causa de que hubiera dependido el incumplimiento o el retardo... Por otra parte, es también sabido las gravísimas discusiones a que dieron lugar los conceptos de caso fortuito y de fuerza mayor a que se refería el artículo 1.226...» (16).

Conocidos los antecedentes doctrinales que inspiraron la norma del artículo 1.218 del C. civ. it., es decir, las aportaciones de Osti, es posible también fijar sus antecedentes legislativos. Sin embargo, esta última labor se ve dificultada por la contaminación, ya aludida, que sufre de la polémica doctrinal todavía en curso en Italia. La reconstrucción histórica del artículo 1.218 se hace con miras a obtener de

(14) Cfr. DE LORENZI, op. cit., pp. 13 y ss.; GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., pp. 195 y ss.; VISINTINI, «La responsabilità contrattuale», cit., pp. 8 y ss., «Dottrine civilistiche...», cit., pp. 363 y ss.; MOSCO, voz cit., pp. 406 y ss.

(15) Propósito clarificador impulsado por algunos autores desde antes de la codificación de 1942. Así, BRUGGI («Caso fortuito e adempimento del contratto», en *Riv. dir. comm.*, 1908, II, pp. 141 y ss.) propendía por una sustitución de las expresiones «caso fortuito» y «fuerza mayor», por la de evento no imputable al deudor, siguiendo al B.G.B., parágrafo 275.

(16) *Relazione del Ministro Guardasigilli al Libro IV delle obbligazioni*, n. 37.

la misma argumentos en favor de una u otra tesis, de modo que las reconstrucciones históricas ofrecidas por la doctrina acaban por ser, frecuentemente, parciales e interesadas.

La ofrecida por Giorgianni (17) tiene como razón de ser desbancar a la norma del artículo 1.218 del carácter general que tenía en la intención de sus redactores, como norma aplicable a *todas* las formas de incumplimiento de *todas* las obligaciones. Para ello utiliza, junto a razones de orden sistemático (derivadas de la vigencia del artículo 1.176 del C. civ. it., que se refiere a la diligencia del buen padre de familia), argumentos, en verdad de menor peso frente a los primeros, de carácter histórico.

De este modo se explica el artículo 1.218 C. civ. it., partiendo del artículo 1.298 del C. civ. de 1865 (18), que se refería, como ya sabemos, a la pérdida de la cosa debida. Según Giorgianni, el artículo 1.298 C. civ. 1865 contenía dos normas, una (contenida en el primer párrafo) que sancionaba la extinción de la obligación cuando concurrían los requisitos en ella previstos; la otra (contenida en el tercer párrafo) sentaba una regla de carácter probatorio disponiendo, siguiendo como ya sabemos al artículo 1.302 del Código francés, que el deudor está obligado a probar el caso fortuito que alega. Dichas normas se corresponden, respectivamente, con los artículos 1.182 y 1.183 del C. c. español. El nuevo Código civil, según Giorgianni, habría realizado una mezcla entre dos series de normas del Código abrogado, de modo que la regla probatoria del artículo 1.298 del C. civ. de 1865, habría pasado al artículo 1.218 del C. civ. de 1942, en un intento (desmentido por el resto del sistema) de elevar a límite de la responsabilidad contractual en todo caso la imposibilidad sobrevenida de la

---

(17) Cfr. op. últ. cit., pp. 237 y ss. Para una exposición sintética de las tesis de GIORGIANNI. Vid. VISINTINI, «La responsabilità contrattuale», cit., p. 43, y «Dottrine...», cit., p. 394.

(18) Artículo 1.298 del C. civ. it. de 1865: «Quando una determinata cosa che formava l'oggetto dell'obbligazione perisce, od è posta fuori di commercio, o si smarrisce in modo che se ne ignori assolutamente l'esistenza, l'obbligazione si estingue, se la cosa è perita o posta fuori di commercio o smarrita senza colpa del debitore, e prima che questi fosse in mora.

Ancoché il debitore sia in mora e non abbia assunto a suo carico il pericolo dei casi fortuiti, si estingue l'obbligazione, se la cosa sarebbe egualmente perita presso il creditore ove gli fosse stata consegnata.

*Il debitore é tenuto a provare il caso fortuito che allega.*

In qualunque modo sia perita o smarrita una cosa rubata, la perdita di essa non dispensa colui che l'ha sottratta, dal restituirne il valore».

Compárese dicho texto con el del art. 1.302 del *Code Napoléon*: «Lorsque le corps certain et déterminé qui était l'objet de l'obligation, vient à périr, est mis hors du commerce, ou se perd de manière qu'on en ignore absolument l'existence, l'obligation est éteinte si la chose a péri ou a été perdue sans la faute du débiteur et avant qu'il fût en demeure.

Lors même que le débiteur est en demeure, et s'il ne s'est pas chargé des cas fortuits, l'obligation est éteinte dans le cas où la chose fût également périée chez le créancier si elle lui eût été livrée.

*Le débiteur est tenu de prouver le cas fortuit qu'il allègue.*

De quelque manière que la chose volée ait péri ou ait été perdue, sa perte ne dispense pas celui qui l'a soustraite, de la restitution du prix».

prestación derivante de causa no imputable al deudor; mientras que la primera regla del artículo 1.298 del Código de 1865 habría pasado el actual artículo 1.256 del C. civ. it. (que se refiere a la imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa de extinción de la obligación).

De este modo, según Giorgianni, el Código de 1942 procedería a inserir en el ámbito del incumplimiento en general (regulado por los artículos 1.225-6 del C. civ. de 1865 y por el actual 1.218) una norma (la aludida norma probatoria) perteneciente al campo limitado de la imposibilidad sobrevenida (que —cuando resulta imputable al deudor— es sólo una de las formas del incumplimiento).

El intento del legislador italiano en el artículo 1.218 C. civ. de elevar la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor a prueba liberatoria general a dar por el deudor en todo caso de incumplimiento, quedaría desmentido por el conjunto del sistema legislativo, del que resultaría que el artículo 1.218 (en contra de su tenor literal), como en su día el artículo 1.298 del C. civ. de 1865 (del que procede la norma en aquél refundida) sólo se refiere al incumplimiento derivante de imposibilidad sobrevenida.

La expresión «causa no imputable» del artículo 1.218 (19), derivaría de la de «causa extraña no imputable» del artículo 1.225 del Código abrogado, suprimiendo el adjetivo «extraña» que había dado lugar a tantas polémicas.

Frente a esta reconstrucción histórica de Giorgianni, replica con energía Visintini (20), quien pone de manifiesto que el actual artículo 1.218 del C. civ. it. no deriva del artículo 1.298 del Código abrogado (que, por el contrario, ha confluído, generalizado a toda clase de prestaciones —se recuerda que como consecuencia de la importancia tradicional de las obligaciones de dar, la imposibilidad de la prestación como causa extintiva de las obligaciones se regulaba en los Códigos decimonónicos como pérdida de la cosa debida— en el artículos 1.256 del actual C. civ. it.), sino de los artículos 1.225 y 1.226 del anterior Código, oportunamente modernizados con la fusión de las varias expresiones en ellos contenidas en la fórmula de la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivada de causa no imputable al deudor.

La regla probatoria del artículo 1.298 del Código abrogado habría sido suprimida oportunamente en la sede de los modos de extinción de la obligación (art. 1.256 C. civ. it.) y formulada en la sede más propia de la responsabilidad contractual (art. 1.218 del C. civ. it.).

Además, como pone de relieve Visintini (21), no es ni tan siquiera cierto que tal regla probatoria haya pasado del artículo 1.298 C. civ. de 1865 al actual artículo 1.218, porque la misma se contenía ya en el artículo 1.225 del Código abrogado (22), que constituye el verda-

(19) GIORGIANNI, op. últ. cit., p. 241.

(20) «La responsabilità contrattuale», cit., p. 44., y «Dottrine...», cit., páginas 395-6.

(21) Opp. y locc. citt.

(22) Art. 1.225 del C. civ. de 1865: «Il debitore sarà condannato al risar-

dero precedente del artículo 1.218. El actual artículo 1.256 del C. civ. italiano (que se refiere a la imposibilidad sobrevenida de la prestación como causa extintiva de la obligación) en el que ha confluído, generalizada para toda clase de obligaciones, la disposición del artículo 1.298 del Código abrogado, habría sido simplemente aligerado de una regla (la aludida norma probatoria) que en aquella sede no tenía razón de ser.

La crítica de Visintini es acertada en cuanto pone de manifiesto la derivación del artículo 1.218 C. civ. it. de los artículos 1.225-6 del Código italiano de 1865, y no del artículo 1.298 del Código abrogado como pretende Giorgianni en una reconstrucción histórica *ad hoc* que justifique la restricción del ámbito de aplicación del artículo 1.218. Pero criticando las tesis de Giorgianni, Visintini corre el riesgo de pasar de un extremismo a otro. En efecto, si el artículo 1.218 C. civ. it. no se limita a regular —o al menos no se justifica ni en sus antecedentes ni en su tenor literal— el incumplimiento derivante de imposibilidad sobrevenida (imputable al deudor), tampoco se justifica sobre la base de los antecedentes de la norma en cuestión, una radical separación entre la regla de responsabilidad (art. 1.218 C. civ. it.) y la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor como causa extintiva de la obligación (art. 1.256 del C. civ. it.). Buena prueba de ello es la coexistencia bajo la vigencia del Código de 1865, de la regla probatoria que onera al deudor con la necesidad de dar la prueba liberatoria en los artículos 1.225 (que se refiere, en la sede de la responsabilidad, a la causa extraña no imputable al deudor) y 1.298 (que se refiere a la imposibilidad de la prestación como causa extintiva de la obligación, *sub specie* de pérdida de la cosa debida). Coexistencia que se da también en el Código francés por medio de las normas homónimas (arts. 1.147 y 1.302, respectivamente), que sirvieron de modelo literal a las primeras.

La regla probatoria se contiene hoy sólo en el artículo 1.218, pero es —por razones sistemáticas— igualmente aplicable al artículo 1.256. No tiene sentido hablar de una sede propia de tal regla (como lo hace Visintini), desde el momento que se admita —como resulta del texto del artículo 1.218 C. civ. it. y de su nexo sistemático con el artículo 1.256 —que es la misma imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, la que se constituye, simultáneamente, en límite de la responsabilidad del deudor (y como tal, contenido de la prueba liberatoria) y en causa de extinción de la obligación; lo primero por lo segundo: no se responde porque la obligación se extingue y desaparece el fundamento mismo de la responsabilidad contractual (al no existir vínculo obligatorio no puede existir su incumplimiento). Por eso la regla probatoria de que se habla se aplica en uno y otro

---

cimiento dei danni... ove non provi che l'inadempimento... sia derivato de una causa estranea a lui non imputabile...».

Artículo que se corresponde con el 1.147 del Código francés: «Le débiteur est condamné, s'il y a lieu, au paiement de dommages et intérêts... tout les fois qu'il ne justifie pas que l'inexécution provient d'une cause étrangère qui ne peut lui être imputée...».



caso, y es tan propia de una sede como de la otra (de la de las reglas de responsabilidad-exoneración y de la de la extinción de la obligación).

En España, aun en defecto de una fórmula equivalente a la del artículo 1.218 del C. civ. it., la conexión que éste establece entre el ámbito de la responsabilidad y el de la extinción de la obligación, es igualmente establecible por vía sistemática (y es esta conexión la que la fórmula italiana ha declarado, no creado) (23).

Esta conexión será la que permitirá explicar coherentemente la aplicación que la regla probatoria del artículo 1.183 del C. c. —aun en el silencio al respecto del artículo 1.105 en la sede de las reglas de responsabilidad— a todos los casos de incumplimiento.

### c) LAS REGLAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD-EXONERACION EN EL CODIGO CIVIL. IDENTIFICACION Y EXEGESIS.

El punto de partida de toda investigación en tema de responsabilidad contractual hoy en España, es la ya citada fórmula general del artículo 1.101 del C. c., que aparece como la regla general de responsabilidad válida para todas las obligaciones, como fórmula resumidora de todas las reglas particulares de responsabilidad existentes.

De una lectura sin prejuicios de la fórmula contenida en el artículo 1.101 C. c. emerge con claridad una regla de responsabilidad: el deudor que incumple su obligación («los que en el cumplimiento de sus obligaciones... de cualquier modo contravinieren el tenor de aquéllas») resulta responsable («quedan sujetos a la indemnización de los daños y perjuicios causados»).

De este modo y en primer término, lo que aflora de la lectura del artículo en cuestión es que la responsabilidad se conecta en modo directo al hecho del incumplimiento que, se advierta, *en modo general* se describe objetivamente, es decir, desprovisto de cualquier atributo subjetivo, intencional o reprobatorio.

Junto a la cláusula general en que se comprende toda forma de incumplimiento (cualquier contravención de la obligación), el artículo 1.101 contiene una enumeración ejemplificativa de hipótesis singulares de incumplimiento, en la que se citan el dolo, la negligencia y la morosidad.

Es importante constatar por ello, que en el artículo 1.101 culpa y dolo no aparecen como expresión equivalente a la de incumplimiento, y que por tanto sobre la base del mismo no puede establecerse una regla de responsabilidad que derive la responsabilidad contractual (toda ella) del único y sólo presupuesto de la culpa (en sentido amplio), pues el artículo 1.101 C. c. conecta la responsabilidad al incumplimiento, y éste aparece como noción más amplia que engloba el dolo y la culpa.

(23) Como lo demuestra el hecho de que fuera establecida por OSTI sobre el Código abrogado de 1865, antes de la vigencia del actual (que es precisamente fruto de su labor crítica sobre el Código anterior).

El ámbito objetivo de la regla de responsabilidad contenida en el artículo 1.101, como consecuencia del empleo de la aludida cláusula general, es el de cualquier forma de incumplimiento: total o parcial, falta absoluta de la prestación o inexactitud (locativa, temporal o subjetiva) de la misma (24). Producida la infracción de la obligación en cualquiera de las formas posibles, dice el artículo 1.101 C. c., el deudor responde.

Junto a la regla de responsabilidad del artículo 1.101 C. c. (conexión al hecho objetivo del incumplimiento de la consecuencia del resarcimiento del daño que aquél causa), la regla de exoneración que permite al deudor liberarse aun en presencia de la insatisfacción del acreedor (falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, total o parcial que sean) se contiene en el artículo 1.105 y 1.182 del C. c. En el primero se identifica la irresponsabilidad con el caso fortuito positivamente definido como suceso que no haya podido preverse, o que previsto, fuese inevitable. En el segundo se regula la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor como causa de extinción de las obligaciones. Ambas normas se refieren a una misma institución (el caso fortuito, la prueba liberatoria) si bien que contemplada en sus dos efectos simultáneos (exoneratorio de la responsabilidad contractual y extintivo de la obligación), que explica la regulación de cada uno de ellos en su sede sistemática propia (las reglas de responsabilidad y las causas de extinción de las obligaciones, respectivamente). Pero esta doble regulación no debe hacer olvidar la inseparabilidad de ambos efectos, si el deudor no responde (a pesar de la insatisfacción del acreedor) al dar la prueba del caso fortuito (prueba liberatoria), es porque con ella la obligación simultáneamente se extingue.

La prueba liberatoria del deudor (caso fortuito en sentido amplio) comprende tradicionalmente dos elementos: la imposibilidad sobrevenida de la prestación y la ausencia de culpa del deudor respecto del producirse de ésta (caso fortuito en sentido estricto). Es solamente en este sentido estricto del caso fortuito (inimputabilidad de la imposibilidad sobrevenida) en el que la afirmación tradicional *casus = non culpa* resulta verdadera.

---

(24) En cambio en Italia la presencia en la fórmula del art. 1.218 del C. civ. de la expresión «debitore che non esegue esattamente la prestazione», ha obligado a la doctrina a precisar que por encima de la fórmula literal, el art. comprende toda clase de incumplimiento y no sólo el inexacto.

El ámbito objetivo general de la norma del art. 1.218 (para toda clase de incumplimiento) es algo pacíficamente admitido en la doctrina italiana: MICCIO, op. cit., p. 197; MACCARONE, op. cit., p. 12; DEVOTO, op. cit., p. 158; GALCANO, «Diritto privato», cit., p. 193.

Además, téngase presente que el propio art. 1.218 más adelante habla en general de «inadempimento» o «ritardo» sin hacer distinción alguna.

En nuestro Derecho, sobre la inclusión del incumplimiento parcial en el ámbito normativo del art. 1.101 C. c., cfr., ampliamente, MARTÍNEZ CALCERRADA, «Cumplimiento defectuoso de la prestación (su inclusión en la "contravención" o cuarta causa del art. 1.101 del C. c.)», en R.C.D.I., 1976 (n. 517), pp. 1335 y ss., espec. pp. 1371 y ss.

Es en la tradición del caso fortuito en sentido amplio (con sus dos elementos) como prueba liberatoria, en la que se explica que la ausencia de culpa no baste a liberar al deudor en tanto la prestación sea posible (caso típico, deudas genéricas y pecuniarias), y que los eventos típicamente fortuitos (incendio, inundación), aun sobreviniendo la imposibilidad efectiva de prestar, no sean liberatorios en relación al deudor que provoca la imposibilidad con su negligencia ante aquéllos (*casus culpa vel dolus determinatus*)

Es esta tradición la que ha permitido la crítica desde Osti de la doctrina de la culpa, a través del coherente desarrollo de los efectos de la interrelación existente entre responsabilidad (su fundamento) y exoneración (prueba liberatoria, negación de aquel fundamento) por una parte; y dentro de la prueba liberatoria entre su efecto extintivo y el exoneratorio, de otra. La conexión entre el efecto exoneratorio (artículo 1.105 C. c.) y el extintivo (art. 1.182 C. c.) de la prueba liberatoria (caso fortuito en sentido amplio), ha sido también establecida por la doctrina española, aunque sin ser conscientes de las razones de fondo a que obedece, y no siempre coherentemente con los presupuestos de la teoría de la culpa que se quiere ver consagrada en el Código civil (24 bis). Así, es frecuente ver enumerados entre los requisitos para la eficacia liberatoria del caso fortuito, junto a la ausencia de culpa del deudor respecto de la producción del evento impositivo, la imposibilidad sobrevenida de la prestación (25). Del mismo modo resulta pacífica la total equiparación o la asimilación entre la fórmula positiva del caso fortuito contenida en el artículo 1.105 C. c. y la negativa contenida en el artículo 1.182 C. c. (26). Ambas afirmaciones conducen a identificar la prueba liberatoria (caso fortuito en sentido amplio) con la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor. Lo que significa, a su vez, reconocer (si se quiere, inconscientemente) el doble efecto extintivo y liberatorio del caso fortuito, y explicar (implícitamente) el segundo por el primero.

Al identificarse, a través de la conexión sistemática establecida entre los artículos 1.105 y 1.182 C. c., la prueba liberatoria con la de la imposibilidad sobrevenida de la prestación originada en causa no

---

(24 bis) Incoherencia que deriva del hecho de que si la culpa es fundamento (sólo y todo) de responsabilidad, la exoneración debería conseguirse a base de la negación de aquel fundamento, es decir, con la prueba de la ausencia de culpa.

Y si se dice que la prueba de la imposibilidad liberatoria es prueba de la ausencia de culpa, se juega con las palabras, pues técnicamente la ausencia de culpa es (estrictamente) la prueba de la diligencia.

(25) Vid. CASTÁN, op. cit., p. 177; ESPÍN, op. cit., p. 191.

Cfr., también, TORRALBA, op. cit., p. 1155, donde habla de la prueba liberatoria como «la prueba del caso fortuito (en sentido estricto, añadimos nosotros) que imposibilita el cumplimiento».

(26) Por la equiparación, vid. CASTÁN, *ibidem*, p. 175; ESPÍN, *ibidem*, páginas 188 y ss.; ALBALADEJO, op. cit., p. 119.

Por la asimilación, cfr. DIEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 246, y LACRUZ, op. cit., pp. 106-107.

imputable al deudor, se pone en primer lugar de manifiesto la incidencia del hecho liberatorio (imposibilidad sobrevenida de cumplir) sobre el contenido de la obligación (la prestación) para que aquél opere como tal. Los artículos 1.105-1.182 C. c. no instituyen ninguna relación entre exoneración de la responsabilidad y la imposibilidad de otros elementos de la obligación que no sean su contenido (27).

En segundo lugar, para que se produzca la exoneración del deudor es necesario que la imposibilidad sobrevenida de la prestación derive de una causa a él no imputable. Es decir, el deudor para que se produzca su liberación ha de hallarse respecto del hecho que le impide cumplir en una relación tal que aquél no le sea en su origen imputable. La inimputabilidad del hecho impeditivo se identifica positivamente en el artículo 1.105 como su inevitabilidad (que en definitiva prevalece sobre la imprevisibilidad), y negativamente en el artículo 1.182 como ausencia de culpa y de mora por parte del deudor incumplidor.

Adviértase que las reglas de exoneración refieren la imputabilidad o inimputabilidad no al incumplimiento (que aparece objetivo, despojado de cualquier atributo), sino a la causa que origina la imposibilidad sobrevenida como elemento de la prueba liberatoria.

El hecho exoneratorio aparece, pues, como un hecho complejo en el que junto a un elemento objetivo: la imposibilidad sobrevenida de la prestación, figura otro subjetivo englobable bajo la denominación genérica de causa no imputable al deudor. Sólo la verificación conjunta de ambos elementos produce la liberación del deudor; de otro modo no hay exoneración, al no haber hecho liberatorio, y por consiguiente hay responsabilidad, o lo que es lo mismo hay incumplimiento.

De este modo se opera una perfecta simetría entre exoneración y responsabilidad, entre hecho liberatorio e incumplimiento. La no concurrencia del hecho liberatorio se traduce —en defecto del cumplimiento o del cumplimiento exacto— automáticamente en afirmación de responsabilidad, en incumplimiento. Las reglas de exoneración tienen, negativamente, el mismo contenido que las de responsabilidad, positivamente, de modo que toda no liberación se traduce en incumplimiento (y por tanto en responsabilidad).

Las reglas de exoneración (arts. 1.105 y 1.182 C. c.) son por ello al mismo tiempo (a *sensu contrario*) reglas de responsabilidad; de responsabilidad por la falta o inexactitud del cumplimiento en tanto la prestación sea posible (aun en defecto de culpa del deudor), y de responsabilidad, también, cuando la falta o inexactitud del cumplimiento se deba a imposibilidad sobrevenida de la prestación que sea imputable al deudor.

El deudor responde por el hecho simple del incumplimiento (falta o inexactitud del resultado debido, art. 1.101 C. c.), y para excluir la responsabilidad debe dar la prueba de la imposibilidad liberatoria (con sus dos elementos, objetivo y subjetivo, arts. 1.105 y 1.182 C. c.)

---

(27) Cfr. MANCINI, op. cit., p. 7.

que es liberatoria porque simultáneamente a su verificación se produce la extinción de la obligación. Por lo que si a generar la responsabilidad basta el incumplimiento, para excluirla —en virtud de la necesaria correspondencia, de nuevo recordada, entre exoneración y responsabilidad— habrá que excluir el mismo fundamento que basta a generarla, es decir, el incumplimiento. Por esto la prueba liberatoria es simultáneamente causa de extinción de la obligación, porque extinguida la obligación la falta de resultado que el acreedor lamenta ya no es debido; excluida la obligación no cabe incumplimiento, y sin éste, tampoco responsabilidad.

Al final de este análisis, el doble efecto de la imposibilidad liberatoria (caso fortuito en sentido amplio), extintivo (art. 1.182) y exoneratorio (art. 1.105), resultan perfectamente armonizados (28). Se responde en tanto que, subsistiendo la obligación, falte el cumplimiento o el exacto cumplimiento. Se deja de responder cuando devenida imposible la prestación por causa no imputable al deudor, la obligación se extingue y no pueden existir por tanto —a pesar de la persistente insatisfacción del acreedor por un resultado que ya no es debido— ni incumplimiento ni responsabilidad.

Por tanto, el hecho liberatorio (art. 1.105) y el extintivo (art. 1.182, art. 1.184) tienen el mismo contenido y se explican el primero por el segundo. De modo que la conexión sistemática entre los dos aspectos exoneratorio y extintivo de la prueba liberatoria, persiste en el actual Código aun en defecto de fórmulas directas de remisión (como las existentes en el Proy. de García Goyena) y a pesar de la omisión en la sede de la responsabilidad contractual (fórmula de exoneración del artículo 1.105 C. c.) del elemento objetivo de la prueba liberatoria, es decir, la imposibilidad sobrevenida de la prestación. Tal omisión obedece a razones estrictamente históricas que tienen su raíz en la tradición doctrinal subjetivista que ha llevado a privilegiar el elemento subjetivo de la prueba liberatoria (ausencia de culpa, caso fortuito en sentido estricto), produciéndose —al igual que se ha producido en la doctrina de la culpa y por su influencia— una discordancia legislativa entre la consideración del caso fortuito en la sede de la extinción (aquí se considera en sentido amplio, con sus dos elementos subjetivo y objetivo, art. 1.182) y en la de la liberación del deudor (en que se considera limitado, por las razones dichas, al elemento subjetivo, ausencia de culpa, art. 1.105). La conciencia de las razones a que obedece la omisión del elemento objetivo de la prueba liberatoria en la sede de la responsabilidad contractual, y la conciencia a su vez de la coincidencia de la misma —en virtud de su doble efecto— con la causa extintiva del artículo 1.182 y ss., que no es sino el mismo hecho liberatorio regulado por su efecto extintivo en la sede sistemá-

(28) Cfr. OSTI, voz «Impossibilità...», cit., n. 3, pp. 289-290.

La conexión entre el efecto extintivo y el exoneratorio de la prueba liberatoria, se deja traslucir en el propio Código, cuando regulando ésta en la sede de la extinción de las obligaciones, dice con relación a las prestaciones de hacer (artículo 1.184): «También quedará liberado el deudor...».

tica de la extinción de las obligaciones, permite superar la omisión de aquel elemento en la sede de la responsabilidad contractual donde es también regulado por su efecto exoneratorio. Siendo el hecho liberatorio en los dos casos el mismo, en ambos ha de reunir los dos elementos para que surta su doble eficacia.

En resumen, de las reglas de responsabilidad-exoneración del C. c. se deduce lo siguiente. En primer lugar, el artículo 1.101 del C. c. dice que el deudor que incumple (cualquiera que sea la forma del incumplimiento) responde. Este artículo se refiere al incumplimiento en sentido material, es decir, la falta o inexactitud del resultado debido; o lo que es lo mismo, la insatisfacción del acreedor (falta o defectuosidad del cumplimiento). Así se explica la mención de la negligencia como defectuosidad del cumplimiento (incumplimiento en sentido material) en aquellas obligaciones (de actividad) cuyo contenido es la prestación de un *facere* diligente. Del mismo modo se explica la mención de la morosidad como inexactitud temporal de la prestación (también aquí como hecho material de incumplimiento). En cambio, la mención del dolo es equivocada en esta sede. El dolo no es una forma de materializar el incumplimiento (como hecho), no es un presupuesto material de responsabilidad, sino que es un criterio de agravación de responsabilidad (art. 1.107 C. c.). El dolo, por tanto, como criterio de responsabilidad, no pertenece al plano de la materialidad del incumplimiento, sino al de su imputabilidad. Es decir, que como criterio de responsabilidad opera sobre cualquier forma de incumplimiento material (no es una de ellas), y como criterio de responsabilidad agravada, supone un agravamiento de las consecuencias que el ordenamiento normalmente conecta al incumplimiento (aquí no ya en sentido material, sino «imputable», es decir, infracción material cualificada con arreglo a los criterios de responsabilidad como susceptible de dar lugar a la misma).

Pero ya sabemos que en orden a establecer la responsabilidad contractual, no basta la consideración puramente material del *hecho* del incumplimiento. Para establecer la responsabilidad del deudor es preciso establecer si la falta o inexactitud del resultado debido (la insatisfacción del acreedor) está o no justificada; en otras palabras, el juicio de responsabilidad, que presupone la falta o inexactitud del cumplimiento, implica la consideración del límite de la responsabilidad contractual en orden a establecer si la infracción de la obligación (incumplimiento material) se ha producido dentro o fuera de él. En el primer caso la responsabilidad se afirma, en el segundo se produce la exoneración del deudor.

Pues bien, en este segundo plano (el del juicio de responsabilidad o «imputabilidad» del incumplimiento) es donde se produce la vigencia de las normas de los artículos 1.105 y 1.182 del C. c. El deudor responde de la falta del resultado debido o de su inexactitud (incumplimiento material a que se refiere el art. 1.101) en tanto la obligación subsista, y deja de responder cuando demuestre que la obligación se ha extinguido por sobrevenida imposibilidad de la prestación a él no

imputable. Por tanto, todo cuanto no sea liberación (que es a la vez extinción de la obligación) es incumplimiento: el deudor responde (con o sin culpa, pues la ausencia de culpa no basta por sí sola a extinguir la obligación) en tanto la obligación subsista, y subsista insatisfecha (es decir, en defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento); o lo que es lo mismo, el deudor responde en tanto no dé (carga de la prueba liberatoria, art. 1.183 del C. c.) la prueba de la extinción de la obligación. De este modo la relación entre responsabilidad (incumplimiento) y exoneración (extinción de la obligación, no-incumplimiento) resulta perfecta, pues cuanto no sea extinción de la obligación en virtud de la prueba liberatoria, es subsistencia de una obligación insatisfecha, es incumplimiento y, por tanto, responsabilidad.

Junto a las reglas de responsabilidad y exoneración, tan íntimamente unidas que constituyen las dos caras de una misma moneda, el Código civil contiene, además, una regla probatoria, cuyo contenido viene determinado, precisamente, por las reglas de responsabilidad-exoneración. Tal regla consiste (art. 1.183 del C. c.) en que es el deudor el que ha de probar el hecho liberatorio-extintivo para quedar libre de responsabilidad. Es decir, sobre el deudor (carga de la prueba liberatoria que le adosa el mencionado artículo) pesa el riesgo de la incerteza o de la falta de prueba de cada uno de los elementos que integran el hecho liberatorio-extintivo: imposibilidad de la prestación, causa específica de la misma (riesgo de las causas ignotas) y la no imputabilidad de la causa de la imposibilidad al deudor.

La aplicación de la regla probatoria del artículo 1.183 C. c. como regla general de la carga de la prueba liberatoria es algo pacífico en la doctrina española (29), y sin embargo, insuficientemente justificado. La conexión sistemática por nosotros establecida entre la sede de la exoneración y la de la extinción, entre los dos efectos (extintivo y exoneratorio) de un mismo fenómeno (el caso fortuito en sentido amplio, la imposibilidad liberatoria), permite explicar sin ambages la regla del artículo 1.183 C. c. como regla general de la carga de la prueba liberatoria, establecida al regular uno de sus efectos (el extintivo), pero igualmente aplicable —pues se trata del mismo evento considerado bajo el perfil de su otro efecto, el exoneratorio— en la sede de la responsabilidad contractual (art. 1.105 C. c.).

Esta conclusión se confirma con la confrontación de los dos planos del incumplimiento a que respectivamente se refieren los artículos 1.101 y 1.105-1.182 del C. c.: el del incumplimiento en su materialidad, el primero, y el del juicio de responsabilidad (la «imputabilidad» del incumplimiento), los segundos.

El artículo 1.101 C. c., al decir que el deudor responde de la falta o inexactitud del resultado debido (materialidad del incumplimiento), sienta en primer lugar una regla general de responsabilidad: por la

---

(29) Cfr. LACRUZ, op. cit., p. 105; CASTÁN, op. cit., pp. 172 y 183; ESPÍN, op. cit., p. 204; Díez-PICAZO Y GULLÓN, op. cit., p. 248; ALBALADEJO, op. cit., p. 117.



ausencia de cumplimiento o de exacto cumplimiento, el deudor *en principio* responde. Además, en segundo lugar, sienta implícitamente una regla probatoria: al acreedor para actuar coactivamente su derecho le basta dar la prueba de la falta o inexactitud del resultado debido (carga de la prueba del incumplimiento en su materialidad).

En cambio, los artículos 1.105 y 1.182 del C. c. se refieren no al incumplimiento en su materialidad, sino al incumplimiento que resulta del juicio de responsabilidad, de la consideración del límite de la responsabilidad contractual; se refieren al incumplimiento definitivo o «imputable» a los efectos de la responsabilidad contractual.

También de estos artículos en comparación con el artículo 1.101 C. c. se desprende una regla probatoria. Así como el deudor responde *en principio* por la simple falta o inexactitud del resultado debido (artículo 1.101 C. c., materialidad del incumplimiento) cuya prueba incumbe al acreedor, el deudor puede *posteriormente* excluir la relevancia de tal prueba, probando a su vez que la obligación se ha extinguido por haber sobrevenido la imposibilidad liberatoria, con lo que la falta o inexactitud que el acreedor lamenta se refieren a algo que ya no es debido. De modo que no existiendo obligación, no puede haber incumplimiento ni responsabilidad (su límite coincide con la extinción del vínculo obligatorio).

Puede, pues, concluirse del examen de las reglas de responsabilidad del C. c. junto con las de la carga de la prueba, que la determinación definitiva del incumplimiento (incumplimiento «imputable») que resulta de la consideración del límite de la responsabilidad contractual, es un riesgo probatorio para el deudor (que es quien ha de probar aquel límite y con él la extinción de la obligación) y no para el acreedor, al que basta dar la prueba de la materialidad del incumplimiento para exigir la responsabilidad contractual.

Estos resultados que en España resultan del examen sistemático de las reglas generales de responsabilidad, en Italia han recibido el espaldarazo de su consagración legislativa en la conocida fórmula general de responsabilidad-exoneración del artículo 1.218 C. c., la regla fundamental de la responsabilidad contractual en Italia. Regla del artículo 1.218 C. civ. it. en la que las tesis de Osti, como resulta de algunos fragmentos de la *Relazione del Guardasigilli* (30), han sido plenamente acogidas.

---

(30) Como ejemplo baste el siguiente fragmento (n. 37, *Relazione*, cit.).... «Per questo nell'art. 1.218, a dirimere ogni questione si parla puramente e semplicemente di causa non imputabile al debitore; la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere, costituisce il requisito subiettivo che deve concorrere con quello obiettivo dell'impossibilità della prestazione, perchè il debitore inadempiente sia esente da responsabilità».

Y compárese con este otro de OSTI, «Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1954, p. 602: «... solo l'impedimento che determina l'impossibilità della prestazione in sé e per sé considerata, vale a dire l'impossibilità obiettiva della medesima, può avere efficacia di liberare il debitore da responsabilità per l'inadempimento o per il ritardo, e può addirittura, quando sia definitiva, estinguere

Y sin embargo, ni tan siquiera en Italia han desaparecido las discrepancias. En particular, es de considerar la especialmente autorizada crítica de Giorgianni (31), a la que se han adherido en España Díez-Picazo y Gullón (32).

Según Giorgianni el artículo 1.218 C. civ. it. disciplinaría uno sólo de los modos en que el incumplimiento se manifiesta, aquél constituido precisamente por el devenir imposible la prestación por causa imputable al deudor. Mientras que si la prestación incumplida es todavía posible, la responsabilidad del deudor se disciplinaría por otras normas (referidas al esfuerzo diligente del deudor necesario para cumplir). De este modo la regla del artículo 1.218 del C. civ. it. viene reconducida a funciones más modestas de aquéllas que inicialmente podrían esperarse de su tenor literal. De norma general de la responsabilidad contractual se transforma en norma particular referida al caso específico de las consecuencias de la imputabilidad de la causa de la imposibilidad sobrevenida, dictando, además, una regla probatoria imponiendo al deudor la prueba de la no imputabilidad de dicha causa. La imposibilidad sobrevenida no imputable no constituye ya el único fenómeno apto a liberar al deudor de la responsabilidad por incumplimiento, de modo que a pesar de la permanencia de la posibilidad de la prestación, el deudor incumplidor no podrá ser considerado necesariamente responsable (no lo será cuando haya prestado la diligencia debida). Sólo en algunas relaciones obligatorias —aquéllas reconducibles a la idea de custodia— la responsabilidad se agotaría en el artículo 1.218 C. civ. it.

De modo análogo en España, Díez-Picazo y Gullón sostienen que los artículos 1.182 y ss. regulan sólo una forma de incumplimiento (la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor), mientras que siendo la prestación posible es la falta o defectuosidad de la diligencia debida la que genera la responsabilidad del deudor (art. 1.104 C. c.), con lo que indirectamente se dice que la prueba liberatoria en estos casos es la de la ausencia de culpa (prueba de la diligencia debida).

La tesis de Giorgianni, tal como se ha sintetizado a grandes rasgos, no tiene apoyo posible en el tenor del artículo 1.218 C. civ. it. y así lo puso de manifiesto el propio Osti (33).

l'obbligazione, semprechè, naturalmente, ad un simile elemento oggettivo si accompagni quello soggettivo dell'assenza di colpa».

(31) Cfr. «L'inadempimento», cit., pp. 228 y ss., y voz «Inadempimento», cit., pp. 874-5.

(32) Vid., op. cit., pp. 244-5.

(33) Cfr. voz «Impossibilità...», cit., n. 6, p. 293.

Allí pone de relieve OSTI, que para fundar la tesis de GIORGIANNI, el art. 1.218 C. civ. it. debería estar formulado en términos de «quando la prestazione e diventata impossibile il debitore é tenuto...»; y por el contrario, el art. 1.218 se expresa en términos diversos y en modo general dice: «il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta é tenuto...». Es decir, se contempla el incumplimiento en el sentido más amplio y genérico de la palabra, mientras la hipótesis particular de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, cuando deriva de causa imputable al deudor es sólo uno de los supuestos de incumplimiento, en

Pero, además, la tesis de Giorgianni es rechazable aun en defecto de una fórmula equivalente a la del artículo 1.218 (cuya presencia, por cierto, tampoco ha impedido el surgir de discrepancias en Italia), y ello por las razones de fondo —que, insistimos, aquella fórmula declara, no crea— ya largamente puestas de manifiesto.

La falta o defectuosidad de la diligencia debida pertenece al plano del incumplimiento material (de la falta o inexactitud del resultado debido) y por tanto no basta nunca para establecer en modo definitivo la responsabilidad del deudor. Probada aquella falta o defectuosidad por el acreedor, el deudor puede dar la prueba liberatoria que excluye la relevancia de la primera.

El deudor sólo deja de responder probando su diligencia (exclusivamente ésta) cuando el contenido de la obligación consiste en una prestación de un *facere* diligente (obligaciones de actividad). Pero entonces el deudor no está dando una prueba liberatoria (que presupone la ausencia o defectuosidad del cumplimiento como ya probadas por el acreedor), sino que está probando el cumplimiento de su obligación.

La prueba liberatoria (aquella que presupone la materialidad del incumplimiento probada por el acreedor) que ha de dar el deudor para liberarse de la responsabilidad es la de la imposibilidad liberatoria: sólo así desaparece el fundamento de la responsabilidad del deudor: una obligación que subsiste (por falta de la prueba de su extinción en virtud del hecho liberatorio-extintivo) y subsiste insatisfecha (pues falta el cumplimiento o el exacto cumplimiento).

La prueba liberatoria del deudor, que es simultáneamente límite general de la responsabilidad contractual (art. 1.105 C. c.) y causa de extinción de la obligación (arts. 1.182 y 1.184 C. c.), es la de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor. Precisamente de la adopción de este límite general deriva el que la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor sea una forma de incumplimiento, pues al no concurrir todos los elementos del hecho liberatorio-extintivo, la obligación en defecto de exacto cumplimiento subsiste y subsiste insatisfecha. Por ello también el carácter general de la regla probatoria del artículo 1.183 C. c., que no es que se aplique por analogía a otras formas de incumplimiento no derivantes de imposibilidad, sino que tiene carácter general porque también lo tiene el límite de la responsabilidad contractual a que se refiere.

El análisis de las normas del Código debe proseguir, confrontando cuanto se deduce de las normas generales de responsabilidad, primero con otras normas generales del Derecho de obligaciones, y después con las múltiples normas particulares de responsabilidad dispersas por el Código (33 bis).

---

tanto que si deriva de causa no imputable al deudor es límite de responsabilidad y no presupuesto de la misma, pues fundamento de la responsabilidad contractual es siempre el hecho objetivo del incumplimiento.

(33 bis) Sobre estas últimas, remito desde ahora a «Las reglas particulares de la responsabilidad contractual», en R.C.D.I., mayo-junio. 1985.

d) COORDINACION DE LAS NORMAS GENERALES DE RESPONSABILIDAD DEL C. C. CON OTRAS NORMAS GENERALES DEL DERECHO DE OBLIGACIONES: ART. 1.104 Y 7-1 DEL C. C.: LA DILIGENCIA DEL BUEN PADRE DE FAMILIA Y LA EXIGENCIA DE LA BUENA FE

La necesidad de confrontación antes aludida se hace particularmente necesaria en orden a establecer el papel y valor de la diligencia como criterio de conducta del deudor establecido con carácter general en el artículo 1.104 del C. c., es decir, en la sede misma de la responsabilidad contractual.

La inserción de la diligencia en el ámbito sistemático de la responsabilidad contractual obliga a determinar cuál es su función en orden a la afirmación o denegación de la misma. Sobre todo, cuando es sobre la base del artículo 1.104 del C. c., que la mayoría de la doctrina española entiende consagrado por nuestro Código un sistema de responsabilidad contractual apoyado esencialmente sobre la idea de la culpa (34).

La labor de coordinación aludida debe incluir también otra norma general aplicable a todo el ámbito del Derecho de obligaciones: la buena fe, cuyas exigencias se hacen cada vez más presentes y efectivas. La necesidad de consideración, también, de este criterio de conducta viene impuesta por la reciente reforma del Título Preliminar de 1974 que se ha hecho eco de aquellas exigencias a las que ciertamente no puede sustraerse el ámbito de la responsabilidad contractual.

1) *El artículo 1.104 C. c. en relación con las reglas de responsabilidad-exoneración. La discusión doctrinal en Italia. La diligencia del buen padre da familia.*

El problema, como ya se ha indicado, se refiere básicamente a situar en el sistema de la responsabilidad contractual el valor y función (o funciones) de la diligencia. Es decir, coordinar los artículos 1.101, 1.105, 1.182 del C. c. con el artículo 1.104 del mismo Código.

Indicativo a este respecto, es el modo en que se ha producido en Italia la discusión sobre la responsabilidad contractual. Hasta el punto

---

(34) Cfr. DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 245; LACRUZ, op. cit., p. 103; ALBALADEJO, op. cit., p. 116; ESPÍN, op. cit., pp. 200 y ss.; CASTÁN, op. cit., pp. 167 y ss. En Italia la labor de identificar la función de la diligencia en orden a la determinación de la responsabilidad contractual es igualmente urgente, desde el momento en que la misma doctrina que no tiene inconveniente en reconocer mayoritariamente que el art. 1.218 C. civ. it. recoge las tesis de OSTI, ha encontrado, no obstante el claro tenor del texto legislativo en cuestión, en el conjunto del sistema legislativo otras indicaciones (básicamente el art. 1.176 C. civ. it. que se refiere a la diligencia del buen padre de familia) que desmentirían aquella intención primera de los legisladores plasmada con absoluta claridad en la *Relazione al Codice civile* en modo que ésta «no podía ser al respecto más explícita» (ROPPA, «Impossibilità...», cit., p. 1.240, nota 5).

que el problema de la responsabilidad contractual se ha identificado en Italia desde la codificación de 1942, como el problema de la armonización sistemática del artículo 1.218 C. civ. it. con el artículo 1.176 del mismo Código, que se refiere a la diligencia del buen padre de familia (35).

Sobre el artículo 1.176 C. civ. it. se apoyan, fundamentalmente, cuantos tratan de menoscabar aquello que emerge con claridad de la letra del artículo 1.218 C. civ. it. Y ello porque con posterioridad a la codificación de 1942, se desarrolló en Italia un amplio movimiento doctrinal (36) que considerando los principios consagrados en dicho artículo rigurosos en exceso, se dedicó a restringir su ámbito de aplicación o a desvirtuar su contenido. Este movimiento doctrinal, desde el principio se apoyó sobre el contenido del artículo 1.176 C. civ. it. que aparece así como contrastante con la directriz asumida por el legislador en el artículo 1.218, y se presenta como regla general de la responsabilidad contractual con carácter alternativo. De tal manera que

(35) Cfr. FUNAIOLI, «Risoluzione del contratto per inadempimento e colpevolezza dell'inadempiente, en *Nuova Riv. Dir. comm.*, 1957, II, pp. 193 y ss.; DEVOTO, «L'imputabilità...», cit., pp. 160 y ss.; NICOLÒ, voz «Adempimento», cit., p. 558; CIAN, «Antigiuridicità...», cit., pp. 10 y ss.; BESSONE, «Obbligo...», cit., cols. 1251 y ss. y «Adempimento...», cit., pp. 394 y ss.; ENRIETTI, «Della risoluzione del contratto», en «Commentario D'Amelio-Finzi», Florencia, 1948, pp. 868 y ss.; ROPPO, «Impossibilità...», cit., pp. 1240 y ss.; CORRADO, «I contratti di borsa», Torino, 1960, pp. 559 y ss.; CANNATA, op. cit., p. 993; DISTASO, «Le obbligazioni in generale», en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», dirigida por W. BIGIAMI, Turín, 1970, pp. 316 y ss.; TABET, «L'inadempimento contrattuale...», cit., col. 198; BETTI, op. cit., pp. 113 y ss.; MICCIO, op. cit., pp. 200 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 41 y ss.; SCOGNAMIGLIO, «Note sulla responsabilità del depositario», en *Banca bors. e tit. cred.*, 1952, pp. 452 y ss.; BONVICINI, op. cit., pp. 283 y ss.; BARASSI, op. cit., pp. 281 y ss.

El texto del art. 1.176 del C. civ. it. es el siguiente: «Nell'adempimento l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia. Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata».

Un problema sustancialmente idéntico es el que se plantea en Francia con la coordinación de las normas de la diligencia (art. 1.137 C. c. f.) y las que se refieren al caso fortuito, fuerza mayor y la «causa extraña no imputable» (artículos 1.147, 1.148 C. c. f.). Sobre ello, vid. G. VINEY, «Les obligations. La responsabilité: conditions», en el *Traité de Droit civil* (dirigido por J. GHESTIN), París, 1982, pp. 626 y ss.; MAZEAUD-TUNC, «Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual» (trad. de la 5.ª ed. francesa por L. ALCALÁ-ZAMORA), vol. 2, Buenos Aires, 1962, pp. 345 y ss. (n. 656 y ss.); H. MAZEAUD, «Essai de classification des obligations: obligations contractuelles et extra-contractuelles; obligations déterminées et obligation générale de prudence et diligence», en R.T.D.C., 1936 pp. 1 y ss., y allí, pp. 19 y ss., y 28 y ss.; J. CARBONNIER, «Théorie des obligations», París, 1963, pp. 276-7; MARTY-RAYNAUD, «Droit civil», II, 1, «Les obligations», París, 1962, pp. 502 y ss.; WEILL-TERRÉ, «Droit civil», IV, «Les obligations», París, 1980 (3.ª ed.), pp. 442 y ss.; R. ROBIÈRE, «Une notion menacée: le faute ordinaire dans les contrats», en R.T.D.C., 1954, pp. 201 y ss., y allí, pp. 205 y ss.; C. THOMAS, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», en *Rev. crit. de légis. et jurispr.*, 1937, pp. 636 y ss., y allí, pp. 638 y ss.

(36) Vid. VISINTINI, «Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, p. 220.

al intérprete se le ofrece un conflicto de normas generales de responsabilidad; no se trata ya de una rebelión contra el artículo 1.218, sino de una elección entre normas en conflicto, en la que se plantea un problema de autonomía del intérprete y en la que incluso se vislumbra un trasfondo ideológico (37). Así, el problema de la responsabilidad contractual ha sido planteado en Italia como problema interpretativo (38), en el que el intérprete se hallaría frente a la ley interpretada con un amplio margen de autonomía, que se explicaría en razón de la efectividad social de la norma interpretada y de la consecución de la justicia en los casos concretos. En suma, se trata de justificar «amplios poderes» del intérprete en la interpretación de las normas legales de la responsabilidad contractual. Salvo que, luego, será discutible dónde está la justicia, dónde las exigencias sociales y de la realidad. Porque si estuvieran en la fórmula legal que se trata de recortar (a veces inmeditadamente, sin conocer efectivamente su verdadero alcance o su pretendida rigurosidad), la actividad del intérprete sería subversiva de los valores asumidos como preeminentes por el ordenamiento.

Elevada la culpa (art. 1.176 C. civ. it.; art. 1.104 del C. c.) a criterio general de responsabilidad contractual, el conflicto de criterios de responsabilidad-exoneración, traducido en un «conflicto textual de normas» (39) —que en España serían las de los artículos 1.105 y 1.182 por un lado y la del artículo 1.104, por otro— operaría del siguiente modo (40): en tanto que la afirmación de responsabilidad con arreglo al artículo 1.104 C. c., asumido como criterio general de responsabilidad contractual, se traduciría siempre en la violación de la regla de conducta en él consagrada (diligencia, como norma general, la del buen padre de familia), de modo que no habría responsabilidad sin culpa. Con arreglo, en cambio, a las normas de los artículos 1.105 y 1.182, asumidas también como normas generales de la responsabilidad contractual (en su aspecto negativo, de exoneración), basta, como ya sabemos, la presencia del hecho objetivo del incumplimiento para que la responsabilidad se establezca.

Por lo que se refiere al aspecto negativo de la responsabilidad (a la exoneración) y al contenido de la prueba liberatoria, en tanto que al deudor incumplidor con arreglo al criterio del artículo 1.104 —asumido, siempre, como criterio general de responsabilidad contractual— le bastaría para exonerarse de responsabilidad probar la ausencia de culpa (41), con arreglo al criterio alternativo de los artículos 1.105 y

(37) Cfr. ROPPO, op. últ. cit., p. 1240.

(38) Cfr. BIANCA, «L'autonomia dell'interprete: a proposito del problema della responsabilità contrattuale», en *Riv. dir. civ.*, 1954, pp. 478 y ss. (espec. vid. pp. 494 y ss.).

(39) CIAN, op. últ. cit., p. 10.

(40) Cfr. MICCIO, op. cit., pp. 200 y ss.; DISTASO, op. cit., pp. 316 y ss.; DEVOTO, op. cit., pp. 160-1.

(41) Y no puede ser de otro modo si se quiere ser coherente, habida cuenta de la estricta simetría entre reglas de responsabilidad y exoneración. El contenido de la prueba liberatoria de la responsabilidad contractual (ausencia de culpa) es la negación de aquello que se asume como su fundamento (culpa).

1.182 ha de probar, como sabemos, la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa a él no imputable (42).

De frente a esta contradicción normativa, cabe pensar en abstracto las siguientes vías para su superación (43):

a) Absorber en la fórmula de responsabilidad que emana de los artículos 1.105 y 1.182 *a contrario*, la norma que se refiere a la culpa (art. 1.104), afirmando el carácter objetivo de la responsabilidad del deudor y excluyendo de sus elementos normativos la culpabilidad de aquél.

b) Absorber en la norma de la culpa las normas de los artículos 1.182 y 1.105, sosteniendo que en todo caso entre los presupuestos de la responsabilidad del deudor debe incluirse la culpa y, consiguientemente, la exoneración se vincula a la prueba de la ausencia de culpa.

c) Atribuir a las normas en conflicto un campo de aplicación separado, y distinguir una conducta del deudor a la que se aplica el criterio de la culpa, de otra conducta del deudor también contenida en la obligación a la que se aplica un criterio de responsabilidad objetiva. Es decir, y hablando más genéricamente, se procede a una repartición de campos de aplicación entre la norma de la culpa y las reglas generales de responsabilidad, en modo que sin quedar absorbidas unas u otras por la contraria, resulte una esfera propia para cada una que permita su aplicación conjunta.

El problema de la correlación entre las normas de la culpa y de la responsabilidad ha sido identificado (44) como el de la existencia o no de un incumplimiento inculpable distinto del producido en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor. Si la culpa sólo se excluye con la prueba de la imposibilidad sobrevenida inimputable al deudor, éste es el único supuesto de incumplimiento inculpable, con lo que el problema de la coordinación de los dos tipos de normas se transforma en la discusión acerca de la existencia o no de un incumplimiento inculpable siendo la prestación posible.

Este planteamiento de la cuestión puede ciertamente admitirse, a condición de desvelar los equívocos terminológicos que en él se producen por influencia de la doctrina de la culpa. Las normas generales de responsabilidad (arts. 1.105 y 1.182 C. c.) no establecen una disyuntiva entre incumplimiento culpable e inculpable (que sería el determinado por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor), sino entre incumplimiento puro y simple (objetivo) (45) y extinción de la obligación (en virtud del doble

(42) También aquí otra coherentemente la simetría arriba expuesta. Frente al incumplimiento como fundamento de la responsabilidad contractual, la extinción de la obligación, que conlleva (aun en defecto de la satisfacción del acreedor) la eliminación de toda posibilidad de incumplimiento de la misma.

(43) Vid. DEVOTO, *op. cit.*, p. 161. Cfr., también, BONVICINI, *op. cit.*, p. 283, y BARASSI, *op. cit.*, p. 282.

(44) Cfr. FUNAIOLI, «*Risoluzione del contratto per inadempimento e colpevolezza dell'inadempiente*», *cit.*, pp. 195-6.

(45) Si se quiere, puede hablarse respecto de este incumplimiento objetivo



efecto exoneratorio-extintivo de la prueba liberatoria). De modo que hablar, sobre la base de dichas reglas generales, de incumplimiento culpable para los casos de no liberación del deudor se traduce en una ficción de culpa (pues lo que hay es puro y simple incumplimiento), a la par que designar, sobre la base de las mismas reglas, la liberación del deudor como incumplimiento inculpable se traduce en un puro juego de palabras, pues lo que justifica la irresponsabilidad del deudor es que la obligación se ha extinguido (46).

La coordinación de las reglas de responsabilidad contractual con la norma de la culpa, debe establecerse en cada uno de los elementos relevantes que se integran en las primeras. Así deben ser analizadas las relaciones (si existen, y si no, verificar su no existencia) que median entre culpa-diligencia e incumplimiento, culpa-diligencia e imposibilidad de la prestación y entre culpa-diligencia e imputabilidad de la causa de la imposibilidad sobrevenida.

### 1.1. *Concepto y caracteres de la diligencia*

Antes de analizar las relaciones arriba aludidas (y recordando aquí sólo la precisa conexión que se establece en el artículo 1.182 C. c. entre no imputabilidad de la causa de la imposibilidad sobrevenida y la ausencia de culpa) y como presupuesto necesario de dicho análisis, se hace preciso conocer cuál sea el contenido de la norma de conducta en el artículo 1.104 C. c. contenida.

Parece lógico que con carácter previo a la verificación de la relevancia de la culpa-diligencia en orden a la determinación de la responsabilidad contractual, nos ocupemos de en qué consiste.

de incumplimiento «imputable», pero no como sinónimo de culpable, sino como contraposición al incumplimiento en sentido material (falta o inexactitud del resultado debido) y para indicar que se trata de un incumplimiento material no justificado. Es decir, que por verificarse dentro de los límites de la responsabilidad contractual (ausencia de prueba liberatoria con arreglo a las normas generales de responsabilidad: arts. 1.105 y 1.182-4 C. c.), reúne las condiciones idóneas exigidas por el ordenamiento para dar lugar a la responsabilidad del deudor.

Se habla aquí, pues, de incumplimiento «imputable» como incumplimiento definitivo a los efectos de la afirmación de la responsabilidad, incumplimiento que resulta del juicio de responsabilidad y la consideración de su límite; pues, como sabemos, para desencadenar la responsabilidad del deudor no basta la materialidad del incumplimiento, la insatisfacción del acreedor.

Una cosa es que se mantenga dentro del incumplimiento la distinción entre el plano de la materialidad y de la imputabilidad (juicio de responsabilidad) del mismo, y otra que en el segundo plano el criterio fundamental y único sea el de la culpa.

(46) De forma que la reflexión que hace FUNAIOLI *op. et loc. cit.*, sobre las consecuencias de aquella alternativa en el plano de los presupuestos de la resolución por incumplimiento —si se admite un incumplimiento inculpable distinto del derivante de imposibilidad liberatoria la culpa es presupuesto de la resolución por incumplimiento para operar la discriminación entre incumplimientos, si no se admite no lo es, no es necesaria tal discriminación— es exacta, con la salvedad de precisar que el caso de imposibilidad sobrevenida liberatoria no es de incumplimiento inculpable, sino de no-incumplimiento (exoneración-extinción). Por ello precisamente, es el solo incumplimiento objetivo (el único existente por contraposición a la extinción de la obligación) el que basta como presupuesto de la resolución por incumplimiento.

Una primera matización se impone, con la idea de culpa-diligencia no se hace alusión a una situación subjetiva, propia de valoraciones morales o tradicional en el campo del ilícito (47). La culpa en el lenguaje de los civilistas asume un significado objetivo de violación de una norma de conducta, de no realización de la conducta debida. Culpa es precisamente lo contrario a diligencia, que se presenta, a su vez, como un modo de actuar, algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto.

La diligencia, en palabras de Bianca (48), aparece como el adecuado empleo de energías y medios útiles para la realización de un fin determinado. Según los diversos fines, es diverso el contenido de la diligencia.

Todos los elementos que integran el concepto de diligencia, cumplen la función de valorar la idoneidad de una conducta en orden a la consecución o no de un determinado resultado. El juicio de diligencia asume como contenido dicha conducta, valorando los obstáculos que a ésta se presentan y que el esfuerzo diligente debe tender a superar. La positividad o no del juicio de diligencia, no depende de la consecución o no del resultado perseguido, sino del metro o medida empleado para la valoración de la idoneidad de la conducta que lo persigue (49).

El modelo que el legislador español de 1889 ha consagrado como norma general (al igual que lo hizo García Goyena en su Proyecto, art. 1.013) es el tradicional del buen padre de familia.

Como la doctrina unánimemente pone de manifiesto, se trata de un modelo objetivo o abstracto (50). Es decir, el complejo de cuidados y cautelas, el comportamiento debido por el deudor, no se determina con arreglo a sus aptitudes personales (no basta al deudor haber hecho «cuanto estaba en su mano» (51) o «haber empleado toda su buena voluntad» (52), sino con arreglo a un modelo externo a la persona del deudor.

De tal modo, que se trata de una objetividad de la medida de lo debido (determinado al margen de las aptitudes del sujeto) y no del modelo con que se valorarían las aptitudes personales del sujeto. Se trata de objetividad de la medida, no de la valoración, según el modelo del buen padre de familia (53).

---

(47) Cfr. VISINTINI, «Dottrine...», cit., p. 402, y «La responsabilità...», cit., p. 171; GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., p. 271, y CATTANEO, «La responsabilità del professionista», Milán, 1958, pp. 53-4.

(48) Vid. voz «Negligenza», en *Noviss. Dig. it.*, XI, Turín, 1965, p. 191.

(49) Cfr. BIANCA, op. últ. cit., p. 192.

(50) Cfr. BARASSI, op. cit., p. 16; ROPPO, «Il contratto», cit., p. 251; BIANCA, op. últ. cit., p. 192; RODOTÁ, voz «Diligenza (dir. civ.)», en *Enc. Dir.*, XII, Milán, 1964, pp. 539 y ss., MANCINI, op. cit., p. 27.

En España, vid. Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., pp. 711-2; Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 247; ESPÍN, op. cit., pp. 202-3.

(51) Cfr. RODOTÁ, op. últ. cit., p. 540.

(52) BIANCA, *ibidem*, p. 192.

(53) Cfr. MANCINI, op. cit., p. 27.

El carácter de la objetividad de la diligencia resulta con especial claridad del texto de la *Relazione del Codice civile italiano*, Libro IV, n. 25: «Il criterio della

El carácter objetivo de la diligencia no es sino una afirmación del cambio de perspectiva producido en el Derecho de obligaciones, desde la sanción (que propende por una valoración subjetiva de las aptitudes e intenciones del sujeto) hacia la tutela del crédito que, por el contrario, propende por asegurar la realización del interés del acreedor en fuerza de establecer la medida de lo debido al margen de aquellas intenciones y aptitudes.

Este carácter objetivo de la diligencia (determinación del comportamiento debido al margen de las aptitudes subjetivas del deudor) no es incompatible con su carácter elástico, en el sentido de dar cabida en la valoración de la conducta debida a las diversas circunstancias en que ésta se produce (54). Así, no es lo mismo operar en un hospital con todos los adelantos técnicos disponibles, que sobre el escenario de un aparatoso accidente y utilizando equipos sanitarios de emergencia. El carácter elástico de la diligencia no menoscaba, sin embargo, su carácter objetivo. Aquello que en el ejemplo puesto se exige del médico cirujano es en todo caso una cura adecuada (diligente), es decir, aquélla que puede exigirse de un buen profesional y no de las singulares aptitudes de aquel concreto médico interviniente. La consideración de las circunstancias concretas de la intervención quirúrgica modaliza el juicio de diligencia, pero no lo priva en ningún caso de su carácter objetivo. Del médico se exige aquello que es exigible de un buen profesional en una u otra circunstancia (con o sin el material hospitalario), pero nunca el límite de lo exigible coincide con las singulares aptitudes del sujeto (mientras así no se pacte expresamente, que es tanto como excluir la aplicación del modelo objetivo del artículo 1.104 C. c.).

Resalta —originalmente— este carácter elástico de la diligencia el artículo 1.104 del C. c. cuando habla de las «circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar».

La diligencia es, además, un criterio de valoración de conductas relativo, conmisurado a la naturaleza de la actividad de que se trate.

diligenza richiamato in via generale nell'art. 1.176 come misura del comportamento del debitore nell' eseguire la prestazione dovuta, riassume in sé quel complesso di cure e di cautele che ogni debitore deve normalmente impiegare nei soddisfare la propria obbligazione... si tratta di un criterio obiettivo e generale, non soggettivo e individuale: sicchè non basterebbe al debitore, per esimersi da responsabilità, dimostrare di avere fatto quanto stava in lui per cercare di adempiere esattamente l'obbligazione».

(54) Cfr. BARASSI, op. cit., p. 16; MOSCO, voz cit., pp. 415-6, y CATTANEO, op. cit., p. 64.

En España, cfr. Díez-PICAZO, op. últ. cit., pp. 711-2: «los conceptos de diligencia y de negligencia constituyen, en definitiva, standards jurídicos o criterios generales de valoración de conductas, que habrán de ser empleados según las circunstancias de cada caso concreto»; y LACRUZ, op. cit., p. 103, quien resalta en modo especial este carácter elástico de la diligencia y pone como ejemplo el de la diferente diligencia exigible en el guardarropa improvisado del casino de un pueblo en fiestas y en el de la Academia de Ciencias Morales.

También este carácter de la diligencia se señala en la *Relazione* del Código civil italiano, n. 25: «... avuto riguardo alla natura del particolare rapporto ed a tutte le circostanze di fatto che concorrono a determinarlo...»

Así se desprende del propio artículo 1.104 cuando dice que «la culpa o negligencia del deudor consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación». Una importante aplicación de esta regla es la de que la diligencia exigible a los profesionales se conmisura con arreglo al nivel técnico de un buen profesional del ramo (55).

De ahí que se haya podido decir, que el buen padre de familia en palabras menos tradicionales se transforma en un modelo ideal, objetivo y típico de cada actividad, en un «operador medio del sector al que se refiere la relación contractual —mejor obligatoria— en cuestión» (56). O, como se ha dicho en España, la diligencia del buen padre de familia, en realidad expresa «la diligencia de un sujeto normalmente cuidadoso en el ámbito de su actividad» (57).

Sin embargo, la doctrina es también unánime en el precisar que el carácter medio de la diligencia exigible no es sinónimo de mediocridad, ni la normalidad sinónimo de conformismo. De este modo se acentúa el carácter deontológico del buen padre de familia frente a una consideración puramente estadística de dicho modelo de conducta (58). Aquello que se exige del deudor no es lo que normalmente se practica en el tráfico, sino aquello que la conciencia social —de la que se hace intérprete la jurisprudencia— considera racionalmente como debido, justamente exigible de un profesional tipo.

No se exige aquello que se hace en la práctica social (que no necesariamente coincide con aquellas exigencias), sino aquello que se debe (o se debería) hacer.

Este carácter deontológico de la diligencia del buen padre de familia explica, a su vez, su carácter evolutivo, paralelamente el desarrollo de la conciencia social de cada época (59).

---

(55) Cfr. LACRUZ, op. cit., *ibidem*.

En Italia, vid. CATTANEO, op. cit., p. 60. Así resulta del segundo párrafo del art. 1.176 C. civ. it. por lo que se refiere a las actividades profesionales (Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata). Dicho párrafo no es sino una aplicación de la regla general (implícita en Italia) que conecta la diligencia a la naturaleza de la actividad ejercitada. Ello resulta con claridad, asimismo, del texto de la citada *Relazione*: «Ma, d'altra parte, è un criterio che va commisurato al tipo speciale del singolo rapporto; per questo nel secondo comma dell'art. 1.176, è chiarito a titolo di esemplificazione legislativa, che, trattandosi di obbligazioni inerenti alla organizzazione o all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi avuto riguardo alla natura dell'attività esercitata».

(56) ROPPO, op. ult. cit., p. 251.

(57) LACRUZ, op. cit., *ibidem*.

(58) Cfr. BARASSI, op. cit., p. 16; ROPPO, *ibidem*, p. 251; CATTANEO, op. cit., p. 61; BIANCA, voz cit., p. 195; RUGGIERO-MAROI, «Istituzioni di Diritto civile», Milán, 1964, p. 85; Rodotà, voz cit., pp. 544 y ss.

(59) Vid. MOSCO, voz cit., p. 415; RUGGIERO-MAROI, op. y loc. cit.

Tanto el carácter deontológico como el evolutivo de la diligencia aparecen también en el texto repetidamente citado de la *Relazione* al Código italiano: «la figura del *bonus paterfamilias* non si risolve nel concetto di «uomo medio» ricavabile dalla pratica della media statistica; ma è un concetto deontologico, che è

Es mérito de Giorgianni (60) y de Rodotà (61) el haber puesto de manifiesto la evolución que se ha experimentado detrás de la expresión tradicional «buen padre de familia». Evolución que se explica porque el buen padre de familia es el metro de la actividad dirigida a la tutela de intereses ajenos, de modo que está implícito en su contenido la idea de una especial dedicación que debe guiar al obligado. Así, el buen padre de familia asume un significado más próximo a la tutela de la expectativa creditoria. Deja de ser un hombre medio (en el sentido de mediocre) —lo que parecía ligado al sistema de la tripartición de la culpa— y se convierte en atención al interés creditorio en un buen deudor (buen profesional, etc.).

La transformación operada en el seno del buen padre de familia afecta a la propia idea de diligencia, que, acentuando su carácter relativo, se adecúa a las características de cada relación obligatoria, superando así la tradicional gradación establecida en su seno.

Todo ello en el contexto (62) de una orientación legislativa más atenta a los resultados objetivos del comportamiento que a la voluntad que en ellos subyace, y por tanto propendente a exigir del sujeto el esfuerzo más adecuado para la obtención del resultado debido. Orientación legislativa que se explica por la exigencia de la tutela del crédito que demanda, a su vez, un «buen» o «notable» nivel de diligencia, con el consiguiente «ocaso del hombre medio» (63), del que serían pruebas la tendencia general a la agravación de la responsabilidad y la acentuación de la idea de organización frente a la de diligencia en las prestaciones empresariales.

Al final de este proceso, la culpa-diligencia es un criterio que fija «el standard mínimo inderogable de compromiso y esfuerzo que todo deudor está generalmente obligado a asegurar al acreedor», sin que razones inherentes a la persona o a la esfera subjetiva del deudor puedan justificar su disminución (64).

### 1.2. *Contenido de la noción de diligencia.*

En el modelo de conducta del buen padre de familia se incluyen todo un conjunto de cuidados y cautelas, tales de poner en acto una conducta idónea (diligente) para la obtención del resultado perseguido, con independencia de que éste se consiga efectivamente o no.

En la determinación del contenido de la culpa (que es lo mismo

---

frutto di una valutazione espressa dalla coscienza generale. È il modello di cittadino e di produttore, che a ciascuno è offerto dalla società in cui vive; modello per sua natura mutevole secondo i tempi, le abitudini, i rapporti economici e il clima politico».

(60) Voz «Buon padre di famiglia», en *Noviss. Dig. it.*, II, Turín, 1957, pp. 596 y ss.

(61) Voz «Diligenza», cit.

(62) RODOTÀ, voz cit., p. 545.

(63) Cfr. GIORGIANNI, voz cit., pp. 597 y ss.

(64) ROPPO, «Il contratto», cit., p. 252.

que determinar negativamente el contenido de la diligencia) es frecuente la remisión por la doctrina civilista a aquellos mismos supuestos que se consideran por el Derecho penal como causas del delito culposo (65): la negligencia, la imprudencia, la impericia y la inobservancia de leyes y reglamentos. De este modo se tiende a elaborar una noción civil de culpa que abarque todos los aspectos contenidos en la noción penal de la misma.

Así se habla (66) de la observancia de la debida cautela como uno de los momentos necesarios de la diligencia. De tal modo que el esfuerzo diligente debe prever prudentemente aquellos impedimentos que incidiendo en la realización de la prestación puedan perjudicar su resultado. De manera que el deudor está obligado a la realización de una prestación de «contenido prudente», determinándose como consecuencia de esta concepción de lo debido, un amplio margen para el concurso entre responsabilidad contractual y extracontractual cada vez que se lesione un interés del acreedor que no sea el principal del contrato (prestación) pero que esté ligado esencialmente al cumplimiento de éste. Y ello porque la lesión de ese interés no prestacional se produce en virtud de la violación del deber contractual (accesorio) de diligencia como contenido prudente de la prestación (es ésta, imprudentemente realizada, la que causa el daño).

Así se habla, también, de la diligencia como observancia de normas jurídicas (67), en cuanto tal observancia constituya el medio útil para la consecución del resultado debido o para el respeto de la esfera jurídica del acreedor. De modo que la violación de normas jurídicas es relevante a los fines del cumplimiento, en tanto su observancia sea útil para la consecución del fin contractual.

Pero, sobre todo, y como consecuencia de la noción de diligencia que resulta acogida en el Código civil, objetiva, general y relativa (adecuada a las exigencias de cada relación obligatoria), se habla de diligencia como observancia, también, de reglas técnicas, esto es, diligencia como pericia (68).

De forma, que la impericia no es sino una forma de la culpa, que, a su vez, consiste siempre en la violación (objetiva) de una norma de conducta. Cuando se trata de impericia, la particularidad reside en que tratándose de prestaciones técnicas, aquella norma de conducta, en vez de venir dada por la experiencia común, viene dada por el buen hacer de un arte, profesión u oficio, es decir, por sus reglas técnicas. La impericia (que es una forma de manifestarse la culpa) es una no-

---

(65) Cfr. GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., p. 272; BIANCA, voz cit., página 193; CATTANEO, op. cit., p. 57.

(66) Cfr. BIANCA, «Dell'inadempimento...», cit., pp. 33 y ss., y voz cit., página 193. Vid, también, MACCARONE, op. cit., p. 15.

(67) BIANCA, «Dell'inadempimento...», cit., pp. 41 y ss., y voz cit., p. 194. Vid., también MACCARONE, op. cit., pp. 18 y ss.

(68) Vid. CATTANEO, op. cit., pp. 55 y ss.; MOSCOI, voz cit., pp. 416 y ss.; GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., pp. 270 y ss. y voz «Inadempimento», cit., p. 881; BIANCA, «Dell'inadempimento...», cit., pp. 39 y ss. y voz cit., p. 193; MACCARONE, op. cit., pp. 17 y ss.

ción objetiva como la culpa misma, porque la violación de la norma de conducta (técnica en este caso) se produce con independencia de la buena o mala voluntad del sujeto obligado y al margen de cuáles sean sus concretas aptitudes.

Esta inclusión de la pericia en el ámbito de la diligencia (y consiguientemente de la impericia en el de la culpa-negligencia) resulta con claridad del sistema legislativo. Ante todo, debe tenerse en cuenta la regla general que se sienta en el propio artículo 1.104 C. c., párrafo primero, cuando dice que la culpa o negligencia «consiste en la omisión de aquella diligencia que exija la naturaleza de la obligación». De esta regla general se extrae sin dificultad que cuando el contenido de la obligación sea una prestación de carácter técnico, los criterios de valoración de su idoneidad (diligencia) serán también técnicos y precisamente los propios de la actividad debida de que se trate (médicos, arquitectónicos, artesanales, artísticos, etc.) (69).

De esta regla general se encuentra confirmación en el sistema legislativo para singulares hipótesis que constituyen aplicación de la misma. Se trata de ejemplificaciones legislativas de la regla, que no se agota, por tanto, en ellas, sino que se aplica a todas las demás hipótesis de prestaciones técnicas aunque no estén específicamente contempladas. Entre los ejemplos particularmente considerados por el legislador pueden mencionarse como casos significativos: el artículo 79 de la Ley de Sociedades Anónimas («Los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado comerciante y de un representante leal»); el artículo 256, apartado b) de la Ley de Reforma y Desarrollo Agrario (que se refiere al «uso y costumbre de un buen labrador» como criterio de diligencia); los artículos 120 y 121 de la Ley de Navegación Aérea, que se refieren a la diligencia —no puede ser sino técnica— del transportista y de sus empleados; el artículo 8 de la Ley de 22 de diciembre de 1949, sobre conocimientos de embarque, que se refiere a la culpa náutica del capitán, piloto, marineros u otro personal del buque.

De este modo se confirma la recepción legislativa del principio romano (seguramente tardío), después acogido por Domat, de que *«imperitia culpa adnumeratur»* (70).

(69) En Italia, se llega a la misma conclusión sobre la base conocida del segundo párrafo del art. 1.176 C. civ. it. y toda una serie de normas que se modelan sobre el mismo (art. 2.104 que se refiere a la diligencia del trabajador; art. 2.174 que refiere a la diligencia del «buen criador» de ganado, etc.).

También se argumenta —GIORGIANI, op. y loc. últ. cit.; BIANCA, voz cit., loc. últ. cit.— sobre el art. 2.236 del C. civ. it., en el sentido de que la responsabilidad del deudor de una prestación de actividad técnica sólo por culpa grave cuando existan problemas técnicos de gran dificultad, no tiene sentido si referida al esfuerzo o atención (que a mayor dificultad del problema a resolver, han de ser también mayores), y sí en cambio si referida a la pericia, a los conocimientos técnicos necesarios.

Se trata siempre de aplicaciones de la regla general del art. 1.176, párrafo segundo, que impone la valoración técnica de la diligencia cuando se trata de prestaciones de este carácter.

(70) Se trata del célebre fragmento del Digesto, atribuido a ULPIANO (D. 19,

Concebida la diligencia de este modo, la impericia es un caso de «*culpa in adimplendo*» y no de «*culpa in contrahendo*» (71), porque con independencia de la conciencia del deudor al momento del contrato de su propia insuficiencia (conciencia que, por otra parte, no siempre existirá), la impericia manifestada en fase de ejecución de la prestación es de por sí sola relevante como realización de una conducta contraria a la debida. Y ello al margen de lo que suceda en la psique del obligado. De forma, que al acreedor para hacer valer su derecho, le basta esta violación contractual, sin tenerse que remitir a la fase precontractual, en la que no siempre existirá una violación del deber de buena fe por parte del deudor y, cuando exista, sólo entra en juego la responsabilidad por el interés contractual negativo.

Claro es, que si el acreedor conoció las reales aptitudes del sujeto deudor, o las pudo conocer con la debida diligencia, la medida de la diligencia a emplear por el deudor se reconduce tácitamente a dichas aptitudes (72).

Finalmente, también se ha hablado de la diligencia —a veces incluida en la pericia— como utilización de los instrumentos materiales adecuados para la realización del fin perseguido. Instrumentos, que sin ser excepcionales (en defecto de pacto expreso al respecto, lo que es presupuesto siempre de la aplicación del criterio general del artículo 1.104 C. c.), tampoco deben estar por debajo de aquello que la técnica común estima necesario (73).

### 1.3. Gradación y menor rigor

En la época postclásica y justiniana del Derecho romano (74) aparecen, como herencia de las valoraciones hechas en la época clásica

2,9, p. 5) que recoge, a su vez, la máxima atribuida a CELSO («*Celsus etiam imperitiam culpa adnumerandam libro octavo digestorum scripsit*»).

Se trata, seguramente, de una interpolación operada en el momento en que la culpa se eleva a criterio fundamental de responsabilidad, y, por tanto, a metro en que se mide la responsabilidad por *imperitia*, que, como tal, era preexistente. La máxima que conecta la responsabilidad por impericia a la culpa como principio general de responsabilidad, es posterior a CELSO y ULPIANO, de carácter, por tanto, postclásico o bizantino. (Cfr. ARANGIO-RUIZ, «Responsabilità contrattuale...», cit., p. 196).

(71) Cfr. MANCINI, op. cit., pp. 32 y ss.; CATTANEO, op. cit., pp. 56 y ss., y Mosco, voz cit., p. 416.

La adopción de un concepto diverso de diligencia (que no incluya en él a la pericia) junto a la necesidad innegable de afirmar la responsabilidad por impericia, conduce a soluciones insatisfactorias.

(72) Cfr. BIANCA, «Dell'inadempimento», cit., p. 41.

En caso de falta de diligencia del acreedor en el período de prueba, se aplicarían las reglas del concurso de culpas en la producción del daño, con iguales resultados prácticos. (Vid. MANCINI, op. y loc. últ. cit.).

(73) Cfr. BIANCA, op. últ. cit., pp. 43 y ss., y voz cit., p. 193; MACCARONE, op. cit., p. 18.

(74) Cfr. ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», cit., pp. 387 y ss.; JÖRS-KUNKEL, op. cit., pp. 257 y ss.; RUGGIERO-MAROI, op. cit., pp. 83 y ss.; TALAMANCA, voz «Colpa civile (storia)», en *Enc. Dir. VII*, Milán, 1960, pp. 517 y ss.; Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 712; LACRUZ, op. cit., p. 103; CASTÁN, op. cit., pp. 168-9.



en uso de la *bona fides*, las gradaciones de la culpa. Inicialmente se trataba de una bipartición, a la que como consecuencia de la interpretación de algunos textos por los glosadores se añadió la *culpa levissima*.

Así se hablaba de una *culpa levis* para designar la violación de aquel cuidado que el hombre normal (*bonus paterfamilias*) pone en sus asuntos; de *culpa lata* para designar la negligencia extraordinariamente grave, la más burda incuria, la violación de aquella diligencia que incluso los hombres de aplicación y cuidado inferiores a la media observan. Junto a éstos, los glosadores forjaron un tercer grado de la culpa (*culpa levissima*) consistente en la violación de aquel cuidado y atención que sólo los hombres particularmente cuidadosos utilizan.

Esta tripartición de la culpa se coordinaba —siguiendo las huellas de los *iudicia bonae fidei* de la era clásica del Derecho romano— con una tripartición de relaciones obligatorias según que de las mismas trajesen ventaja una, otra o entrambas partes de las mismas.

De modo que, según los glosadores, cuando el interés era sólo del acreedor se aplicaba la *culpa lata*, cuando sólo del deudor la *levissima*, y cuando de las dos partes, la culpa leve.

Junto a estas tres clases de culpa modeladas sobre un tipo abstracto de deudor, desde la época postclásica había surgido la *diligentia quam in suis* como modelo concreto, medido por el grado de cuidado que un singular deudor emplea en sus cosas.

Esta tripartición de la culpa, acogida por Pothier (75), no fue recibida por el Código napoleónico, que en su artículo 1.137 establecía el módulo del buen padre de familia para la obligación de custodiar «*soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune*». Expresión ésta, que poniendo de manifiesto la irrelevancia del interés afectado en la obligación, atacaba el centro mismo de la teoría de la tripartición de la culpa.

En cambio, el Código francés establecía que el criterio de la diligencia, unificado en el buen padre de familia, «*est plus ou moins étendue, relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent*» (art. 1.137, segundo párrafo).

Por otra parte, el artículo 1.927 del Código francés, disciplinando el depósito, impone al depositario la diligencia «*qu'il apporte dans la garde des choses qui lui appartiennent*», recogiendo, por tanto, en el ámbito del depósito la diligencia *quam in suis*.

Estos precedentes influyeron notablemente en la redacción del Có-

---

(75) En su «Tratado de las obligaciones», I, 1, n. 142 (op. cit., pp. 83-4) distingue POTHIER: el supuesto del depositario (que custodia en interés del acreedor y responde por tanto sólo de culpa lata); el supuesto del vendedor, que responde de la custodia de la cosa vendida por culpa leve (al tratarse de un contrato de utilidad común para ambas partes); y el del comodatario, que recibiendo la cosa en su interés exclusivo, responde de la custodia de la cosa por culpa levísima.

digo italiano de 1865, que en su artículo 1.124 recogía, también la referencia al mayor y menor rigor en la aplicación del modelo del buen padre de familia, así como una remisión al artículo 1.843 C. civ. it. de 1865, que se refería precisamente a la diligencia «*quam in suis*» del depositario. En cambio, el Código italiano de 1865 innovó al francés en lo que se refiere al ámbito de la norma de la diligencia, pues mientras el Código napoleónico se refería sólo a la custodia, el artículo 1.224 del Código de 1865 se refería indistintamente a todas las obligaciones.

Idéntica generalización del ámbito de la diligencia se contenía anteriormente en el Proyecto de García Goyena de 1851 (art. 1.013), Proyecto que tampoco siguió al Código francés en materia de mayor y menor rigor de la aplicación del modelo general de la diligencia, ni consagró la diligencia «*quam in suis*» del depositario.

La generalización del ámbito de aplicación de la diligencia, como ha puesto de manifiesto Visintini (76), no se consideró en su momento como innovadora, pues recogía toda una tradición doctrinal francesa posterior a la elaboración del Código napoleónico. Doctrina que había puesto de relieve, que siendo general la «*théorie de la prestation des fautes*», el único texto que la recogía (art. 1.137 C. c. francés), no podía dejar de tener ese mismo alcance general a pesar de los estrechos términos del mismo.

El circunscribir la teoría de la culpa al ámbito de la custodia, derivaba de la sistemática de Pothier, que se ocupaba de la misma precisamente en aquel ámbito. Habiendo superado el Código a Pothier en lo sustantivo (eliminación de la tripartición de la culpa), los comentaristas lo superaron también en lo sistemático, extendiendo la teoría de la culpa a todas las obligaciones (77).

Así, el discurso sobre la generalización de la diligencia y el de su unificación en el buen padre de familia van unidos. Por ello se plantea con especial interés por la doctrina de la época el significado del «mayor o menor rigor» y el problema de la subsistencia o no de la tradicional distinción *entre les fautes*.

Las posturas doctrinales se resumen así por Rogron (78): 1) Negativa de la subsistencia de la tripartición, en base a los claros términos de la primera parte del artículo 1.137 y de los trabajos preparatorios del Código. 2) Opinión —a la que se adhiere el citado comentarista, y que llegó a ser entonces la predominante— de que la regla general es la del artículo 1.137, que, sin embargo, presenta ciertas excepciones para determinados contratos. 3) El artículo 1.137 se remite a la valoración judicial, que apreciará en cada caso, según las circunstancias del contrato, la medida de la responsabilidad.

En cualquier caso, la doctrina francesa puso de manifiesto (antici-

(76) Vid. «La responsabilità contrattuale», cit., p. 123.

(77) Vid. VISINTINI, op. últ. cit., p. 128.

(78) «Codes français expliqués», I, París, 1836, «Question: Le Code a-t-il conservé les distinctions de l'ancien droit entre les fautes?», p. 211, *sub* art. 1.137 C. civ.

Una exposición detallada del desarrollo doctrinal posterior al Código Napoleón, en VISINTINI, «La responsabilità...», cit., pp. 125 y ss.

pándose a la italiana y española) la artificiosidad de la tripartición de la culpa, y supo trazar una clara distinción entre el problema de la responsabilidad y el de la determinación del contenido de la prestación según el criterio de la diligencia (79).

Con estos antecedentes se produce la codificación española de 1889, y en ella aparecen los artículos 1.103 y 1.104 del C. c.

El Código civil vigente, a diferencia del Proyecto de García Goyena, recoge la tradición francesa del «menor o mayor rigor» en la aplicación del criterio general de la diligencia. Así, se dice en el artículo 1.103 C. c. que la responsabilidad que proceda de negligencia «podrá moderarse por los Tribunales según los casos».

En cambio, el Código vigente, al igual que el Proyecto de García Goyena y a diferencia del Código francés, mantiene la regla general de la diligencia en el ámbito del depósito sin dar carta de naturaleza a la diligencia «quam in suis» del depositario. A estos efectos, es significativo que el artículo 1.766 C. c. (al igual que el art. 1.669 del Proy. de García Goyena) que se ocupa de la diligencia del depositario, contenga una remisión expresa a las reglas generales (arts. 1.103-4) (80).

El Código actual no altera la novedad que el Proyecto de García Goyena introdujo en su día, manteniendo en el artículo 1.103 C. c. el carácter general de la diligencia («La responsabilidad que proceda de negligencia es igualmente exigible en el cumplimiento de toda clase de obligaciones»).

De modo que si, por una parte, el intento unificador del legislador resulta claro, en el sentido de colocar como fundamento de la disciplina del cumplimiento de las obligaciones la medida de la diligencia referida (como regla) al tipo clásico del buen padre de familia, queda por explicar cómo ese modelo unitario (que abole la tripartición tradicional) se ve afectado por la existencia de una cláusula general que permite que la diligencia se aprecie con mayor o menor rigor, así como por la presencia de supuestos singulares que parecen confirmar la coexistencia de diversos niveles de diligencia (más o menos rigurosos) en el sistema del Código.

La doctrina se muestra casi unánime en la necesidad de mantener la unidad del criterio general de la culpa, poniendo de manifiesto que

(79) Cfr. VISINTINI, *ibidem*, p. 136.

(80) En Italia, también el Código de 1942 (art. 1.176 C. civ.) ha mantenido el carácter general de la norma de la diligencia para todas las obligaciones. Si bien se ha introducido una modificación sistemática que no ha pasado inadvertida a la doctrina: la norma general de la diligencia ya no está en la sede de la responsabilidad contractual (arts. 1.218 y ss. C. civ.), sino en la del cumplimiento de las obligaciones. Este cambio de sede sistemática, ha sido muy tenido en cuenta por la doctrina italiana a la hora de discutir la función (o funciones) de este criterio de conducta.

También ha desaparecido en Italia con el nuevo Código la remisión que en la sede del depósito contenía el Código de 1865 a la diligencia *quam in suis* (cfr. el nuevo art. 1.768 del C. civ. it.). La desaparición de este criterio se justifica en la *Relazione* del Libro de las obligaciones (n. 25): «... perchè esso non dava alla responsabilità del debitore una base certa, come la dá la diligenza in astratto, e poteva anche spingere verso una responsabilità più rigorosa».

el mayor o menor rigor de su aplicación se refieren siempre a la *culpa levis*, que no se eleva o degrada, según los casos, a *levissima* o *lata* (81). De tal modo que la gravedad mayor o menor del juicio de diligencia, su aspecto cuantitativo, se refiere siempre al único módulo del buen padre de familia.

Así, la doctrina tendente a mantener la unidad del módulo de la culpa, ha sostenido que en los casos que a veces se presentan como respondientes a un criterio más elevado de diligencia que el normal (transporte de personas, diligencias de la banca en el arrendamiento de cajas de seguridad, comodato), en realidad se trata de una aplicación de la diligencia normal, conmisurada sin embargo, con arreglo a la norma general del artículo 1.104-1.º a la naturaleza de la relación o actividad de que se trate (82).

Los supuestos de menor rigor en la valoración de la diligencia —que para alguno en los casos de gratuidad (cfr. art. 1.726 C. c.) sería expresión de una regla general que conecta el rigor de la responsabilidad con la presencia del correspectivo o con su cuantía (83), dejando a salvo los casos en que están en juego bienes fundamentales— se explicarían, por el contrario, como supuestos en que el menor rigor se expresa no en la severidad del juicio (en el *an* de la responsabilidad), sino en la cuantía del resarcimiento (*quantum* de la responsabilidad) (84).

Este es precisamente el sentido del mayor o menor rigor de la diligencia en la cláusula general del artículo 1.103 del C. c., fórmula

(81) Cfr. ALBALADEJO, op. cit., p. 118; Díez-PICAZO, op. últ. cit., pp. 712-3; ZANA, «Valutazione con minor rigore della responsabilità per colpa», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1974, pp. 19 y ss.; RUGGIERO-MAROI, op. cit., p. 86; MATORCA, voz «Colpa civile (teoria generale)», en *Enc. Dir.*, VII, Milán, 1960, p. 581.

(82) Cfr. BIANCA, voz cit., p. 195; NATOLI, op. cit., pp. 109 y ss. ZANA, op. cit., p. 23.

(83) Cfr. BARASSI, op. cit., p. 29; BIANCA, ibidem, pp. 195-6.

(84) Cfr. Díez-PICAZO, op. y loc. últ. cit., ALBALADEJO, op. y loc. últ. cit. y LACRUZ, op. cit., p. 104.

En Italia, cfr. NATOLI, op. cit., p. 107; ZANA, op. cit., *passim*.

En contra, BIANCA, voz cit., p. 196, para quien se trata de una disminución del grado de diligencia impuesto al sujeto. Para NATOLI, sólo los casos de la *culpa lata* (arts. 491, 789, 2.236 y 2.864 del C. civ. it.) serían expresión de un grado de diligencia inferior al normal (la *nimia* o *magna negligentia*) (op. cit., p. 106). Cfr., también, ZANA, op. cit., p. 22.

En la fórmula italiana del art. 1.176 del C. civ. de 1942 ha desaparecido la remisión que se contenía en el art. 1.224 del Código de 1865 a los supuestos de mayor o menor rigor.

Pero aquí el motivo de la supresión es distinto, obedece a razones de obvedad, como también explica la *Relazione* (n. 25) «... per questo, inoltre, per quanto sia apparso superfluo riprodurre il secondo comma dell'art. 1.224 C. civ., è da ritenersi certo che sussistono anche nel nuovo sistema dei casi in cui la diligencia deve apprezarsi con minore o con maggiore rigore».

Los supuestos de menor rigor que el Código vigente consagra (aparte de los ya citados de la culpa lata), son en Italia el mandato gratuito (art. 1.710 C. civ. it.), el depósito gratuito (1.768) y la gestión de negocios (art. 2.030).

El primero y el último, que se recogen también por el Código español, derivan del Código francés (arts. 1.992 y 1.374, respectivamente).

que se repite en dos casos específicos: el mandato (art. 1.726 C. c.) y la gestión de negocios (art. 1.889 C. c.).

La moderación por los Tribunales a que se refiere el artículo 1.103 al hablar de la responsabilidad por negligencia, se refiere a la cuantía de la responsabilidad y no a su determinación en virtud de un criterio de diligencia menos riguroso, pues lo que se produce es una «moderación» en la aplicación del criterio establecido en forma general por el Código y no la aplicación de un criterio distinto (que así como las partes sí lo pueden establecer, el Código sólo contiene uno para el caso de que expresamente no se establezca otro). Esto se deduce con mayor claridad de una de las aplicaciones legislativas de la cláusula general del artículo 1.103. Así, en el artículo 1.889-2.º se dice que «los Tribunales, sin embargo, podrán moderar la importancia de la indemnización según las circunstancias del caso».

Así pues, el juicio de diligencia menos riguroso (o «moderado» por los Tribunales) no es un juicio cualitativamente menos riguroso (en base a un criterio de diligencia inferior al del artículo 1.104 C. c.), pues ello menoscabaría la norma general en dicho artículo contenida y pondría en peligro la objetividad misma del juicio. Por otra parte, es evidente la inexistencia en el Código de un criterio general de diligencia distinto del consagrado en el artículo 1.104 (85).

En resumen, el actual Código no recoge la tradicional doctrina de la tripartición de la culpa, sentando claramente, en cambio, un criterio único y general de diligencia: el buen padre de familia (art. 1.104) que se aplica siempre que no exista otro diverso establecido por las partes. Este carácter único y general no se quebranta, ni por la adaptación del criterio general a la naturaleza propia de cada obligación (artículo 1.104-1.º), ni por la moderación que en la cuantía del resarcimiento pueden establecer los Tribunales, al aplicarlo atendiendo a las circunstancias de la obligación (art. 1.103).

#### 1.4. *Elogio y crítica del buen padre de familia*

La figura del *bonus, diligens paterfamilias*, expresión que en su origen romano es sinónimo no de padre de familia, sino de hombre *sui iuris*, de persona o sujeto de derecho (86), se ha incorporado a la tradición jurídica latina como metro tradicional del esfuerzo diligente.

El buen padre de familia aparecía mencionado en las fuentes no jurídicas de la edad republicana (Cicerón, Catón, Varrón) como cuida-

(85) En este sentido es reveladora la no comparecencia en el Código de la diligencia *quam in suis*, a la que se remitía en los casos del menor rigor la doctrina italiana bajo la vigencia del Código de 1865, como consecuencia de concebir este criterio de diligencia concreto como una atenuación del general y abstracto de la *culpa levis*. De manera que sobre las normas del depósito (una de las excepciones a la aplicación de la diligencia en concreto era la presencia de la retribución) se constituía a la diligencia *quam in suis* como criterio general de diligencia menos rigurosa. (Cfr. ZANA, op. cit., pp. 30 y 33).

(86) Vid. GIORGIANNI, voz «Buon padre di famiglia», cit., p. 596; NATOLI, op. cit., p. 98.

doso jefe de la explotación doméstica rural. Pronto esta figura tocó los confines del Derecho de obligaciones, y el amor a la construcción y generalización de épocas posteriores lo convirtió en metro universal de la culpa (87).

La crítica de este modelo por la doctrina alemana (Menger, Puchta, Gierke), basada en su indeterminación y vetustez, determinó su desaparición del proyecto del B.G.B., que sustituyó el *ordentlich Hausvater* por la diligencia requerida en el tráfico (*in Verkehr erforderlich Sorgfalt*) (88).

A estas críticas se ha respondido (89) que el legislador latino ha hecho bien en conservar el módulo tradicional, porque la vieja fórmula, por su antigüedad, contiene una nobleza expresiva que en vano se podría encontrar en fórmulas modernas, y que el hecho de conservarse inalterada, es precisamente el resultado de su adaptación a las nuevas necesidades. De forma que la elasticidad de la fórmula del buen padre de familia, lejos de ser un inconveniente, se convierte en su mayor valor, pues le permite ser simultáneamente modelo de conducta del pequeño agricultor y de un profesional técnico altamente cualificado (un ingeniero nuclear, por ejemplo).

De hecho, la moderna crítica pone de manifiesto la transformación que se ha operado detrás de la terminología conservada (90). El peligro que está detrás del uso del modelo tradicional (la confusión de la normalidad con la mediocridad) se afronta con un sustancial cambio de su contenido histórico, con una acentuación del carácter relativo de la diligencia, de su apego a las exigencias propias de cada relación obligatoria. Fue esta exigencia la que trató de satisfacerse en el Derecho intermedio con la multiplicación de los grados de la culpa, y la que subyacía en los Códigos decimonónicos que conservaron la diligencia *quam in suis* y que estatuyeron una cláusula general de aplicación con mayor o menor rigor del criterio general de diligencia acogido.

En este contexto se explica la adecuación de la diligencia a la naturaleza de cada obligación (art. 1.104 C. c.), la inclusión de la impericia en el ámbito de la culpa y la referencia al mismo módulo de

(87) Para unas breves notas históricas, cfr. GIORGIANNI, voz cit., y CANNATA, op. cit., pp. 1006 y ss. Este último pone de relieve el carácter relativamente reciente del modelo.

(88) Para las referencias a las críticas, a veces feroces (e ingenuas, como escribió GIORGIANNI, *ibidem*, p. 596), vid. BARASSI, op. cit., pp. 30 y ss.

(89) Cfr. BARASSI, op. y loc. cit.; GIORGIANNI, *ibidem*.

(90) Cfr. NATOLI, op. cit., pp. 97 y ss.; CANNATA, op. y loc. cit.; CARPONI SCHITTAR, «Il buon padre di famiglia: un parametro in via di superamento (Appunti a margine dell'articolo 1.176 del Codice civile)», en *Temi* 1976, pp. 449 y ss., y allí p. 455 «...Partiendo de esta disposición, debemos observar que parece evidente la necesidad de adecuar la norma (art. 1.176 C. civ. it.) a las nuevas exigencias de una civilización que cada día requiere de sus componentes competencias y prestaciones cada vez más técnicas y especializadas, en las cuales la diligencia (debidamente) progresivamente ya no puede prescindir de una preparación específica a alto nivel (piénsese, casi por reducción al absurdo, en el caso de la diligencia del depositario de individuos hibernizados)».

diligencia en relaciones tan diversas (arts. 270, 497, 1.555-2, 1.719-2.º, 1.889 del C. c.). Así se explica, también, la aparición de locuciones diferentes que acentúan la necesidad de «especialización» de la diligencia: «ordenado comerciante» (art. 79 L. S. A.) y «buen labrador» (art. 256 L. R. y D. A.).

De modo que desde esta perspectiva, el buen padre de familia se presenta como una expresión tradicional y persistente en la que detrás de la conservada terminología se esconde una nueva realidad.

## 2) *El artículo 7-1 C. c. y la norma de la buena fe*

### 2.1. *La buena fe como norma de conducta de carácter general en el Derecho de obligaciones. Ambitos de relevancia de la buena fe en el campo de la responsabilidad contractual*

La introducción de la norma del artículo 7.1 del C. c. con la reforma del Título Preliminar de 1974, ha significado una novedad con relación a la legislación preexistente, si bien que relativa por la presencia en ésta de la norma del artículo 1.258 C. c.

La norma del artículo 7.1 aparece como respuesta a la necesidad de flexibilizar en general todas las relaciones jurídicas; también por tanto las relaciones crédito-deuda, en modo que bajo la apariencia de respeto a su estricto tenor, no venga lesionado el interés del acreedor a ser satisfecho, o el del deudor a no sacrificarse más allá de lo razonable.

Se trata, en suma, de un módulo de conducta que funcionaliza las posiciones de exigencia y sujeción, en modo que los intereses de las partes se compatibilicen armónicamente. O como dice la *Relazione* (n. 13) del Código italiano a propósito del deber general de «*correttezza*» (que es un trasunto del de buena fe) «éste no es sino el deber de comportarse en modo de no dañar el interés ajeno fuera de los límites de la tutela legítima del interés propio».

En Italia la desafortunada vinculación en el propio texto de la *Relazione* del principio de la «*correttezza*» a los principios de la solidaridad corporativa (91) y la misma novedad que suponía la introducción por vez primera de unas cláusulas generales (arts. 1.175 y 1.375 C. civ. it.) que exigían un esfuerzo doctrinal de situación y de búsqueda de aplicaciones prácticas, produjeron en los primeros tiempos un cierto desconcierto, cuando no un explícito rechazo. De modo que no obstante la considerable anticipación legislativa que el Código italiano supuso en este terreno, ha sido la doctrina posterior la que progresivamente ha ido llenando de contenido las normas de la buena fe. Idéntica labor doctrinal se había realizado en España con anterioridad

(91) Lo que, ciertamente, no podía sorprender en un texto como el de la *Relazione*, que había trazado un paralelismo similar al hablar (nada menos que) del buen padre de familia (n. 25): «... oggi il buon padre di famiglia è, in conformità della dottrina fascista, il cittadino o il produttore memore dei propri impegni e cosciente delle relative responsabilità».

a la reforma del Título Preliminar, sobre la base de la consideración pacífica de la buena fe como principio general del Derecho de vigencia incuestionable (92); labor, también aquí, impulsada por la urgencia de dar operatividad real a la vigencia incuestionada de la buena fe.

Ha sido, pues, toda una fructífera labor doctrinal (93) la que ha permitido reconstruir la función y el valor del principio de la buena fe, asignándole un significado progresivamente mayor, en modo que sus aplicaciones prácticas han aparecido cada vez más extensas e importantes.

En este sentido se ha puesto de manifiesto —operada en Italia la separación de la circunstancial unión de los principios de buena fe y «*correttezza*» a las ideas corporativas con la supresión del inciso final

---

(92) Vid. DE LOS MOZOS, «El principio de la buena fe...», cit., p. 123, y, entre otras, la sent. del T. S. de 3 de abril de 1968, que habla de la buena fe como «*principio general de nuestro sistema jurídico*».

(93) Labor doctrinal en la que hay que destacar las aportaciones de MENGONI: «*Obbligazioni di risultato...*» y «*Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*», cit., y de RODOTÀ, «*Il principio di correttezza e la vigenza dell'art. 1.175 C. civ.*», en *Banca bors. e tit. credi.*, 1965, pp. 149 y ss., y «*Le fonti di integrazione del contratto*», Milán, 1969; y de toda una doctrina esforzada en dar un contenido efectivo a las normas de la buena fe y de la «*correttezza*»: Cfr. BETTI, op. cit., pp. 64 y ss.; CATTANEO, «*Buona fede obbiettiva e abuso del diritto*», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1971, pp. 613 y ss.; BRECCIA, «*Diligenza e buona fede nell'attuazione del rapporto obbligatorio*», Milán, 1968; BENNATTI, «*Osservazioni in tema di doveri di protezione*», en *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 1960, pp. 1342 y ss.; ALPA, «*Pretese del creditore e normativa di correttezza*», en *Riv. dir. comm.*, 1971, II, pp. 277 y ss.; STOLFI, «*Il principio di buona fede*», en *Riv. dir. comm.*, 1964, I, pp. 163 y ss.; NATOLI, «*La regola della correttezza e l'attuazione del rapporto obbligatorio*», en *Studi sulla buona fede*, Milán, 1975; VISINTINI, «*Impossibilità della prestazione e giudizio di buona fede*», en *Dir. mar.*, 1977, pp. 3 y ss. y ahora en «*La responsabilità...*», cit., pp. 81 y ss.; BESSONE, «*Adempimento e rischio contrattuale*», cit.; MANCINI, op. cit., pp. 53 y ss.; ROMANO, voz «*Buona fede*», en *Enc. Dir.*, V, Milán, 1959; CARUSI, voz «*Correttezza (obblighi di)*», en *Enc. Dir.*, X, 1962; BONVICINI, op. cit., pp. 295 y ss.; DI MAJO, «*La esecuzione del contratto*», Milán, 1967; RESCIGNO, «*L'abuso del diritto*», en *Riv. dir. civ.*, 1965, I, pp. 205 y ss.

En España, aparte del ya citado libro de DE LOS MOZOS, son de destacar: DÍEZ-PICAZO, «*La doctrina de los propios actos*», Barcelona, 1963; GÓMEZ ACEBO, «*La buena fe y la mala fe: su encuadramiento en la teoría del Derecho y su eficacia en el Código civil*», en R. D. P., 1952, pp. 101 y ss. y 192 y ss. Sobre el abuso del derecho como aplicación más patente de las exigencias de la buena fe: MARTÍN BERNAL, «*El abuso del derecho*», Madrid, 1982 (y allí completa bibliografía). Con carácter general, es fundamental la obra de Cossío, «*El dolo en el Derecho civil*», Madrid, 1955. Además, los comentarios al art. 7 C. c., de BATLLE VÁZQUEZ, en «*Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*», dirigidos por ALBALADEJO, I, pp. 116 y ss., Madrid, 1978, y de MONTÉS PENEDÉS, en «*Comentarios a las Reformas del Código civil*», I, Madrid, 1977, pp. 356 y ss. Recientemente, sobre la buena fe como norma integradora del contrato, es decisivo C. LASARTE, «*Sobre la integración del contrato: la buena fe en la contratación*», en R. D. P., 1980, pp. 50 y ss.

Muy recientemente, sobre la buena fe como principio general y sus principales aplicaciones, con interesantes apuntes acerca de sus posibilidades futuras de desarrollo, cfr. FERREIRA RUBIO, «*La buena fe. El principio general en el Derecho civil*», Madrid, 1984.



de la fórmula originaria del artículo 1.175, que se refería a los principios de la solidaridad corporativa— que en manos del intérprete queda una cláusula general a la que dar contenido a la luz de los nuevos datos sociales y normativos, muy especialmente teniendo en cuenta las nuevas directrices emergentes de la Constitución (94).

Este carácter de cláusula general que tiene la buena fe, resulta con claridad de la fórmula general del artículo 7-1 y de aquella otra del artículo 1.258 del C. c., en las cuales no se indica cuál sea en concreto el contenido de la buena fe, sino que ésta se presenta como una fórmula elástica en la que caben todas las exigencias de lealtad y corrección y que admite toda suerte de adaptaciones a las concretas circunstancias de cada caso.

La buena fe que aquí se considera, no es aquella subjetiva indicadora de un estado personal de ignorancia de estar dañando un derecho ajeno (como, por ejemplo, se aplica en materia de posesión), sino que es aquella objetiva, entendida como modelo ético-jurídico de conducta. Es esta buena fe objetiva como criterio de conducta leal, la que desarrolla una función normativa instrumental con relación al contrato (cfr. art. 1.258 C. c.) o en general con relación al vínculo obligatorio, cualquiera que sea su fuente (95).

Es este parámetro objetivo de conducta leal, el que, a través de su función integradora de la relación obligatoria, revaloriza y modaliza las posiciones de las partes. De modo que si el nacimiento de la obligación, cualquiera que sea su fuente, determina entre las partes posiciones de sujeción y poder (a veces recíprocas), y determina, a su vez, una virtual posibilidad de ingerencia dañosa en la esfera jurídica y personal de la contraparte, se comprende la necesidad de una especial tutela de la confianza que cada parte pone en la lealtad de la otra, la necesidad, en definitiva, de completar con una amplia gama de deberes accesorios el marco de la relación principal crédito-deuda.

(94) Cfr. RODOTÀ, «Le fonti...», cit., pp. 112 y ss., y «Il principio della correttezza...», cit., pp. 154 y ss.

(95) Sobre la distinción entre buena fe objetiva y subjetiva y sus respectivos ámbitos, vid. DE LOS MOZOS, *ibidem*, pp. 45 y ss. y 57 y ss.

Es en este sentido objetivo en que buena fe y «correttezza» coinciden; el principio de actuación leal y correcta que con carácter general impone el artículo 1.175 del C. civ. it. a todo acreedor y deudor recíprocamente, es el mismo que se repite (como una aplicación del anterior) en el ámbito de las obligaciones contractuales por el art. 1.375 del mismo Código, al decir que el contrato debe ser ejecutado según la buena fe.

Por lo que no tiene sentido decir sobre la base del art. 1.375 C. civ. it. (olvidándose el art. 1.175) que la buena fe se aplica sólo en el ámbito de las obligaciones contractuales (BARASSI, op. cit., p. 9). En cambio, la exacta comprensión de la relación existente entre ambos artículos, lleva a concluir que la norma del art. 1.375 C. civ. ante la del art. 1.175 «podría, tal vez, considerarse superflua» (MESSINEO, voz «Contratto (dir. priv.)», en *Enc. Dir.*, IX, Milán, 1961, p. 956).

En España el carácter general del art. 7-1 C. c. (del que es aplicación en el ámbito contractual el art. 1.258) evita toda disquisición sobre el ámbito de aplicación de la buena fe. Esta conclusión, si se quiere, resulta más visible en el Código español, por la identidad terminológica con que la buena fe se designa en general y en el ámbito contractual en particular.

Esta ampliación de la esfera de la relación obligatoria, da como resultado una relación obligatoria de carácter complejo, con la consiguiente insuficiencia y estrechez de su consideración como relación fundamental o simple, circunscrita estrictamente al deber y derecho a la prestación (96).

Esta concepción amplia de la relación obligatoria, explica la supervivencia de la misma después del incumplimiento o imposibilidad de la prestación primaria, cuando permanezca un interés del acreedor o del deudor digno de tutela jurídica según un juicio de buena fe en orden a las respectivas posiciones de las partes. Así se explican los llamados «deberes postcontractuales», surgidos de la relación obligatoria compleja (en este sentido, como pone de relieve Mengoni (97), su calificación, aunque gráfica, es incorrecta, pues la relación subsiste) una vez extinguido el vínculo prestacional principal. Tal es el caso de la obligación de notificar por el deudor de la entrega de una cosa; la imposibilidad sobrevenida de la prestación (aun la liberatoria) al mación del carácter complejo de la relación obligatoria (107), de la que a la propia falta de la prestación (principal) (así, por ejemplo, el acreedor avisado con tiempo puede preparar un cumplimiento sustitutivo rápido, que evite los daños de una espera infructuosa). La infracción de estos «deberes postcontractuales» basados en la buena fe (en el caso citado hay un interés del acreedor que es atendible con arreglo a este criterio de conducta), precisamente porque se basan en la relación obligatoria, dan lugar a responsabilidad contractual que se determina con arreglo a sus reglas generales. La diferencia estriba en la cuantía de la responsabilidad, que cuando se refiere a un deber accesorio basado en la buena fe viene determinada por la lesión del interés del acreedor de que se trate (en el caso citado los daños derivados de la falta de oportuna notificación), mientras que si se trata de la prestación principal aquella cuantía se determina en función de los daños derivados al acreedor por la falta de ésta (interés creditorio primario). Esta distinción permite explicar el que la cuestión de la responsabilidad del deudor (por la sola cuantía del interés del acreedor lesionado) se pueda plantear aun cuando respecto de la prestación principal el deudor —con arreglo a las mismas reglas generales de responsabilidad que en el primer caso lo hacen responsable— resulte irresponsable. Esto se ve muy bien en el caso de «deber postcontractual» citado: aquí la presencia de la imposibilidad sobrevenida de la prestación principal si no es imputable al deudor excluye la responsabilidad del deudor por la falta de su cumplimiento, pero, a su vez, esta liberación no excluye una eventual responsabilidad del deudor (determinada con arreglo a las reglas generales de responsabilidad y sólo por los daños causados por la omitida notificación) si deja de comunicar oportunamente al acreedor el acaecimiento de la imposibilidad liberatoria.

---

(96) Cfr. MANCINI, op. y loc. últ. cit.; MENGONI, «Obbligazioni...», cit., pp. 393 y ss.; CARUSI, voz cit., p. 710.

(97) Op. últ. cit., p. 394.

No comprender la eficacia integrativo-normativa de los artículos 7-1 y 1.258 C. c., es situarlos en un plano genérico, de declaración de principios, ajeno a la aplicación real del Derecho y carente de un verdadero valor normativo.

La buena fe que desarrolla como norma de comportamiento una función integradora de la relación obligatoria, es aquella de origen romanístico de carácter contractual que opera entre sujetos situados en un plano de igualdad; y no aquella otra de origen germánico que opera entre sujetos jerárquicamente subordinados, de tradición feudal (fidelidad, *Treu*) (98). A la primera tradición pertenecen las normas de los Códigos latinos que se refieren a la buena fe en la ejecución del contrato, en tanto que de la segunda derivan las normas de inspiración corporativista (que en España no contaminaron el Derecho privado, pero sí, especialmente, el laboral) felizmente derogadas.

De este carácter integrador unido a la tradición privatista de la buena fe, derivan básicamente dos consecuencias en el ámbito de la responsabilidad contractual (99). Por una parte, al convertirse la buena fe en fuente de obligaciones accesorias de la prestación principal y producirse una integración de la regulación contractual u obligacional, se produce una ampliación del ámbito de la responsabilidad contractual, pues, en efecto, la virtualidad de estas obligaciones accesorias consiste en que la violación de las mismas da lugar a responsabilidad contractual.

Por otra parte, la buena fe se convierte en un instrumento de moderación del (eventual) rigor de la responsabilidad contractual. En la misma medida en que la buena fe limita el poder de exigir que tiene el acreedor sobre el deudor en todos los casos en que la pretensión del primero sería desleal o incorrecta, en esa misma medida se limita el ámbito de lo debido por el deudor, y por consiguiente se aumentan las posibilidades de liberación de éste.

## 2.2. Teoría de los deberes de protección.

Por el primer camino de relevancia de la buena fe antes señalado, se produce la teorización sobre los deberes de protección (100). Teorización que tiene su origen en Alemania (Staub, Stoll, Siebert) y que

(98) Vid. VISINTINI, «Impossibilità...», cit., p. 6 nota 4.

(99) Cfr. VISINTINI, op. últ. cit., p. 5 y «La responsabilità...», cit., pp. 83-4.

(100) Cfr. CARUSI, voz cit., pp. 710 y ss.; VISINTINI, «Impossibilità...», cit., pp. 13 y ss. y «La responsabilità...», cit., pp. 138 y ss.; MAJELLO, «Custodia e deposito», cit., pp. 55 y ss.; MENGONI, «Obbligazioni...», cit., pp. 368 y ss.; MANCINI, op. cit., pp. 2 y ss y 87 y ss.; SCOGNAMIGLIO, voz cit., pp. 675 y ss.; BENATTI, op. cit., *passim*; STOLL, «Abschied von der Lehre von der positiven Vertragsverletzung», en Arch. civ. Praxis, CXXXVI, 1932 y «Die Lehre von der Leistungsstörungen», Tubinga, 1936; SIEBERT, «Treu und Glauben», Stuttgart, 1959 (en SOERGEL u. SIEBERT, B. G. B., I, sub parágrafo 242).

El autor a quien se debe el haber identificado por primera vez supuestos de responsabilidad contractual que prescinden del incumplimiento de la obligación principal, fue STAUB («Die positiven Vertragsverletzungen», Berlín, 1904), a través de la elaboración de la categoría de las «violaciones contractuales positivas», que después tuvo amplia acogida en la doctrina alemana.

pone de manifiesto como en la relación obligatoria, junto al interés fundamental o primario del acreedor a la realización de la prestación, existe, como consecuencia de la proximidad de esferas (personal y jurídica) determinada por el vínculo obligatorio, otro interés (secundario) en ambas partes a que del vínculo, de su realización, no derive daño para ninguna de ellas.

Por ello, junto a los deberes de prestación (*Leistungspflichten*), aparecen los deberes de protección (*Schutzpflichten*). Los primeros tienden a la realización del interés primario del acreedor. Los segundos, fundamentalmente derivados de la idea de buena fe, se dirigen a preservar a cada una de las partes del daño que les pueda derivar del cumplimiento de la obligación. Los deberes de protección tienen un contenido autónomo respecto al deber de prestación; de modo que, desde la perspectiva del deudor, estos deberes operan con independencia de que la prestación principal se haya cumplido. Si el daño del acreedor ha existido (en un interés creditorio distinto del de la prestación), se opera la responsabilidad del deudor por violación de estos deberes de protección aunque haya cumplido el deber de prestación, pues el diferente contenido de la responsabilidad en uno y otro caso, permite que puedan funcionar independientemente uno de otro.

La responsabilidad del deudor (o eventualmente del acreedor) por la infracción de estos deberes es de carácter contractual, pues se trata de la violación de una obligación (de cautela o prudencia, que tiene su raíz en la buena fe, en la lealtad y corrección hacia la contraparte) que preexiste a la propia afirmación de la responsabilidad. El carácter contractual de esta responsabilidad se explica porque los deberes de protección concurren a la realización del objeto de la relación obligatoria considerado en términos globales o genéricos (101).

De este modo la noción de responsabilidad contractual resulta ampliada, pues junto a la responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto (derivada de la violación del deber de prestación), aparecen los supuestos de violación de deberes de protección que se refieren a intereses diversos.

En la enucleación de estos deberes, se debe tener en cuenta, en primer lugar, que no obstante hallarse buena parte de ellos consagrados legalmente, se trata de una serie abierta (102), carácter abierto

---

(101) Pues en tal objeto así considerado, se incluye no sólo la realización de la prestación principal, sino que de tal realización no resulte daño para las partes.

Cfr. MENGONI, op. últ. cit., p. 369; MAJELLO, op. últ. cit., pp. 60-1 y 67; MANCINI, op. cit., p. 4.

Ejemplo clásico de LARENZ, «Der:chos de obligaciones» (trad. de J. SANTOS BRIZJ, I, Madrid, 1958, pp. 363-4; daño producido por un albañil en el maderamen del tejado una vez que ha realizado su reparación (prestación principal), una vez que ha cumplido, por causa de haber arrojado descuidadamente una cerilla al encender un pitillo. La responsabilidad (contractual) surge de la violación del deber accesorio de cautela o prudencia respecto de las cosas ajenas situadas en la esfera de la prestación principal, no del de prestación, que ya se había cumplido.

(102) Vid. VISINTINI, «Impossibilità...», cit., p. 15, y «La responsabilità...», cit., p. 161; CARUSI, voz cit., p. 713.

que es un margen de maniobra en manos del intérprete y que es consecuencia lógica del carácter de cláusula general que tiene la buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.), abierta siempre a la tutela de nuevas exigencias.

En segundo lugar, se debe de tener en cuenta que existe un límite mínimo y otro máximo en la enucleación de los deberes de protección. El primero viene dado por el dato de que para que la violación productora del daño dé lugar a responsabilidad de carácter contractual, ha de ser tal que sea causada por una actividad esencialmente ligada a la ejecución de la relación obligatoria de que se trate y no ocasionalmente ligada a la misma (en este segundo caso se trataría de responsabilidad extracontractual) (103).

El segundo límite aludido, viene dado por la propia noción de deber de protección. Para que la responsabilidad contractual por violación de un deber de protección exista, debe de tratarse de intereses, distintos al de la realización de la prestación. Siempre que se trate de la realización de la prestación, de la aseguración del exacto cumplimiento, existirá, sí, responsabilidad contractual, pero por incumplimiento, existirá un deber, pero de prestación (104).

Desde esta perspectiva, se presenta un ámbito ulterior de (eventual) relevancia de la buena fe en el campo de la responsabilidad con-

(103) Cfr. MENGONI, *ibidem*, p. 369; CARUSI, voz cit., p. 715; VISINTINI, «Impossibilità...», p. 15 y «La responsabilità...», cit., p. 162; SCOGNAMIGLIO, voz cit., p. 675.

No basta, como dice MENGONI (op. y loc. cit.), que el daño no habría podido producirse sin la existencia de la relación obligatoria (criterio adoptado por STOLL y rechazado por MENGONI), sino que es preciso que el daño derive causalmente de la ejecución de aquella relación y no ocasionalmente.

Adoptado el criterio de STOLL, se debería admitir la responsabilidad contractual por el robo de un fontanero en la casa donde presta sus servicios, o del arrendatario que en el curso de una discusión sobre el importe de la renta, hiere al arrendador de la vivienda alquilada, mientras, es claro que se trata de dos casos de responsabilidad extracontractual.

Un caso de responsabilidad contractual por infracción de un deber de protección, es el extraído por MENGONI de las fuentes romanas: el del preceptor que en uso de sus atribuciones correctivas se exceda en el castigo del pupilo, empleándolas más allá de lo que (precisamente, por la existencia de un deber de protección) justifican las necesidades del aprendizaje.

La violación del deber de protección aludido por el preceptor (castigo excesivo) produce una responsabilidad contractual que no prejuzga el exacto cumplimiento de la prestación principal (la calidad de la enseñanza prestada) y cuyo contenido es el importe de los daños causados por la inadecuada severidad. El carácter contractual de tal responsabilidad obedece al entronque esencial de las facultades correctivas del preceptor (y por consiguiente de la posibilidad de su abuso) en la prestación principal de enseñanza.

En la identificación de la causalidad esencial (no ocasionalidad) entre ejecución de la relación obligatoria y daño en un interés diverso del de la prestación, ha de procederse (CARUSI, voz y loc. cit.) según una valoración típica, teniendo en cuenta la específica posibilidad de ingerencia dañosa que ofrece la relación obligatoria de que se trate. Debe tratarse, por tanto, de los riesgos específicos de la relación, valorados según un criterio de normalidad y tipicidad, es decir, previsible por la experiencia, por el decurso normal de los hechos.

(104) Cfr. MENGONI, op. últ. cit., p. 370; MANCINI, op. cit., p. 89.

tractual. Se trata de la cuestión de la naturaleza de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida de la prestación cuando ésta es imputable al deudor: ¿Es de naturaleza contractual o extracontractual? Si es de naturaleza contractual —como parece más coherente con los artículos 1.101, 1.105 y 1.182 C. c.— ¿Se trata de responsabilidad por incumplimiento (violación del deber de prestación)? ¿O de responsabilidad por violación de un deber de protección? Y en su caso, ¿qué trascendencia efectiva tiene el seguir una u otra vía?

Cuestiones, todas ellas, relacionadas con la consideración de la relación obligatoria como relación simple o, por el contrario, compleja, y con la idea que se tenga del contenido de la prestación.

El problema por ahora queda sólo planteado, y será afrontado cuando se hable de la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida, su sede más propia. Pero aquí, baste poner de manifiesto, cómo el interés que subyace en la preparación del cumplimiento, en la preservación de la posibilidad de la prestación, no es autónomo respecto del interés del cumplimiento mismo; por lo que es lógico que se reconduzca al deber de prestación el de evitar la imposibilidad de ésta, y que la violación de este deber, no sólo sea responsabilidad contractual, sino, además, responsabilidad por incumplimiento (105).

Los deberes de protección se clasifican normalmente por la doctrina (106) en cuatro categorías: deberes de aviso o comunicación, deberes de custodia, deberes de conservación o seguridad y deberes de salvamento o rescate.

Los primeros son aquéllos en virtud de los cuales, una de las partes debe de avisar a la otra de cualquier alteración producida en la situación de hecho contemplada por la relación obligatoria existente entre ambas que pueda afectar a un interés suyo. Entre los casos reconocidos legalmente se destacan: artículo 1.720 C. c., artículo 306-2.º C. com., artículo 1.559 C. c., artículo 1.752 C. c., artículo 1.751 C. c. y artículos 10 y 16 de la Ley de Contrato de Seguro, entre otros.

Entre los deberes de custodia, se citan los casos de responsabilidad por daño en las cosas y efectos introducidos por los clientes en fondas, mesones, hoteles (art. 1.783 C. c.), y en general en toda clase de establecimientos públicos (balnearios, restaurantes, etc.) en los que se desarrolla la actividad debitoria principal.

Entre los deberes de conservación o seguridad, se citan aquéllos que se refieren a la integridad física del viajero en el transporte de personas o a la del arrendatario en el arrendamiento de vivienda, bien entendido que el deber de protección (y la consiguiente responsabilidad contractual) del transportista y del arrendador se refiere exclusivamente a los daños derivados del transporte y del mal estado de la vivienda.

Entre los deberes de salvamento o rescate, tendentes a evitar la

---

(105) Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 5.

(106) Vid. VISINTINI, «La responsabilità...», *cit.*, p. 162 e «Impossibilità...», *cit.*, p. 15.

especulación con el daño, puede considerarse como paradigmático el del artículo 17 de la Ley de Contrato de Seguro.

La consideración de los deberes de protección, impone la reafirmación del carácter complejo de la relación obligatoria (107) de la que surgen, junto al deber de prestación primario, una serie de deberes integrativos de contenido autónomo que en ella tienen su origen y que, consiguientemente, al ser violados producen un ensanchamiento de la responsabilidad contractual.

### 2.3. *Imposibilidad sobrevenida y buena fe.*

El otro gran campo de relevancia de la buena fe, es el ofrecido por la importancia que el juicio de buena fe tiene a efectos de la liberación del deudor. A través de este juicio se produce un ensanchamiento del hecho liberatorio, en tanto que junto a la imposibilidad estricta de la prestación, vienen en consideración todos aquellos supuestos en que con arreglo a una valoración de buena fe de las circunstancias del contrato, el esfuerzo requerido al deudor para cumplir sobrepasaría el límite de lo exigible, de forma que la exigencia por el acreedor del cumplimiento en estos casos se califica como desleal, incorrecta o abusiva (108).

En esta aplicación de la buena fe consisten la teoría de la inexigibilidad y la del «límite del sacrificio» del deudor, que tienen su origen en Alemania (*Unzumutbarkeit, Opfergrenze*), y que consisten, precisamente, en proclamar la liberación del deudor del deber de prestación siempre que ésta sólo sea posible realizarla con un sacrificio excesivo según buena fe, o con medios tales que no puedan decirse comprendidos en la naturaleza de la prestación misma, en forma que de realizarse la prestación con ellos, la prestación resultante sea diversa a la inicialmente concebida.

La teoría de la inexigibilidad de la prestación fue autorizadamente introducida en Italia por Mengoni (109), quien puso en modo especial de relieve, la necesidad de coordinar las normas de responsabilidad (en España, los artículos 1.101, 1.105 y 1.182-4 C. c.) con aquellas otras que consagran la cláusula general de la buena fe y su consiguiente aplicación en el Derecho de obligaciones (arts. 7-1 y 1.258 C. c.). Esta necesidad, tampoco ha pasado inadvertida en la doctrina y jurisprudencia españolas (110), que a través de la consideración de la buena fe procede a un ensanchamiento de la noción de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, como elemento (objetivo) del hecho liberatorio-extintivo.

(107) Cfr. MANCINI, op. cit., p. 3 y MENGONI, *ibidem*, p. 369, nota 17.

(108) Cfr. VISINTINI, «Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti», cit., pp. 227 y ss.; «Impossibilità...», cit., pp. 3 y ss. y «La responsabilità...», cit., pp. 81 y ss.

(109) «Obbligazioni...», cit., pp. 281 y ss.

(110) Cfr. PUIG BRUTAU, op. cit., pp. 358 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pp. 238-9, y la sent. del T. S. de 9 de noviembre de 1949, citada por estos últimos.

La buena fe no constituye en sí misma un criterio de liberación (lo que no es consentido por los artículos 1.105 y 1.182-4 del C. c.), sino que indirectamente, a través de la determinación del contenido de la prestación, determina la amplitud del hecho liberatorio que es (uno de sus elementos) la imposibilidad sobrevenida de la prestación, que se mide con los mismos criterios con los que se mide la propia prestación.

La buena fe aparece así como una de las vías doctrinales para suavizar el (eventual) rigor de las reglas de responsabilidad. Sobre la inexigibilidad y las relaciones de buena fe e imposibilidad, volveremos al analizar el límite de la responsabilidad contractual; por ahora, basten estas consideraciones.

En este mismo orden de ideas, de suavización del rigor de las reglas de responsabilidad haciendo uso de la noción de buena fe, se coloca la tesis doctrinal que derivando de aquella noción la prohibición general del abuso del derecho (que sintomáticamente el C. c. contiene en el art. 7-2 inmediatamente detrás —y como su consecuencia— de la norma que impone la buena fe en el ejercicio de los derechos), considera a éste como medio para atenuar las posibles asperezas del sistema en materia de responsabilidad por incumplimiento. La noción de abuso del derecho, atenúa el rigor de los principios de responsabilidad contractual, limitando el ámbito y la extensión de la pretensión del acreedor hasta el confín de cuanto resulta exigible de la conducta del deudor. «Más allá de cuanto es exigible del deudor, resulta superfluo poner un problema de responsabilidad, puesto que el derecho del acreedor ha cesado, y la persistente pretensión del acreedor constituye abuso del derecho» (111).

Así se actúa el carácter recíproco de la buena fe como criterio de conducta susceptible de tutelar, también, el interés del deudor a no llevar su sacrificio en el cumplimiento más allá de lo razonable. Si la buena fe por una parte ensancha el ámbito de la responsabilidad contractual al servir de base a una serie de deberes accesorios del deudor en favor del acreedor, dirigidos sea a la realización del cumplimiento (deberes integrativo-instrumentales del cumplimiento), sea a la preservación del daño en intereses diversos de aquél de la prestación (deberes de protección); el carácter recíproco de este criterio de conducta se actúa, por una parte, con la existencia de deberes de protección en favor del deudor (también en éste es atendible la exigencia a que del cumplimiento no le resulte daño en un interés suyo, que por definición no será de prestación), y, por otra, por la tutela que la buena fe, como criterio que fija el límite de lo exigible, ofrece al interés específico del deudor en cuanto tal (pues la obligación puede ser sinalagmática, y el deudor simultáneamente acreedor), es decir, el de la liberación.

---

(111) RESCIGNO, «L'abuso del diritto», cit., p. 276; y vid., también, p. 288: «Il limite dell'esigibilità, oltre il quale comincerebbe l'abuso, finisce, dunque, per attenuare la concezione rigorosamente obiettiva, che anche il nostro codice accoglie, della responsabilità per inadempimento (art. 1.218)».



La buena fe se convierte así en un criterio para la moralización del Derecho (112) (a través de la moralización del ejercicio de los derechos), o en una especie de subrogado moderno en el Derecho de obligaciones de la *exceptio dolis generalis* (113) del Derecho romano.

#### 2.4. Buena fe y diligencia.

La relevancia de la buena fe en el ámbito de la responsabilidad contractual plantea el problema de las relaciones existentes con otra cláusula general operante en este ámbito, es decir, la diligencia (114). La distinción entre ambos criterios generales de conducta ha de operarse en el plano funcional. Mientras la buena fe opera en el marco general de la relación obligatoria, y se refiere, por tanto, recíprocamente a deudor y acreedor; la diligencia se refiere sólo a la posición deudora (en la que, ciertamente, pueden estar recíprocamente ambas partes) y sólo por cuanto se refiere a la actividad del cumplimiento (115). La diligencia es un instrumento de control de la actividad de cumplimiento del deudor, se refiere sólo al «cómo» de la prestación. Por tanto su papel se explica en el terreno de la responsabilidad por incumplimiento, como criterio de la misma. Criterio mediato o inmediato de responsabilidad en función de cómo se resuelva la coordinación del artículo 1.104 C. c. con los artículos 1.101, 1.105 y 1.182-4 del mismo Código. Sentado que el terreno propio de la diligencia es el de la responsabilidad, la determinación exacta de su relevancia en orden a la afirmación de la misma queda pendiente de la prosecución del análisis en curso, al final del cual, como consecuencia de haber enucleado la función (o funciones) de la diligencia en el sistema de la responsabilidad contractual, emergerá la coordinación entre las normas arriba mencionadas.

Por el momento, puede decirse con Rodotà (116), que la diligencia es un criterio de responsabilidad en relación a una prestación ya determinada, presupone un contenido ya fijado. De modo que mientras la diligencia se refiere a la medida del esfuerzo del deudor, a la conformidad de su comportamiento con aquél que es debido, la buena fe

(112) RESCIGNO, op. últ. cit., p. 289.

(113) BARASSI, op. cit., pp. 10 y ss.

(114) Sobre las cláusulas generales como instrumentos más adecuados a los cambios de una realidad dinámica, y como expediente para evitar el enrigdecimiento del sistema legislativo, vid. RODOTÀ, voz cit., p. 540.

Sobre las relaciones entre buena fe y diligencia, cfr. RODOTÀ, voz cit., p. 542, y «Le fonti di integrazione...», cit., pp. 152 y ss.; BESSONE, «Adempimento...», cit., pp. 397 y ss.; VISINTINI, «Impossibilità...», cit., p. 11, y «La responsabilità...», cit., p. 90; DI MAJO, «La escuzione del contratto», cit., pp. 396 y ss.

(115) Cfr. RODOTÀ, «Le fonti...», cit., p. 153, y DI MAJO, op. cit., p. 398: «La diligencia en todo caso tiene relieve en función del momento actuativo del vínculo obligatorio».

(116) Op. últ. cit., p. 160, vid., también, voz cit., p. 542.

En sentido análogo, vid., DI MAJO, *ibidem*, p. 399: la diligencia «es un criterio de control del comportamiento del deudor desde el momento de la asunción del vínculo, hasta el de la actuación del mismo, pero operante siempre en función del juicio de responsabilidad por incumplimiento».

se refiere a la propia (y previa) determinación de lo debido (fijación del límite de lo exigible del deudor).

Sobre esta misma base se ha operado la separación de los respectivos ámbitos de los juicios de responsabilidad y buena fe (117). El juicio de buena fe se refiere a las circunstancias del contrato, para determinar cuál es el límite del sacrificio debido por el deudor a tenor de una recta apreciación de la economía singular del contrato. El juicio de responsabilidad (en el que juega la diligencia, con un papel, por el momento, a determinar) opera en un momento posterior, una vez verificada la relevancia de las circunstancias creadas para la economía singular del contrato; y su virtualidad consiste en el análisis de la eventual conexión de aquellas circunstancias con la conducta del deudor (o con su esfera de riesgo) para, en caso afirmativo, hacerlo responsable.

De modo que, mientras el juicio de buena fe opera en todo caso de alteración de las circunstancias del contrato, el de responsabilidad sólo se actúa cuando el primero resulta insuficiente para agotar el control sobre las mismas.

Recientemente (118), en Italia se ha puesto de relieve como la cláusula general de la buena fe, ha adquirido progresivamente significado normativo en las aplicaciones jurisprudenciales. Así se ha pasado de pronunciamientos que negaban a la buena fe carácter normativo (119), hasta otros más recientes que afirman inequívocamente su carácter de verdadero deber jurídico (120).

(117) Cfr. BESSONE, op. y loc. últ. citt.

(118) Vid. VISINTINI, «Impossibilità...», cit., pp. 17 y ss., y «La responsabilità...», cit., pp. 92 y ss.

(119) Es el caso de la sent. de la *Cassazione* de 16 de febrero de 1963, n. 357 en *For. Pad.*, 1964, I, cols. 1284 y ss., anotada por RODOTÀ, «Appunti sul principio di buona fede».

En dicha sentencia se afirma: «la violación de deberes genéricos de lealtad y de corrección sólo es fuente de responsabilidad por daños, cuando concrete la violación de un derecho ajeno, reconocido en base a otras normas».

En su nota crítica, RODOTÀ pone de manifiesto la contradicción existente entre el reconocimiento y admisión de los principios de buena fe (art. 1.375 C. civ. it.) y «correttezza» (art. 1.175 C. civ. it.) y el negarle sucesivamente toda relevancia a su violación cuando ésta no se acompañe de la de otras normas diversas que consagren específicamente un derecho.

En sustancia, se niega juricidad al principio de buena fe y se coloca su esfera de relevancia exclusivamente en el plano de las motivaciones del legislador.

Este planteamiento obedece a una incomprensión de la buena fe, incomprensión que tiene su raíz en el no entendimiento del papel de las cláusulas generales, y que se explica en el contexto de un pensamiento jurídico no suficientemente elaborado propenso a vaciar de contenido los conceptos normativos que escapan a su comprensión.

Por su parte VISINTINI (opp. y locc. últ. citt.), resalta cómo en la sentencia citada, contemporáneamente a la negación de la eficacia jurídica de la buena fe en *obiter dicta*, se producía una aplicación de la buena fe *sub specie* de una norma concreta (art. 1.227 C. civ. it., que se refiere al concurso de culpa del acreedor en la causación del daño) en que aquélla se plasma.

(120) Para las citas, vid., VISINTINI, *ibidem*, pp. 20-1 y 95-7, respectivamente. En especial: «el deber (de buena fe) se viola no sólo cuando una de las partes haya actuado con el propósito doloso de causar un daño a la otra,

## E) EL LIMITE DE LA RESPONSABILIDAD DEL DEUDOR: LA IMPOSIBILIDAD LIBERATORIA

### I) *Concepto y caracteres de la imposibilidad sobrevenida de la prestación*

Como hemos visto, el límite de la responsabilidad contractual, según se desprende de las reglas generales de responsabilidad (arts. 1.105 y 1.182-4 C. c.), se identifica con la imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor. Hasta este límite, que supone la liberación del deudor (y por ello constituye el contenido de la prueba liberatoria a dar por éste), la responsabilidad contractual se opera por el mero hecho del incumplimiento (art. 1.101 Código civil).

Corresponde analizar ahora los elementos del hecho liberatorio-extintivo: elemento objetivo (imposibilidad sobrevenida de la prestación) y subjetivo (no imputabilidad de ésta al deudor).

Respecto al primero, el Código se ha limitado a recoger una larga tradición doctrinal; y, sin embargo, a pesar de su carácter tradicional, es precisamente de esta doctrina largamente asentada sobre la imposibilidad sobrevenida, de donde nació la crítica de Osti a principios de siglo hacia la doctrina de la culpa.

El problema fundamental que plantea el elemento objetivo del hecho liberatorio, es el del rigor más o menos amplio con que debe ser configurado. Es este problema, en definitiva el de la identificación de los impedimentos para prestar relevantes a fines liberatorios, el que está detrás de la discusión acerca de si la imposibilidad es una noción jurídica (determinada por el ordenamiento) o por el contrario natural (noción determinada fuera del ordenamiento, a la que éste se remitiría).

Una primera aclaración resulta obvia. La imposibilidad de que aquí se habla es de carácter sobrevenido (121). Es decir, presupone que la obligación ha surgido previamente con todos sus requisitos de validez (incluido el de la posibilidad de su objeto), y que posteriormente es cuando viene a faltar la posibilidad de aquél. Mientras que el problema de la imposibilidad originaria de la prestación es de la validez o invalidez de una relación obligatoria (si se da la imposibilidad, la obligación no llega a surgir, y por tanto la cuestión de su incumplimiento no puede plantearse); el problema de la imposibilidad sobrevenida es

---

sino que, también, si el comportamiento de la misma no se ha inspirado en la lealtad, en la diligente corrección y en el sentido de solidaridad social que precisamente integran el contenido de la buena fe».

En España sobre la buena fe objetiva como norma de conducta en la jurisprudencia del T. S., vid. DE LOS MOZOS, op. cit., pp. 128 y ss. Jurisprudencia que ha resaltado, junto a otros aspectos, el contenido jurídico de la buena fe (cfr. *ibidem*, pp. 132 y ss.).

(121) Cfr. DÍEZ-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 681; ALBALADEJO, op. cit. p. 212; CASTÁN, op. cit., p. 324.

el de la extinción o no de una obligación que previamente se ha constituido válidamente (y la cuestión del incumplimiento se plantea en función de que si la obligación no se extingue por ser la imposibilidad imputable al deudor, la obligación subsiste y subsiste insatisfecha).

La imposibilidad de la prestación puede manifestarse en forma definitiva o temporal según la duración del impedimento que la produce. En el primer caso se dará lugar a la extinción de la obligación con la consiguiente liberación del deudor incumplidor, en tanto que en el segundo caso se dará lugar a un retraso justificado en la realización de la prestación: el deudor no responde del daño causado por el retardo en tanto perdure el impedimento que lo produce (122), que suspende la eficacia de la relación obligatoria. Bien entendido que en ambos casos la eficacia liberatoria (que es además, como sabemos, extintiva en el primer caso y suspensiva en el segundo) presupone la no imputabilidad de la imposibilidad de la prestación (definitiva o temporal) al deudor.

Tanto la imposibilidad definitiva como la temporal tienen la misma naturaleza, radicando la diferencia de sus efectos en el simple hecho de la duración temporal del impedimento en el segundo caso.

La imposibilidad temporal de la prestación determina la pervivencia de la obligación si bien que suspendida en su eficacia; si durante el período de suspensión la imposibilidad se convierte en definitiva, la obligación se extingue; en cambio, desaparecido el obstáculo que impedía temporalmente el cumplimiento, la obligación recobra su eficacia («revive», ha dicho gráficamente el Supremo, sent. 16 de mayo de 1941); el deudor deja de estar justificado en su retardo y si no procede a cumplir de inmediato, incurre en responsabilidad.

Puede ocurrir, sin embargo, que en el momento en que el obstáculo temporal al cumplimiento desaparece, la prestación del deudor ya no ofrezca interés para el acreedor por razones atinentes a la propia relación obligatoria (los límites implícitos de su utilidad, tal como fueron considerados en ella por las partes) o a la naturaleza de la prestación (prestaciones continuadas, con término esencial o a fecha fija). En estos casos la imposibilidad temporal se hace definitiva y, consiguientemente, extingue la obligación (siempre, claro es, que no sea imputable al deudor) (123).

---

(122) Cfr. OSTI, voz cit., p. 288, y «Revisión crítica...», cit., pp. 209 y ss.; ALBALADEJO, op. cit., p. 213.

(123) Cfr. ALBALADEJO, op. cit., pp. 213-4; Díez-PICAZO, op. últ. cit., pp. 683-4; GONZÁLEZ PORRAS, «Comentario al art. 1.182», en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, dirigidos por M. ALBALADEJO, XVI, Madrid, 1980, pp. 266 y ss.; Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 240; y vid. la jurisprudencia del Supremo allí citada.

La imposibilidad temporal no extintiva, puede sin embargo servir de fundamento a la resolución del contrato cuando el acreedor o el deudor no estén en condiciones de soportar la incertidumbre de si el obstáculo temporal desaparecerá o por el contrario se hará definitivo, o no les resulte conveniente permanecer vinculados (el acreedor puede conseguir más rápido y seguro el cumplimiento por otra vía). (Cfr. ALBALADEJO, *ibidem*).

La resolución del contrato presupone o bien una relación que se extingue por imposibilidad extintiva, en cuyo caso opera *ipso iure* (art. 1.460-1.º); o bien

La imposibilidad, por su ámbito de incidencia sobre la prestación, puede ser total o parcial, con la consiguiente reducción en el segundo caso de su eventual efecto exoneratorio-extintivo a la parte de la prestación afectada por la imposibilidad. También aquí existe un mecanismo de defensa para el interés del acreedor, pues éste no puede ser compelido al cumplimiento parcial cuando la prestación reducida no satisfaga ya su interés y puede preferir desistir del contrato (artículos 1.169 y 1.460 C. c.). El acreedor que opta por el cumplimiento parcial en los contratos sinalagmáticos ve reducido proporcionalmente a la disminución de la prestación recibida el importe de su contraprestación (arg. ex art. 1.460-2.º) (124).

La discusión sobre la imposibilidad de la prestación como elemento objetivo de la prueba liberatoria, no es, sin embargo, una discusión sobre las formas en que se manifiesta, sino sobre los atributos de la misma que, con independencia de su modo de manifestación, confieren a los impedimentos surgidos para el cumplimiento (si no son imputables al deudor) eficacia exoneratoria-extintiva.

Es en este plano en el que se produce la incidencia decisiva de

---

una relación que se incumple; o bien la sobrevenida excesiva onerosidad de alguna de las prestaciones recíprocas (o la desaparición de la base del negocio).

Lo primero se excluye en este caso por el carácter no extintivo de la imposibilidad temporal (precisamente por carecer de esta virtualidad al no hacerse definitiva es por lo que se acude al remedio de la resolución).

Tampoco cabe resolución por incumplimiento cuando la imposibilidad temporal no extintiva no sea imputable al deudor, pues habiendo liberación (momentánea) no puede haber incumplimiento. En cambio, cabrá resolución por incumplimiento cuando la imposibilidad temporal no extintiva sea imputable al deudor.

La resolución se refiere siempre al problema de la contraprestación: de la contraprestación de la prestación incumplida, de la contraprestación de la obligación extinguida, o de la devenida no retributiva de la prestación excesivamente onerosa (o ya carente de sentido).

De manera que cuando la imposibilidad temporal por frustrar el interés del acreedor tenga eficacia extintiva, se producirá la resolución *ipso iure* de la relación sinalagmática, y cuando no tenga tal eficacia (no siendo imputable al deudor), es forzoso concluir por exclusión que la resolución que pueden instar las partes es la que se apoya en la excesiva onerosidad de la relación (contraprestación no retributiva del permanecer ligado por tiempo incierto a la espera de la posibilidad o imposibilidad definitiva —o a ella equiparada— de la prestación o, en su caso, en la desaparición de la base del negocio).

La eficacia extintiva de la imposibilidad temporal que frustra el interés del acreedor se consagra en modo expreso en el Derecho italiano (art. 1.256-2.º C. civ. it.): «Si la imposibilidad es sólo temporal el deudor en tanto ésta perdura no es responsable del retardo en el cumplimiento. Sin embargo, la obligación se extingue si la imposibilidad perdura hasta cuando, en relación al título de la obligación o a la naturaleza del objeto, el deudor no puede ya ser considerado obligado a realizar la prestación o el acreedor no tiene ya interés en conseguirlas».

Formulación del art. 1.256-2.º C. civ. it., en la que se ha visto por MENGONI (*Temí*, 1946, pp. 570-1) una petición de principio. Uno sólo es el dato relevante para producir la extinción de la obligación: el venir a menos del interés del acreedor. La expresión «non poter più ritenere il debitore obbligato a eseguire la prestazione», sólo refleja, desde la perspectiva subjetiva del deudor (liberación) el efecto de la extinción, producido por aquel único dato relevante.

(124) Cfr. LACRUZ, op. cit., p. 117; ALBALADEJO, op. cit. pp. 212-3 y 17-8; DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 238; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pp. 263 y ss.

las tesis de Osti. Para este autor la imposibilidad liberatoria ha de ser objetiva y absoluta. El primero es un atributo que se refiere a la dirección del impedimento; el segundo, a su intensidad (125). Por objetividad entiende Osti que el impedimento en que la imposibilidad consiste, se refiera al contenido de la prestación en sí y por sí considerada, abstracción hecha de todo elemento que sea extrínseco a la prestación misma. En particular, se ha de prescindir de todo cuanto se refiera a las condiciones particulares del obligado que no conciernan inmediatamente al objeto de la relación. Esta última salvedad, permite resolver a Osti el problema que se planteaba bajo la vigencia del Código italiano de 1865 en la interpretación del significado de la expresión «causa extraña» no imputable al deudor, con que se identificaba la prueba liberatoria (art. 1.225 C. civ. it. 1865). Sobre tal expresión se había discutido si significaba la irrelevancia en todo caso a los efectos liberatorios, de los impedimentos al cumplimiento que afectarían a la persona del deudor.

La fórmula adoptada por Osti permite dar relevancia a los impedimentos personales del deudor siempre que las características personales de éste se contengan en la prestación. Es el caso de las prestaciones consistentes en un *facere* infungible, contraídas en atención a las características y aptitudes de un determinado deudor.

Pero, además, se ofrece un ulterior campo de relevancia a los impedimentos personales, en la medida en que toda prestación exige una actividad del deudor que tiene como contenido el objeto de la obligación. Pues bien, todo impedimento que afecta a esta actividad es objetivo, porque impide la prestación misma, siempre que (no tratándose de prestaciones infungibles) además de imposibilitar al deudor de actuar por sí, lo imposibiliten, también, de actuar por otro. Es, por ejemplo, el caso del deudor que es impedido de cumplir porque es secuestrado o porque es atropellado en el camino hacia el lugar convenido para el pago. Se trata de impedimentos objetivos, aunque normalmente sólo temporales; es decir, justifican el retraso en el cumplimiento en tanto el impedimento dura, y cesado éste el deudor ha de cumplir.

Por carácter absoluto de la imposibilidad (contrapuesto a la imposibilidad relativa) entiende Osti la intensidad de la misma; en forma que imposibilidad absoluta es la que no puede ser vencida por las fuerzas humanas, mientras que imposibilidad relativa es la constituida por una intensidad de esfuerzo debitorio superior a un cierto grado considerado como típico.

Esta manera de concebir la imposibilidad liberatoria ha sido ampliamente recibida en Italia por el legislador de 1942, como se desprende del texto de la *Relazione* al Libro de las obligaciones del actual Código civil italiano (126).

(125) Cfr. «Revisione critica...», cit., pp. 216 y ss., y voz cit., pp. 288 y ss.

(126) *Relazione*, cit., n. 37: «Ahora, el art. 1.218, lógicamente conectado al art. 1.256 que disciplina la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida de la prestación, subordinando la exoneración de la responsabilidad a la condición de que el incumplimiento o el retardo hayan sido determinados por

Sobre estas bases (carácter absoluto y objetivo de la imposibilidad sobrevenida), se ha producido un amplio consenso doctrinal (127).

Así como el carácter objetivo de la imposibilidad se desprende de la propia noción de la misma (se trata por definición de un impedimento que incide sobre la actividad prestacional del deudor o sobre su objeto: arts. 1.182, 1.184 y 1.122-2, 2.º C. c.), el carácter absoluto de la imposibilidad sobrevenida ha sido inducido por la doctrina de indicaciones generales del sistema, como la función extintiva de la misma, el acogimiento de la resolución del contrato por excesiva onerosidad (128) o la propia fórmula general de responsabilidad contractual (art. 1.101 C. c.) que liga la misma al mero hecho del incumplimiento (129).

imposibilidad de la prestación, ha querido poner en evidencia que debe tratarse de imposibilidad de la prestación en sí y por sí considerada. De modo que no puede ser tenida en cuenta a los efectos liberatorios, la imposibilidad de cumplir la obligación, originada en causas inherentes a la persona del deudor o a su economía que no estén conectadas objetivamente a la prestación debida; mientras de otra parte, también los impedimentos que se verifican en la persona o en la economía del deudor deberán tener relevancia cuando incidan sobre la prestación considerada en sí y por sí, en su sustancia y en sus presupuestos objetivos».

De este modo, la *Relazione*, explica el carácter objetivo de la imposibilidad, casi con las mismas palabras que OSTI en su «Revisión crítica».

(127) Cfr. Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 682: «Con anterioridad hemos señalado que la imposibilidad de la prestación que (eventualmente) determina un incumplimiento definitivo es la llamada imposibilidad objetiva y absoluta, esto es aquella que se refiere a la prestación en sí misma considerada y que es de tal naturaleza que ningún deudor se encontraría en condiciones de cumplir».

LACRUZ, op. cit., p. 117, resalta particularmente el carácter objetivo de la imposibilidad: «No debe confundirse a la imposibilidad objetiva de prestar, que afecta a la esencia misma de la deuda, impidiendo sin remedio la satisfacción *in natura* del acreedor, con la insolvencia del deudor, evento en el cual no hay imposibilidad objetiva sino insuficiencia patrimonial subjetiva. Y tampoco con la dificultad extraordinaria de la prestación, noción también inherente a la persona y a la economía del deudor»; y p. 118: «... para cuya extinción (de la deuda) sería preciso un hecho que imposibilite el cumplimiento..., una causa inherente a la prestación en sí misma (cfr. art. 1.122-2. 2.º)».

Sobre el carácter absoluto de la imposibilidad (su no medición en la diligencia media del art. 1.104), cfr. p. 118.

También recoge el carácter objetivo de la imposibilidad sobrevenida GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., p. 259, cuando dice: «Entendiendo, por tanto, que la imposibilidad a tener presente en el art. 1.182 del C. c. y que produce la extinción de la obligación exonerando —por esto mismo— al deudor de indemnizar daños y perjuicios, es la que incidiendo sobre el objeto de la obligación...».

En Italia, sobre el carácter absoluto y objetivo de la imposibilidad sobrevenida, cfr.: COMPARTI, «Risoluzione del contratto per impossibilità dell'imprenditore?», *For. it.*, 1961, I, colls. 1011 y 1012; MANCINI, op. cit., pp. 7 y ss.; GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., p. 177: «Ocorre aggiungere che l'impossibilità di cui parla l'art. 1.256, cioè l'impossibilità che estingue l'obbligazione, è l'impossibilità assoluta e oggettiva, cioè l'impossibilità che incide sulla prestazione in sé per sé, al punto che nessun debitore sarebbe in grado di adempirla»; RUGGIERO-MAROI, op. cit., p. 147: «L'impossibilità deve incidere sul contenuto stesso della prestazione... deve essere oggettiva ed assoluta, cioè deve esistere come tale rispetto a chiunque».

(128) Cfr. MOSCO, voz cit., p. 426; y BARASSI, op. cit., p. 263.

(129) Cfr. MOSCO, *ibidem*, que se apoya en el carácter objetivo de la resolución por incumplimiento.

La consideración de la imposibilidad liberatoria-extintiva como objetiva y absoluta ha sido objeto de una cierta crítica terminológica (130).

Así, tradicionalmente se había entendido por imposibilidad objetiva aquélla en la que se encuentra no un concreto deudor (imposibilidad subjetiva), sino aquélla en la que se encontraría cualquier deudor ante una determinada situación de hecho. Es la extensión subjetiva del impedimento y no la dirección del mismo lo que se tiene en cuenta (131).

Frente a esta crítica terminológica, Osti (132) ha puesto de manifiesto, por una parte, que sólo la consideración de la objetividad en el sentido de la dirección del impedimento permite dar relevancia a los impedimentos personales cuando afecten a la prestación (de otro modo, vendrían calificados como supuestos de imposibilidad subjetiva excepcionalmente relevantes, siendo, por el contrario, su relevancia aplicación de una regla general); y, por otra, que sólo la objetividad como él la entiende permite explicar la irrelevancia exoneratorio-extintiva de impedimentos ante los cuales cualquier deudor se ve imposibilitado para cumplir, y que, sin embargo, se consideran unánimemente como no liberatorios por no afectar a la prestación (ej., insolvencia del deudor).

Por otra parte, frente al carácter absoluto de la imposibilidad tal y como Osti lo concibe, se ha opuesto (133) que el Derecho es el mundo de lo relativo, y que la imposibilidad, por tanto, debe entenderse como relativa, en cuanto se refiere siempre a un tipo de relación obligatoria y al grado de esfuerzo típico que la misma requiere. De forma que según sea el tipo de relación, el esfuerzo debitorio requerido para realizar la prestación es distinto, el límite de la responsabilidad contractual se configura diversamente.

Al hablar de imposibilidad relativa en este sentido, lo que se hace es, como se ha puesto de relieve (134), emplear la calificación de «relativa» con un sentido enteramente diverso. Ya no se habla de intensidad de esfuerzo (para vencer el obstáculo que se interpone a la realización de la prestación), sino de determinación de la imposibilidad con arreglo a las características propias de cada relación, lo que en definitiva no es sino una consecuencia de su objetividad. Si el impedimento para alcanzar relevancia liberatoria, ha de incidir sobre el contenido de la prestación, es lógico que según varía dicho contenido en una u otra relación obligatoria, también varíe en una u otra relación

---

(130) Cfr. COTTINO, «L'impossibilità...», pp. 24 y ss.

(131) Cfr. BETTI, op. cit., pp. 48 y 111-2; OSTI, voz cit., p. 288 y «Revisione critica...», cit., p. 216.

En España, manejan esta idea de objetividad/subjetividad del impedimento por su ámbito subjetivo, DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pp. 236-7.

(132) Cfr. «Revisione critica...», cit., p. 218, y «Deviazioni dottrinali...», cit., p. 604, nota 28.

(133) Vid BETTI, op. cit., p. 112, y cfr., también, GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., p. 260.

(134) Cfr. MOSCO, voz cit., pp. 424-5, y OSTI, «Deviazioni dottrinali...», cit., p. 605 *sub* nota 28.



obligatoria el contenido de la imposibilidad sobrevenida, que se determina siempre en función de las diversas prestaciones (135).

El reconocimiento de la relatividad de la imposibilidad, en este sentido últimamente explicado, lo llevó Osti (136) hasta la consideración de modalidades de ejecución típicas de la organización y de la naturaleza de la actividad del deudor. De modo que junto al objeto de la prestación, en la valoración objetiva (al margen de las circunstancias personales del deudor no prestacionalizadas) de la imposibilidad, se tiene también cuenta de las modalidades de ejecución según la naturaleza típica de la relación.

Sin embargo, algo que debe prevalecer por encima de la discusión terminológica es que aquello que en sustancia afirmaba Osti, no difería esencialmente de cuanto afirmaba en su tiempo la doctrina dominante, y ello porque Osti no hacía sino recoger toda una tradición doctrinal precedente.

De esta identidad en lo sustancial fue consciente el propio Osti (137), cuando ponía de relieve la no sustantiva diferencia que lo separaba de Coviello. En efecto, para éste la imposibilidad había de ser «efectiva», entendiendo por tal la que incidía sobre el contenido de la prestación, determinando algo más que una mayor gravosidad del cumplimiento. Así, Coviello, en razón de la naturaleza de la prestación llegaba a las mismas conclusiones que Osti, al afirmar que en las prestaciones de hacer un mismo impedimento personal podía ser irrelevante o liberatorio, según se tratase o no de una prestación personalmente infungible (personalísima) (138).

De tal modo que al final de un completo análisis de las doctrinas civilistas de la responsabilidad contractual, ha podido concluirse (139) que el concepto de imposibilidad liberatoria que emerge del análisis de la doctrina es sustancialmente idéntico, en la medida que todos los autores coinciden en el carácter real o efectivo del impedimento que obstaculiza el cumplimiento, y en su incidencia sobre el contenido mismo de la prestación.

La imposibilidad sobrevenida de la prestación aparece, de un lado, como un *plus* respecto de la mera dificultad de prestar, considerada por la opinión doctrinal común como irrelevante (140). Pero aparece, además, como algo más que la excesiva onerosidad de la prestación. Desde el momento que el ordenamiento consiente un remedio autóno-

(135) La relatividad, en este sentido últimamente citado, es una de las características más acentuadas por la doctrina reciente. Así, cfr. TRIMARCHI, «Istituzioni...», cit., p. 339; ROPPO, «Il contratto», cit., p. 229; GONZÁLEZ PORRAS, op. y loc. últ. cit.; Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 683.

(136) Cfr. OSTI, voz cit., p. 289.

(137) Cfr. «Revisione critica...», cit., p. 225.

(138) Cfr. COVIELLO N., «Del caso fortuito in rapporto alla estinzione delle obbligazioni», Lanciano, 1895, pp. 91 y 88.

(139) Cfr. VISINTINI, «Dottrine...», cit., pp. 403, y «La responsabilità...», cit., p. 76.

(140) Cfr. ROPPO, «Il contratto», cit., p. 228; TRIMARCHI, «Istituzioni...», cit., p. 338; ALBALADEJO, op. cit., pp. 214-5; PUIG-BRUTAU, op. cit., p. 358.

mo para hacer frente a los desequilibrios económicos sobrevenidos en los contratos sinalagmáticos, la noción de imposibilidad sobrevenida de la prestación se endurece; pues la necesidad de buscar un campo autónomo para su aplicación (cuya existencia se deduce de que se presume que el legislador no crea instituciones vacías) conlleva necesariamente que el límite de la excesiva onerosidad sea el mínimo o punto de partida para la aplicación de la imposibilidad sobrevenida. Hasta aquel límite mínimo la obligación se conserva, y precisamente por ello se concede a la parte onerada (salvo que el acreedor consienta en la reconducción a equidad de la relación) la posibilidad de resolver el vínculo; más allá de él se produce la extinción de la obligación y la consiguiente liberación del deudor por el juego de la imposibilidad sobrevenida, que puede ser física (*interitus rei*) o jurídica (expropiación, prohibición legal) (cfr. art. 1.184 C. c.).

Detrás de esta configuración rigurosa de la imposibilidad liberatoria, es fácil intuirlo, está la idea de la tutela del crédito, de no hacer fácil la liberación del deudor, sino, por el contrario, exigir de él un alto grado de esfuerzo, en modo que sólo ante obstáculos verdaderamente relevantes venga liberado.

## 2) *Imposibilidad y diligencia. Obligaciones de medios y de resultado*

### 2.1) *Imposibilidad y diligencia*

Aquello que constituye la aportación decisiva de la crítica de Osti, ha sido el poner de manifiesto la contradicción que la doctrina de la culpa alberga en su seno (141). De tal modo que para la generalidad de la doctrina el principio de que la responsabilidad contractual se funda sobre la culpa, es simplemente el reflejo de un equívoco verbal prolongado por la tradición. Y es un equívoco verbal porque la doctrina que lo afirma, no sólo no hace aplicación lógica del principio de la culpa, sino que llega a afirmaciones que con él están en estricta contradicción (142).

Con arreglo a los principios de la teoría de la culpa, no basta el hecho objetivo del incumplimiento para generar responsabilidad, sino que se requiere, además, una valoración subjetiva negativa de la conducta del deudor en términos de culpa. Ahora bien, si el criterio decisivo de la responsabilidad contractual fuese la culpa, es decir, un comportamiento reprochable del deudor, no tendría sentido exigir con carácter general que el impedimento liberatorio incida sobre el contenido de la prestación. Cualquier impedimento —a ser coherentes con la teoría de la culpa— objetivo o subjetivo que fuese, que impidiera la prestación sin culpa del deudor habría de tener eficacia liberatoria. Y ello porque si la culpa es el fundamento de la responsabilidad, la

(141) Vid. OSTI, «Revisione critica...», cit., pp. 333 y ss. y 350 y ss., «Deviazioni dottrinali...», cit., pp. 600 y 602 y ss.; voz cit., pp. 288 y 290 y ss.

(142) Cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., pp. 333 y ss.

ausencia de culpa excluye la responsabilidad misma al excluir su fundamento. En concreto, el deudor debería liberarse siempre que, no obstante la falta o inexactitud del cumplimiento, hubiese empleado en la preparación u organización del cumplimiento el grado de diligencia requerido en general para toda obligación o en concreto para un determinado tipo de obligación.

Pero es más, de ser coherentes con la teoría de la culpa, la cuestión misma de la imposibilidad de la prestación no debería tan siquiera plantearse. Si la responsabilidad se funda en la culpa, el límite de la responsabilidad no puede ser otro que la ausencia de culpa. Siempre que, aun permaneciendo posible la prestación, el deudor no se halle en culpa, no podría haber responsabilidad, faltaría su presupuesto básico. De tal forma que es la propia idea de obligación la que resulta afectada: el deudor no se obliga a hacer todo lo posible por cumplir, sino sólo a emplear el grado de diligencia requerido, normalmente el del buen padre de familia. Todo esfuerzo más allá de este límite se excluye, pues al deudor le basta llegar a él para ser considerado diligente; la diligencia excluye la culpa, y sin culpa (con arreglo a los principios de que se parte) no hay responsabilidad.

Ni a una ni a otra conclusión llega la doctrina tradicional que basa la responsabilidad sobre la culpa. En el plano de la imposibilidad, se exige que la imposibilidad sea real, efectiva, y que afecte al contenido de la prestación. Por ello, afirma Osti, la doctrina tradicional no es coherente, cuando en aplicación del aforismo *genus nunquam perit*, afirma que no se libera de responsabilidad el deudor de cosa genérica que se encuentra en la actual imposibilidad de cumplir sin culpa suya. En este caso, en contra de la tesis de la culpa, se afirma una responsabilidad sin el que debería ser su presupuesto; además, en contra también aquí del principio de la culpa, se exige que la imposibilidad afecte al contenido de la prestación, lo que no es consecuencia lógica de aquel principio, y sí lo contradicé (con arreglo al mismo, al deudor para exonerarse de responsabilidad debería bastarle la prueba de su diligencia, de la ausencia de culpa como negación del fundamento de la responsabilidad).

En el plano de la liberación, tampoco se acepta por la doctrina común que baste para liberar al deudor la prueba de la ausencia de culpa (diligencia).

La extinción de la obligación (de la que es fruto la liberación del deudor) se produce por imposibilidad sobrevenida de la prestación determinada por causa no imputable al deudor. No basta la mera ausencia de culpa (elemento subjetivo) para liberar al deudor, sino que se requiere, además, un elemento objetivo: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (medida en su contenido), que se configura como algo más que un agravamiento del cumplimiento o una dificultad u onerosidad excesiva del mismo (142 bis).

---

(142 bis) También aquí la doctrina común se muestra incoherente con los principios de la culpa, al establecer como prueba liberatoria del deudor el caso

De tal forma, se explica que al final de su análisis crítico, Osti (143) pudiera concluir que el verdadero pensamiento de la doctrina dominante está bien lejos de coincidir con el modo en que tradicionalmente viene expresado.

La doctrina de la culpa no se ha percatado que la constitución de la culpa en fundamento de la responsabilidad contractual, que aparece lógicamente la constitución de la ausencia de culpa en límite de la misma, conlleva inexorablemente el deber de admitir una nueva causa de extinción de las obligaciones que no figura en el sistema: la ausencia de culpa (porque, ¿cómo explicar de otro modo la irresponsabilidad del deudor frente a una obligación que persiste en defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento?).

Es, en suma, el problema, ya anteriormente aludido, de la coordinación de las dos funciones inseparables de la imposibilidad sobrevenida liberatoria.

Aquello que la doctrina común no admite en sede de causas de extinción de las obligaciones (arts. 1.182 y ss.), donde lejos de admitirse la relevancia extintiva de la pura ausencia de culpa, se configura una imposibilidad rigurosa, originada en causa no imputable al deudor; se admite por el contrario en sede de exoneración de responsabilidad del deudor (art. 1.105), donde bastaría la ausencia de culpa para exonerar al deudor incumplidor de responsabilidad.

De este modo, parece como si se hablara de dos imposibilidades distintas, se separan los dos ámbitos de relevancia (exoneración y extinción) de la imposibilidad liberatoria, y lo que en uno es un hecho simple subjetivo (ausencia de culpa), en otro es un hecho complejo (elemento objetivo y subjetivo, imposibilidad y ausencia de culpa). Separación tanto más arbitraria, cuanto que se trata de dos efectos de

---

fortuito, y éste no ser ya la ausencia de culpa (como lo exigiría la lógica del asumir la culpa como fundamento de la responsabilidad), sino que con arreglo a su configuración usual, el caso fortuito es el «evento que hace imposible la prestación sin culpa del deudor»; con lo que el caso fortuito no es sólo la ausencia de culpa (en sentido técnico, es decir, la diligencia) sino que junto a este elemento subjetivo se añade el de la imposibilidad de la prestación.

De modo, que la liberación no se produce por la ausencia de culpa (diligencia), sino por la extinción de la obligación que resulta de la sobrevenida imposibilidad de la prestación por causa no imputable al deudor.

Esta incoherencia doctrinal, habida cuenta de la interrelación existente entre el fundamento de la responsabilidad y la exoneración de la misma (la prueba liberatoria es la negación de aquel fundamento), cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad.

Si se exige tal prueba liberatoria, es porque (inconscientemente) se reconoce que la responsabilidad no se basa en la culpa (por ello no basta para evitarla la prueba de la diligencia), sino que se basa en el incumplimiento y por ello hay que dar la prueba idónea para negar tal fundamento: la imposibilidad liberatoria extintiva que destruye la obligación y con ella toda posibilidad de incumplimiento

(143) Cfr. «Revisione critica...», cit., p. 344, y «Deviazioni dottrinali...», cit., p. 600: «También en nuestra doctrina, por otra parte, como ya en la del Derecho común, la tesis (de la culpa) era objeto de una afirmación meramente formal, contradicha y, por así decir, neutralizada por la afirmación de otros principios».

un mismo hecho (imposibilidad liberatoria, caso fortuito en sentido amplio), y que se explican el uno (la irresponsabilidad) por el otro (la extinción de la obligación).

La contradicción de la doctrina de la culpa opera, como ha puesto de relieve Osti (144), a través de una inversión lógica del sistema de la ley, pues mientras los arts. 1.105 y 1.182 C. c. requieren la concurrencia de un elemento objetivo (imposibilidad) y otro subjetivo (no imputabilidad) para *excluir* la responsabilidad del deudor, por la doctrina tradicional se requiere un elemento objetivo (incumplimiento) y otro subjetivo (culpa) para *afirmar* la responsabilidad.

La razón histórica del equívoco terminológico en que se surmerge la doctrina tradicional, está, a juicio de Osti (145), en el haber privilegiado al momento subjetivo del hecho liberatorio (ausencia de culpa) (146) en detrimento del elemento objetivo (imposibilidad). Este equívoco se vio favorecido por razones ambientales en el Derecho común, al buscarse un fundamento moral a la idea de responsabilidad.

En cualquier caso, el equívoco doctrinal, todavía subsistente a pesar de la crítica de Osti y de la sustancial acogida de sus resultados en el Código italiano de 1942, que tampoco impide su subsistencia en Italia, exige replantear a la luz del Código civil cuáles sean las relaciones (si existen) entre diligencia e imposibilidad, lo que constituye uno de los aspectos anteriormente enunciados más importantes de la coordinación entre los artículos 1.104 C. c. y 1.105-1.182-4 del mismo Código.

Convendrá empezar señalando que, así como la teoría tradicional se basa en un equívoco terminológico, ha existido una mínima parte de la doctrina que fue enteramente consecuente con los presupuestos de la teoría de la culpa.

Tal orientación doctrinal tiene su primer exponente claro en Hartmann (147), que asume por primera vez todas las consecuencias derivantes del principio de la culpa. El hecho liberatorio se limita así al elemento subjetivo (no imputabilidad). Basta la ausencia de culpa para exonerar al deudor como consecuencia de ser la culpa el fundamento de la responsabilidad. La culpa es a la vez límite (su ausencia) y fundamento (su presencia) de la responsabilidad contractual. Estas afirmaciones van esencialmente unidas a la negación del concepto de pres-

(144) Cfr. OSTI, «Deviazioni dottrinali...», cit., p. 604.

(145) Vid. «Revisione critica...», cit., pp. 237 y 352, y «Deviazioni dottrinali...», cit., p. 600.

(146) De la afirmación *casus* igual a no culpa (válida en el ámbito limitado de la no imputabilidad de la imposibilidad, del caso fortuito en sentido estricto) se pasa a la de que sólo de culpa se responde (OSTI, «Revisione critica...», cit., p. 238).

(147) «Die obligation. Untersuchungen über ihren Zweck und Bau», Erlangen, 1875. Para una exposición de las tesis de HARTMANN, cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., pp. 240 y ss., y DEVOTO, op. cit., pp. 166 y ss.

Con anterioridad a HARTMANN, existía una corriente doctrinal alemana que sobre los textos romanos de la *missio rei*, sostenía la relevancia de la imposibilidad subjetiva. Doctrina (WINDSCHEID, MOMMSEN) que influyó decisivamente en el B.G.B. (Cfr. OSTI, op. últ. cit., pp. 227 y ss.).

tación como objeto de la obligación, sustituyéndolo por el de objetivo o fin de la misma (*Zweck*), de modo que la obligación se concibe como un determinado esfuerzo hacia un objetivo o propósito. Dado que negocios que tengan el mismo objetivo pueden dar lugar a obligaciones diversas, la liberación en cada una de ellas viene dada por el grado de esfuerzo en las mismas incluido. De este modo la noción de imposibilidad desaparece y se absorbe en la valoración del esfuerzo incluido en cada obligación (148).

En Italia, las teorías de Hartmann fueron introducidas por Barassi (149) bajo el imperio del Código civil de 1865. Barassi rechaza la idea de la imposibilidad como límite de la responsabilidad. El artículo 1.298 C. civ. it. 1865 regularía un caso aislado y, además, contenía una equiparación a la imposibilidad, de una imposibilidad subjetiva (extravío de la cosa) o dificultad para el cumplimiento. En cambio, la norma básica sería el artículo 1.224 del mismo Código (referida a la diligencia del buen padre de familia); el contenido de la obligación no es sino el deber de una determinada tensión de voluntad, de una determinada diligencia. El deudor no responde si usa en vano (sin llegar a cumplir, o sin hacerlo exactamente) el grado de diligencia a que estaba obligado.

De este modo, sobre la base del artículo 1.224 C. civ. it. 1865. Barassi constituyó la culpa en fundamento y límite (ausencia de culpa) de la responsabilidad contractual siguiendo los pasos de Hartmann.

Esta regla general tenía, según Barassi, dos excepciones: el artículo 1.644 del C. civ. it. de 1865 (responsabilidad del arrendatario de obras por lo actuado por sus dependientes) y el artículo 61 C. com. abr. relativo a las obligaciones genéricas en las transacciones comerciales; tales artículos consagrarían sendos supuestos excepcionales de responsabilidad objetiva, a interpretar, por tanto, restrictivamente. Fuera de estos ámbitos, sólo el incumplimiento culposo origina responsabilidad, y el no culposo equivale a la imposibilidad de la prestación. También aquí la imposibilidad de la prestación queda absorbida en la ausencia de culpa.

Barassi es el único autor italiano anterior al actual Código civil de 1942 que extrajo de la doctrina de la culpa todas sus implicaciones, el único autor a quien no se puede reprochar la contradicción de asumir la culpa como presupuesto necesario de la responsabilidad contractual y exigir, al mismo tiempo, para la extinción de la obligación una imposibilidad objetiva (150).

---

(148) HARTMANN distinguía a los efectos de la aplicación de su teoría, entre obligaciones «*bonae fidei*» y «*stricti iuris*», aplicándose sólo a las primeras. Pero la distinción es sólo histórica, pues actualmente todas las obligaciones son *bonae fidei*.

(149) Vid. «Se e quando lo sciopero sia forza maggiore a'sensi dell'art. 1.226 C. civ.», adición a «Del contratto di locazione» en el «Trattato teorico-pratico di Diritto civile» de BAUDRY-LACANTINERIE y WAHL, Milán, s. f., II, pp. 521 y ss.

(150) Cfr. VISINTINI, «Dottrine...», cit., p. 371, y «La responsabilità...», cit., p. 17.

No obstante, si bien se mira, el costo de esta elogiada coherencia es excesivo: sacrificio de la imposibilidad y de las normas que la consagran (arts. 1.182 y ss. del C. c.) que se absorben (borrándolas del sistema) en las de la diligencia (art. 1.104 C. c.); supresión de la noción de prestación y alteración sustancial de la idea misma del vínculo obligatorio; y junto a ello, la admisión de importantísimas excepciones: intervención de auxiliares en el cumplimiento (lo normal en el tráfico moderno) y obligaciones genéricas (aquéllas precisamente que en términos económicos y estadísticos —baste pensar en las pecuniaras— son más importantes).

Después del Código italiano de 1942, Barassi, en la primera edición de su «Teoria generale delle obbligazioni», había sostenido la coincidencia de las nociones de posibilidad objetiva de la prestación y de la diligencia del buen padre de familia. De tal manera se explicaba el artículo 1.218 C. civ. it. a través de una ficción de culpa: si el deudor responde siempre mientras la prestación es posible, ello se explica porque posibilidad es igual a diligencia, luego el deudor responde porque no ha sido diligente, mientras la prestación sea posible el deudor estará siempre en culpa.

Consciente de la artificiosidad de esta explicación (151), Barassi, en la segunda edición de su «Teoria general» habla de una solución ecléctica. En el sistema italiano el deudor responde siempre mientras la prestación es posible. La culpa (reverso de una diligencia tendencialmente confundida con la posibilidad de la prestación) es necesaria para responder por el incumplimiento, salvo en el caso de responsabilidad por impotencia del deudor en que Barassi habla de garantía (152) (Barassi entiende por impotencia, el estado en que viene a encontrarse el deudor que ha agotado infructuosamente todos sus recursos personales para el cumplimiento. Se trata, pues, de un concepto subjetivo y absoluto).

En la nueva versión, la ficción permanece, pues si se sigue respondiendo en tanto la prestación es posible, hablar de culpa es fingirla; y de garantía, arbitrario (153). La introducción de la noción de garantía es el fruto de reducir la responsabilidad a la idea de la culpa. Reducido el concepto de responsabilidad, los supuestos que quedan fuera del mismo, se configura como de «garantía». Se trata de una maniobra artificiosa, forzada por el preconcepto de una responsabilidad identificada con la culpa, maniobra evitable con una idea no preconcebida de responsabilidad, basada en el incumplimiento, en la que caben todos los supuestos.

(151) Cfr. op. cit., pp. 281 y ss. Vid., también, p. 23.

(152) Idea de garantía criticada por MENGONI («Obbligazioni di risultato...», cit., p. 300) en tanto que la garantía presupone la extinción de la obligación, lo que en el sistema italiano se excluye para la impotencia en el art. 1.256 C. civ. it. (arts. 1.182, 1.184 C. c., en España).

(153) La nueva versión, por otra parte, resulta contradicha por el mismo BARASSI en el plano efectivo de la carga de la prueba. El deudor para liberarse op. últ. cit., p. 354— debe probar la imposibilidad sobrevenida de la prestación determinada por causa a él no imputable.

Por su parte, Bianca (154), partiendo de que el concepto de «imposibilidad» no tiene un significado rigurosamente definido, afirma que no es sobre un determinado significado de este término sobre el que se construye la regla de responsabilidad, sino que es la misma noción de imposibilidad la que recibe significado de la regla de responsabilidad del deudor. El significado de la imposibilidad debe extraerse de la aplicación práctica de las normas de la responsabilidad contractual tal y como se realiza por la jurisprudencia (155). Del examen de la jurisprudencia emergería, según Bianca, el reenvío a la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, y, consiguientemente, la imposibilidad se reconduce a los impedimentos o dificultades superiores al esfuerzo diligente debido por el deudor. La imposibilidad es objetiva, pero no por la naturaleza del impedimento, sino por el criterio (diligencia) con que éste se valora, criterio de diligencia normal pero concebida en términos rigurosos.

Aparte de las reservas puestas al análisis jurisprudencial realizado por Bianca (156), hay que señalar en primer lugar que la regla de responsabilidad, a la luz de la cual habría que determinar el significado de la imposibilidad, no es la norma de la diligencia (art. 1.104 C. c.) que se asume acriticamente como tal, sin explicar el porqué de ese carácter, sino la que se deduce *a contrario* de las normas de la liberación del deudor (arts. 1.105 y 1.182-4 del C. c.) en correlación con el artículo 1.101 C. c.; además, que la noción de imposibilidad no es ajena a esa regla, al integrarse en el hecho exoneratorio-extintivo como uno de sus elementos y determinar, por tanto, *a contrario*, los supuestos de responsabilidad; y que, finalmente, están las normas (arts. 1.182 y ss.) que se ocupan del efecto extintivo de la imposibilidad liberatoria, con lo que queda por explicar o por qué se construye una noción de imposibilidad (medida en la diligencia) distinta en el artículo 1.105 Código civil a la de los artículos 1.182 y 1.184, o si ambas se miden en la diligencia, por qué dos normas del Código civil (arts. 1.105 y 1.182, 1.184) que no hay que presumir tautológicas se absorben en la del artículo 1.104.

Una muestra de la confusión de los planos de la imposibilidad y la diligencia, es la llevada a cabo por Majello (157) en 1955, en la que la contradicción de la doctrina común se lleva a sus lógicas consecuen-

---

(154) Voz cit., p. 196, «L'autonomia...», cit., p. 498, y «Dell'inadempimento...», cit., pp. 95 y ss.

En el mismo sentido BONVICINI, op. cit., pp. 308 y ss.

(155) BIANCA, op. últ. cit., pp. 96 y ss.

(156) Así, VISINTINI ha puesto de manifiesto que el análisis jurisprudencial de BIANCA se hace sobre las máximas y no sobre los verdaderos criterios de decisión judicial o criterios-base. El uso de la diligencia tiene un sentido diverso del de límite de la responsabilidad y responde en muchos casos a un puro obsequio verbal a una tradición (¿terminológica?) prolongada en el tiempo (cfr. «La responsabilità...», cit., pp. 65 y ss.).

(157) «Sulla responsabilità per inadempimento di una prestazione infungibile», en *Riv. dir. comm.*, 1955, II, pp. 21 y ss. Posición que abandonaría posteriormente en su libro «Custodia e deposito», cit., 1958.



cias. En aquel momento, Majello opera la distinción entre la imposibilidad que extingue la obligación y la que produce la exoneración del deudor (arts. 1.256 y 1.218 del vigente C. civ. it., y 1.182, 1.184 y 1.105 del C. c., respectivamente). La primera es una imposibilidad objetiva y absoluta, la segunda viene, en cambio, determinada por el límite del esfuerzo diligente debido (art. 1.176 C. civ. it. y 1.104 del C. c.; es decir, normalmente el del buen padre de familia).

De este modo el artículo 1.105 C. c. queda volatizado y absorbido por el artículo 1.104 del mismo Código, convirtiéndose en un duplicado inútil de la norma de la diligencia. Se rompe la coordinación entre la norma de la exoneración (art. 1.105 C. c.) y las de la extinción (arts. 1.182 y ss.), que se consideran ahora como normas incompatibles. En cambio, ambas normas se armonizan perfectamente: en tanto la obligación subsiste se responde por el mero hecho de incumplimiento (falta o inexactitud del cumplimiento); si el deudor quiere exonerarse de responsabilidad, ha de probar que la obligación de la que el acreedor lamenta su insatisfacción se ha extinguido. Exoneración y extinción van unidas como términos antitéticos de la responsabilidad (es decir, del incumplimiento).

Tampoco es cierto que la admisión en las obligaciones de hacer de una función de determinación del exacto cumplimiento a la diligencia (art. 1.104), conlleve una ruptura de las reglas de responsabilidad, de forma que el artículo 1.104 se aplique a los supuestos de incumplimiento inexacto y los artículos 1.105-1.182, 1.184 a los del incumplimiento total. Las reglas generales de responsabilidad se aplican en todo caso: el deudor que cumple mal o que no cumple en absoluto responde por el simple hecho del incumplimiento, total o inexacto que sea; para exonerarse de responsabilidad, en uno y otro caso, el deudor ha de probar que la obligación se ha extinguido por sobrevenida imposibilidad de la prestación a él no imputable. La prueba

---

La equiparación de la imposibilidad subjetiva a la objetiva a los efectos liberatorios ha sido sostenida por CIAN (op. cit., pp. 4 y ss.). Los demás supuestos en que no existe imposibilidad objetiva ni subjetiva vendrían regulados por la norma de la diligencia.

CIAN (op. cit., p. 10, nota 12) critica la tesis de GIORGIANNI sobre la base de que existen supuestos de incumplimiento no reconducibles al art. 1.218 C. civ. it. como lo entiende GIORGIANNI (imposibilidad objetiva) ni al art. 1.176 C. civ. it. (que regula la diligencia). Estos supuestos serían precisamente los de la imposibilidad subjetiva.

Sin embargo, esta supuesta laguna que critica CIAN, no se da en GIORGIANNI, pues éste no entiende como CIAN la culpa en sentido subjetivo (actividad voluntaria del deudor), sino objetivo (violación de una norma de conducta).

El régimen de responsabilidad contractual se reparte en GIORGIANNI entre los arts. 1.218 y 1.176 del C. civ. it. según sea el interés creditorio prevalente en la obligación (conservación de la posibilidad de la prestación o satisfacción de otros intereses del acreedor).

En cambio, una vez producida —como hace CIAN— la equiparación entre imposibilidad subjetiva y objetiva, no se comprende la necesidad de mantener como normas distintas los arts. 1.176 y 1.218 C. civ. it., a no ser sobre la base de una concepción subjetiva de la culpa que choca con el art. 1.176 C. civ. it. (y con el art. 1.104 del C. c. español).

de la extinción excluye el incumplimiento y, por tanto, la responsabilidad. Es, por ello, también prueba liberatoria (arts. 1.101, 1.105, 1.182-4 C. c.).

La diligencia como criterio de delimitación del exacto cumplimiento (sobre lo cual volveremos más adelante) opera en un plano diverso, en el de los presupuestos de responsabilidad, indicando cuándo hay cumplimiento (siempre que un *facere* diligente constituya el objeto de la obligación) y cuándo no lo hay.

Es decir la diligencia como criterio de cumplimiento opera en el plano de la materialidad del incumplimiento (art. 1.101 C. c.), pues establecida la inexactitud de la prestación (falta de la diligencia debida) aún resta para poder afirmar la responsabilidad del deudor el juicio de responsabilidad, el indagar si dicha falta está o no justificada, si se ha producido dentro o no del límite de la responsabilidad contractual. En cambio, si con arreglo a la misma diligencia se establece el cumplimiento (la presencia de la diligencia debida) se excluye toda cuestión de responsabilidad (que presupone la falta o inexactitud del cumplimiento).

Del análisis crítico realizado, emerge, pues, como una primera necesidad la de mantener separados el campo de la imposibilidad (de su determinación) y el de la diligencia. Se debe, además, mantener separados el plano de la causación de la imposibilidad del de la imposibilidad misma, así como también hay que separar el plano de la exactitud del cumplimiento de aquél del grado de esfuerzo necesario para superar un obstáculo que lo impida (158).

La imposibilidad sobrevenida de la prestación se sitúa siempre en el campo del límite de la responsabilidad contractual (con su doble efecto extintivo y exoneratorio), en tanto que la exactitud del cumplimiento pertenece al campo de los presupuestos de la responsabilidad, y la causa no imputable al deudor se integra, bajo la perspectiva causal, como elemento subjetivo que junto con la imposibilidad sobrevenida forman (ambos) el hecho complejo exoneratorio-extintivo, en defecto del cual el deudor responde por el incumplimiento.

Operada esta separación, se comprende que el grado de esfuerzo elevado, de carácter absoluto o en cualquier caso riguroso, efectivo (con el límite institucional mínimo de la excesiva onerosidad) se refie-

---

(158) Cfr. MICCIO, op. cit., pp. 206 y ss., y pp. 221 y ss. COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 26 y ss. y voz cit., pp. 377 y ss.

Distinción de ámbitos, esta última, que es intuitiva por la doctrina (TABET, op. cit., col. 199; DEVOTO, op. cit., pp. 209 y ss. y p. 239, y SCOGNAMIGLIO, «Note...», cit., pp. 451 y ss.), que distingue entre la vinculatoriedad de la relación obligatoria y la actividad del cumplimiento o, que subdistingue en ésta dos fases distintas.

La distinción en ambos casos es arbitraria, pues puede llevar a la aplicación de un régimen distinto (art. 1.104 ó 1.105-1.182, 1.184 C. c.) según se haya iniciado o no la actividad de cumplimiento, y ya hemos visto que las reglas de responsabilidad general (arts. 1.101, 1.105-1.182, 1.184 C. c.) —verificado que no ha existido exacto cumplimiento, en las obligaciones que consisten en un *facere* diligente con el auxilio del art. 1.104 C. c.— se aplican tanto al incumplimiento total como al inexacto.

re sólo al impedimento, a la imposibilidad de la prestación como componente objetivo del hecho liberatorio (no por tanto a la actividad de cumplimiento que es objeto de la prestación, ni al esfuerzo debitorio tendente a evitar que se produzca la imposibilidad sobrevenida, que determina si es o no imputable y que se integra igualmente en lo debido por el deudor) (159).

Toda mixtificación o confusión de imposibilidad (de su determinación) y diligencia produce aberraciones. Se anulan normas del sistema (art. 1.105 o arts. 1.105, 1.182 y 1.184 a la vez) que se subsumen en otras (art. 1.104), o se plantea la cuestión en términos de ficción de culpa. Trasladar la diligencia al campo de la posibilidad y decir que el deudor siendo la prestación posible responde porque se halla en culpa, es desnaturalizar la diligencia, llevarla a un campo ficticio al que resulta por completo extraña (160).

Con igual claridad, emerge del análisis realizado la necesidad de poner en contacto los artículos 1.105 y 1.182, 1.184 C. c. Se trata en ambos casos de una misma noción de imposibilidad: la imposibilidad que extingue la obligación es aquella que, precisamente por ello, ha de probar el deudor si quiere exonerarse de responsabilidad. La imposibilidad liberatoria única se regula en cada una de las sedes en que se produce su relevancia por su doble eficacia (exoneración de responsabilidad y extinción de la obligación).

(159) En este mismo sentido, cfr. LACRUZ, op. cit., p. 118: «Mas la idea del legislador al fijar el grado de diligencia exigible al deudor *no ha sido en un aspecto positivo la de limitar su obligación de dar, hacer u omitir, a cuanto pueda realizar con un esfuerzo medio (lo cual introduciría un elemento de inestabilidad y perturbación en el cumplimiento y vida de las obligaciones)*, sino en un aspecto negativo (culpa), la de establecer un índice para determinar la responsabilidad o irresponsabilidad de un deudor una vez que la prestación se ha hecho objetivamente imposible: tal es la tradición romanista, de la que el legislador español no intentó apartarse en esta cuestión de principio.

O sea: no hay que poner una diligencia superior a la media para evitar la extinción de la deuda por imposibilidad de prestar... pues la imposibilidad objetiva tiene eficacia liberatoria siempre que el deudor no la ha determinado con su comportamiento culposo (cfr. arts. 1.122-1, 1.147 y 1.182). *Pero mientras la prestación originaria es viable, se debe incondicionalmente; la consecución del objeto (cosa o hecho) es un derecho del acreedor que puede éste hacer efectivo mientras no resulte imposible, y sea cual sea el grado de esfuerzo que exija del deudor: la necesidad de cumplir sólo cesa, salvo casos excepcionales, por imposibilidad plena».*

He aquí —solitariamente en la doctrina española— una clara distinción entre el ámbito de la determinación de la imposibilidad en que por el carácter absoluto («plen») de ésta, no interviene la diligencia; y el ámbito de la imputación al deudor de la causa de la imposibilidad, en que sí juega la diligencia.

(160) Ciertamente la doctrina que así razona, llega a las mismas conclusiones en el plano de la afirmación de la responsabilidad, pero a costa de borrar las normas de la imposibilidad del sistema y sobre una base ficticia. Mejor, a igualdad de resultados, e inspirados en la coherencia, dar a cada norma su función que le permita coexistir con las demás y no escamotear bajo expresiones diversas una misma realidad: que el deudor incumplidor no se libera en tanto no pruebe la imposibilidad sobrevenida de la prestación que no le sea imputable, pues de otro modo la obligación subsiste y subsiste insatisfecha (es decir, permanece el presupuesto de la responsabilidad en toda su eficacia).

Finalmente, y no es éste, por cierto, el menos paradójico de sus resultados, por la vía de sustituir la imposibilidad de la prestación por la diligencia como límite de la responsabilidad, se delinea un concepto de obligación como tensión o grado de esfuerzo, muy lejano de aquél que se define usualmente por la doctrina común en sede de teoría general de la obligación (161).

Excluida del ámbito de la determinación de la imposibilidad, quedan por indagar ulteriores ámbitos en que la diligencia sea relevante.

## 2.2. Obligaciones de medios y de resultado

La consideración objetiva de la diligencia como norma o modelo de conducta (art. 1.104 C. c.) abre una primera esfera de relevancia de la culpa-diligencia. Dicha esfera de relevancia se opera a través de la integración del contenido de la prestación en las obligaciones de hacer, por remisión al modelo del buen padre de familia, modelo que cuando se trata de actividades técnicas o profesionales incluye, como ya sabemos, la adopción de las cautelas periciales comúnmente exigibles.

Es esta esfera de relevancia de la diligencia en el plano del objeto de la obligación, la que permite establecer en el seno de las obligaciones cuyo contenido es una prestación de hacer, la conocida distinción entre obligaciones de medios o de diligencia y obligaciones de resultado (162). En efecto, aquello que permite establecer la distinción entre

(161) Por ello, la doctrina, intuyendo el peligro (debilitación de la tutela del crédito, cfr., en este sentido, LACRUZ, citado en la nota 159) realiza un salto mortal en dos tiempos. Primero, se equiparan imposibilidad de la prestación y ausencia de culpa. Segundo, la diligencia se hace rigurosa hasta los confines de la posibilidad de la prestación. Al final de los dos tiempos se ha vuelto a la posición de partida.

También por esta vía se llega a las mismas consecuencias prácticas, pero también aquí acucia la necesidad de coherencia.

(162) Distinción sobre la cual, vid. MENGONI, «Obbligazioni di risultato...», cit., pp. 185 y ss.; TUNC, «Distinzione delle obbligazioni di risultato e delle obbligazioni di diligenza», en *Nuova Riv. dir. comm.*, 1947-8, I, pp. 126 y ss.; CATTANEO, op. cit., pp. 45 y ss.; MANCINI, op. cit., pp. 16 y ss.; DEVOTO, op. cit., pp. 215 y ss.; LEGA, «Le prestazioni del medico come oggetto di obbligazioni di mezzi», en *Giur. it.*, 1962, I, 1, cols. I, 247 y ss.; HERNÁNDEZ GIL, «Derecho de obligaciones», I, Madrid, 1960, pp. 123-4; Díez PICAZO, «Fundamentos...», cit., pp. 442-3; LACRUZ, op. cit., pp. 36-7; Díez PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 159.

Esta clasificación se ha convertido en el Derecho francés en la «*summa divisio*» de las obligaciones, y en la piedra de toque de la explicación del sistema de la responsabilidad contractual. Vid. VINEY, op. cit., pp. 629 y ss.; MAZEAUD-TUNC, op. cit., I, 1, pp. 126 y ss. (nn. 103-2 y ss.); MAZEAUD (H.), «Essai de classification...», cit., *passim*, espec., pp. 22 y ss.; J. FROSSARD, «La distinction des obligations de moyens et des obligations de résultat», París, 1965; CARBONNIER, op. cit., pp. 271 y ss.; WEILL-TERRÉ, op. cit., pp. 2 y ss., y 442 y ss.; THOMAS, op. cit., *passim*; R. SAVATIER, «La théorie des obligations en droit privé économique», París, 1979 (4.ª ed.), pp. 188 y ss., y 286; A. PLANQUEBEL, «Obligations de moyens, obligations de résultat (Essai de classification des obli-

ambas categorías de obligaciones, es la mayor o menor amplitud de lo debido respecto del interés primario del acreedor. Cuando se trata de obligaciones de medios o de diligencia, tal interés primario no está *in obligatione*; cuando se trata de obligaciones de resultado sí lo está. Ello no significa que en el fondo de una obligación de medios no exista un interés del acreedor, lo hay, pero funcionalizado a la obtención de otro ulterior respecto de cuya realización el deudor no está directamente obligado. Es el caso de la prestación médica; aquello a lo que el deudor se obliga (normalmente, salvo pacto en contrario) es a la prestación de una serie de curas y cuidados con arreglo al nivel técnico exigible de un buen profesional (163). En la prestación de estas curas diligentes el acreedor está efectivamente interesado, y lo está, porque sólo a través de ellas puede (como medio necesario, pero no siempre suficiente) obtener su interés primario o último (la curación).

Tampoco se excluye que existan en las obligaciones de resultado intereses ulteriores en el acreedor (viajero que se traslada de un sitio a otro para concluir un negocio). Pero ello no excluye la diferencia de que el interés primario típico se incluye en el contenido de la obligación (está *in obligatione*), en tanto los demás intereses permanecen fuera del mismo, son irrelevantes a los efectos del cumplimiento (por ej., en el caso antes citado, si el negocio que se deseaba concluir, no se concluye a pesar de haberse realizado exactamente el transporte) lo que no impide, tampoco, que puedan ser relevantes a los efectos del resarcimiento una vez establecida la responsabilidad con arreglo a lo que efectivamente se debía (así, si el transporte no se realiza o no se realiza exactamente en el ejemplo citado, y el deudor resulta responsable —no da la prueba liberatoria— el viajero podrá ser resarcido por los daños —lucro cesante— que como consecuencia del incumplimiento se le han derivado de la no conclusión del negocio).

La relevancia de la distinción se coloca, pues, en el plano del cumplimiento. La realización de la actividad diligente (que puede ser técnica) basta para que la obligación de medios se considere cumplida,

---

gations contractuelles en fonction de la charge de la preuve en cas d'inexécution)», en R.T.D.C., 1972, pp. 334 y ss.; H. L. y J. MAZEAUD, «Leçons de Droit civil», II, vol. 1, «Obligations. Théorie générale», París 1964 (4.ª ed. rev. por M. DE JUGLART), pp. 14 y ss. y 315-6.

Iniciador de la distinción en Francia, R. DEMOGUE «Traité des obligations en général», tomo V, París, 1925, pp. 536 y ss. (n. 1.237).

Críticamente: G. MARTON, «Obligations de résultat et obligations de moyens», en R.T.D.C., 1935, pp. 499 y ss.; ESMEIN, «Le fondament de la responsabilité contractuelle rapprochée de la responsabilité délictuelle», en R.T.D.C., 1933, páginas 627 y ss., y allí, pp. 658 y ss.; Id., «L'obligation et la responsabilité contractuelles», en *Le Droit privé français au milieu du XX<sup>e</sup> siècle. Études offertes à Georges Ripert* II, París, 1950, pp. 101 y ss., y allí, pp. 109 y ss., y en el Tratado de PLANIOL-RIPERT, tomo VI, *Obligations* (1.ª parte), París, 1952 (2.ª ed.), pp. 498-9; MARTY-RAYNAUD, op. cit., pp. 503 y ss.

(163) Como se ha dicho en la jurisprudencia francesa (cfr. TUNG, op. cit., p. 144): «le médecin ne contracte vis á vis de son client d'autre obligation que celle de lui donner des soins consciencieux, attentifs, conformes aux données acquises de la science».

aunque el interés primario del acreedor no se realice. Así, el médico cumple, se libera, prestando una cura diligente, aunque el enfermo no llegue a curarse. Es lo primero (la prestación de diligencia, en este caso técnica) el contenido de la obligación y no lo segundo (curación). En cambio, para cumplir una obligación de resultado el interés primario típico del acreedor contenido en la obligación ha de realizarse (el traslado hasta el punto de llegada en las condiciones pactadas, cuando se trata de la prestación de transporte).

Por ello, la base de la distinción de ambas clases de obligaciones, ha sido puesta (164) en la aleatoriedad del resultado final en el caso de las obligaciones de medios, en las que su efectiva producción depende en gran medida de factores ajenos al control del deudor.

De ahí la relatividad de la distinción, pues una misma obligación puede ser de medios o de resultado según resulte de la voluntad de las partes, de modo que un profesional puede comprometerse a la prestación de un resultado concreto en vez de a una actividad diligente (técnicamente correcta) en orden a la consecución de aquel mismo resultado (165).

En los casos dudosos hay que atender a las demás circunstancias del contrato, como, por ej., la existencia de cláusulas de irresponsabilidad.

Esta distinción ha sido objeto de crítica terminológica (166), y en este sentido se dice que todas las obligaciones persiguen un resultado, son de resultado, y que todas las obligaciones requieren un cierto grado de esfuerzo del deudor, son de medios o de diligencia.

Pero esta crítica terminológica deja imprejuzgada la diferencia sustancial entre ambos tipos de obligaciones (167). Aunque siempre se debe un resultado, el contenido de dicho resultado es distinto en uno y otro caso. En un caso (obligaciones de medios) es un comportamiento con arreglo a un modelo de conducta (la diligencia, técnica o no), y en otro caso (obligaciones de resultado) es una alteración de la realidad física.

Es cierto, por otra parte, que no basta la mera ausencia del resultado en una obligación de esta clase para declarar responsable al deudor, pero ello no es una consecuencia de que no existan obligaciones de resultado, sino de que también en éstas, la responsabilidad del deudor tiene un límite: la imposibilidad sobrevenida de la prestación (de resultado) por causa no imputable al deudor. Extinguida la obligación por dicha causa, el deudor se libera a pesar de la no realización de la prestación.

---

(164) Cfr. CATTANEO, op. cit., p. 45, y TUNC, op. cit., p. 130.

Vid. también, DíEZ-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 443.

(165) Cfr. CATTANEO, op. cit., p. 49.

(166) Vid. MOSCO, voz cit., pp. 410 y ss., y BIANCA, «Dell'inadempimento...», cit., pp. 32 y ss.

(167) Cfr. MENGONI, op. cit., p. 188; TUNC, op. cit., pp. 130 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...», cit., p. 74; CATTANEO, op. cit., p. 50.

De aquí la necesidad de pasar de la crítica formal de la distinción de ambas clases de obligaciones, a la crítica sustancial; de la crítica de la misma a la búsqueda de su trascendencia efectiva.

En este plano es en el que se impone afirmar con la doctrina más autorizada (168) que la distinción establecida en el contenido de la obligación, no rompe el sistema de la responsabilidad en dos campos: el de la norma de la diligencia (art. 1.104 C. c.) y el de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c. En el primero se situarían las obligaciones de medios y en el segundo las de resultado.

Para liberarse de responsabilidad en las obligaciones de medios, al deudor bastaría probar su ausencia de culpa con arreglo al artículo 1.104 C. c., es decir, probar que ha sido diligente. En cambio, tratándose de obligaciones de resultado habría de probar la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa a él no imputable (el caso fortuito en sentido amplio). Este modo dual de actuar la responsabilidad, produce, simultáneamente, dos reglas de responsabilidad (la del artículo 1.104 C. c. y la que se deduce de los arts. 1.105-1.182, 1.184 en correlación con el art. 1.101 C. c.), y dos límites de la misma (la ausencia de culpa y la imposibilidad liberatoria, respectivamente).

Y sin embargo, este modo de razonar es erróneo. La regla general de la responsabilidad es siempre la que se deduce de los artículos 1.105-1.182, 1.184 en correlación con el artículo 1.101 C. c., el límite de la responsabilidad contractual es, también siempre, la imposibilidad sobrevenida de la prestación originada en causa no imputable al deudor.

El deudor de una prestación de diligencia se libera probando que ha prestado la diligencia debida, pero no se libera porque la regla de responsabilidad-liberación sea en este caso distinta, sino porque probando la diligencia prueba que ha cumplido. La diferencia no está en la regla de responsabilidad —que es siempre la misma— sino en el contenido de la obligación, que no consiste en la realización del interés primario del acreedor (curación) excluido de aquel contenido, sino, precisamente, en desarrollar una actividad diligente (si es una prestación técnica con arreglo a los criterios de pericia propios del arte o profesión de que se trate). La prueba del cumplimiento, pues, excluye la existencia del incumplimiento y con él la responsabilidad, pues presupuesto de toda cuestión de responsabilidad contractual es el incumplimiento en sentido material (la falta o inexactitud del cumplimiento, art. 1.101 C. c.).

Por lo que atañe al incumplimiento de una obligación de medios (la falta o defectuosidad de la prestación diligente debida), el deudor incumplidor se libera como en cualquier otra obligación a través de la única prueba liberatoria posible: la imposibilidad liberatoria de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c.

(168) Cfr. OSTI, «Deviazioni dottrinali...», cit., pp. 606 y ss., y voz cit., pp. 292 y ss.; CATTANEO, op. cit., pp. 47 y ss.; MENGONI, «Obbligazioni...», cit., pp. 305 y ss.; MANCINI, op. cit., pp. 16 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 65 y ss.; VISINTINI, «Dottrine...», cit., pp. 386-7 y «La responsabilità...», cit., pp. 33-4 y 168 y ss.; RESCIGNO «Manuale...», cit., pp. 603 y ss.

El tratarse de una obligación de medios, introduce en la imposibilidad sobrevenida de la prestación ciertos caracteres que son correlativos de la naturaleza de la prestación, dado el carácter de la imposibilidad (objetividad) de incidir sobre aquélla.

Así, la imposibilidad (169) puede ser tanto del resultado final (en relación al que se mide el esfuerzo idóneo para lograrlo) como de la actividad misma en que la prestación consiste, produciéndose por tanto un ensanchamiento del ámbito de relevancia de la imposibilidad (169 bis). La imposibilidad, como sabemos, puede referirse al deudor cuando se trate de una prestación de hacer personalísima o infungible. Además, en los casos de obligaciones de actividad el problema de la eficacia liberatoria de los supuestos de *dificultas praestationis* no se plantea nunca, pues la dificultad se convierte en elemento de valoración del grado de diligencia exigible en el cumplimiento.

La regla general de responsabilidad-exoneración se aplica a las obligaciones de medios tanto en el caso de cumplimiento inexacto (no diligente), como de total ausencia de cumplimiento (falta absoluta de la prestación); en uno y otro caso el deudor sólo se libera de responsabilidad probando la imposibilidad liberatoria que le ha impedido de prestar exactamente o de prestar en absoluto.

La diligencia es en las obligaciones de medios el criterio de conducta que determina la exactitud de la prestación de hacer en que aquéllas consisten. Su papel permanece en el campo de los presupuestos de la responsabilidad, en la medida que es un criterio que establece cuándo hay cumplimiento exacto y cuándo no. En el primer caso la cuestión de la responsabilidad no se plantea; en el segundo, establecida la materialidad del incumplimiento (falta de exacto cumplimiento, art. 1.101 C. c.) queda por verificar si dicha falta está o no justificada por situarse fuera o dentro del límite de la responsabilidad contractual. En otras palabras, la diligencia como criterio de cumplimiento en las obligaciones de medios, opera como un límite a la discrecionalidad del deudor, en modo análogo a cómo opera el artículo 1.167 Código civil respecto del deudor de cosas genéricas. Por debajo del criterio legal general de cumplimiento (diligencia del buen padre de

---

(169) Cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., pp. 469-470; MENGONI, op. últ. cit., pp. 309 y ss.; CATTANEO, op. cit., pp. 83 y ss.; MANCINI, op. cit., pp. 43 y ss.

(169 bis) La imposibilidad del resultado final, aun no incidiendo directamente en el contenido de la obligación de actividad, hace imposible la prestación, pues no resulta concebible un esfuerzo dirigido a la realización de un resultado imposible; la imposibilidad del resultado final excluye concretamente el carácter de «medio» de todo aquello que abstractamente podría considerarse como tal.

Como ejemplo del ensanchamiento del ámbito de incidencia de la imposibilidad resultante de la relevancia de la imposibilidad del resultado final en las obligaciones de medios, pone MENGONI (*ibidem*, p. 310) los casos del vendedor de cosa ajena y del mandatario para adquirir una cosa. En el primer caso (obligación de resultado) el rechazo del tercero propietario a la venta de la cosa no constituye imposibilidad de la prestación; en cambio, sí la constituye para el mandatario (obligación de actividad), con reserva en este último caso de la imputabilidad o no de la imposibilidad al mandatario-deudor.



familia, art. 1.104, calidad media de las cosas genéricas, art. 1.167) el deudor no cumple (170).

Pero el criterio de la diligencia no es definitivo en cuanto a la afirmación de la responsabilidad, porque la inexactitud (culpa, falta de diligencia debida) o la falta total de la prestación de medios, puede estar determinada por imposibilidad liberatoria (171); es decir, al juicio de exactitud (diligencia) debe seguir el verdadero juicio de responsabilidad que implica la consideración del límite de la responsabilidad contractual, y que será el que determinará definitivamente si hay incumplimiento (en sentido definitivo, «imputable») o extinción, si responsabilidad o liberación .

En definitiva, la diligencia como criterio del exacto cumplimiento en las obligaciones de medios opera en el terreno del incumplimiento en sentido material (inexactitud del resultado debido, art. 1.101 C. c.); verificado el incumplimiento material, queda para poder afirmar la responsabilidad el verdadero juicio de responsabilidad (la «imputabilidad» del incumplimiento), plano en el que juegan las normas generales (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.).

El papel de las normas de la diligencia en el terreno del cumplimiento es, pues, compatible con el de las normas sobre la imposibilidad liberatoria. Estas se aplican en todo caso (también a las prestaciones de diligencia, y tanto en el incumplimiento inexacto como en el total), señalando el límite entre incumplimiento (definitivo, «imputable») y extinción de la obligación. Las normas de la diligencia, por su parte, como criterio de exactitud en el cumplimiento para las prestaciones que consisten en un *facere diligente*, no excluyen la aplicación de las normas de la responsabilidad, sino que le son presupuesto necesario para su aplicación. Una vez verificada la inexactitud (culpa) o la falta de la prestación de actividad, se impone el juicio de responsabilidad en términos de los arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c., para ver si hay incumplimiento (definitivo, «imputable») o extinción de la obligación.

La distinción entre obligaciones de medios y de resultado se entiende, pues, no como una contraposición de regímenes de responsabilidad contractual, ya que éste es el mismo en todo caso, sino como la existencia respecto de las primeras de un criterio de exactitud en el cumplimiento propio (la diligencia, técnica o no) inherente al contenido de la prestación, que permite establecer cuándo hay o no hay cumplimiento; mientras en las obligaciones de resultado (por aquel mismo contenido) es la presencia del resultado la que nos da el cumplimiento y su ausencia (o defectuosidad) el incumplimiento (en sentido material). La falta o la defectuosidad del resultado debido en las

(170) Cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., p. 350, y voz cit., pp. 292 y 293.

Es esta función de la diligencia como criterio de cumplimiento, dice OSTI, la que explica la colocación de la norma italiana de la diligencia —art. 1.176 C. civ. it.— en la sede sistemática del cumplimiento, junto al art. 1.178 relativo a la calidad media en las obligaciones genéricas.

(171) Cfr. BETTI, op. cit., p. 128, y MENGONI, op. últ. cit., p. 313.

obligaciones de resultado, tampoco es definitiva a los efectos de la afirmación de la responsabilidad. También aquí nos movemos en el terreno del incumplimiento en sentido material. Si la falta de resultado (o su defectuosidad) obedece a imposibilidad de la prestación no imputable al deudor, éste se libera; en otro caso, responde. También aquí con carácter posterior al establecimiento del incumplimiento como hecho (en su materialidad, art. 1.101 C. c.), se requiere la consideración del límite de la responsabilidad, la verificación del verdadero juicio de responsabilidad que lleva a establecer en modo definitivo la responsabilidad (si la obligación subsiste, si el incumplimiento es «imputable») o la extinción de la obligación (si el deudor da la prueba liberatoria-extintiva, que constituye el límite de su responsabilidad).

Estas consideraciones nos permiten una clarificación posterior. Por Osti y la doctrina que le sigue (172), se ha hablado en el terreno de las obligaciones de medios o actividad como de obligaciones en las cuales la responsabilidad se basa en la culpa (falta de diligencia), en la medida en que culpa e incumplimiento (inexacto) en este ámbito son sinónimos. Pues la diligencia es aquí criterio de exactitud de la prestación y la inexacta ejecución de la misma (falta de diligencia, culpa) es incumplimiento.

De lo dicho hasta aquí resulta que la culpa en las obligaciones de medios (como la falta de resultado en las obligaciones de resultado) equivale al incumplimiento, pero no al incumplimiento definitivo (imputable) al que se conecta directamente la responsabilidad, sino al incumplimiento en sentido material (la falta o inexactitud del resultado debido, cuyo diverso contenido es el criterio que sirve para distinguir las dos categorías de obligaciones) a que se refiere el artículo 1.101 C. c.

Establecido el incumplimiento en su materialidad (en las obligaciones de medios por la falta de diligencia debida —culpa—, o por la falta total de la prestación; en las de resultado por la falta o inexactitud del resultado debido), para establecer la responsabilidad en modo definitivo se requiere la consideración del límite de la responsabilidad contractual, y sólo en este momento posterior podremos saber si hay incumplimiento (definitivo, imputable) y por tanto responsabilidad, o por el contrario (si el deudor da la prueba liberatoria) extinción de la obligación.

Para establecer la responsabilidad en modo definitivo, el incumplimiento definitivo o «imputable», no basta ni la culpa en las obligaciones de medios, ni la falta de resultado en las de resultado, sino que en ambos casos ha de procederse ulteriormente al juicio de responsabilidad (o imputabilidad) que presupone la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, y en el que se juzga con arreglo a las normas generales de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c. y el límite general de la responsabilidad en ellas establecido.

---

(172) Cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., pp. 422-3; CATTANEO, op. cit., p. 51; MANCINI op. cit., p. 44.

Por tanto, ni siquiera en las obligaciones de diligencia es cierto que baste la culpa, la falta de diligencia para establecer definitivamente la responsabilidad del deudor. La falta de diligencia (culpa), como la falta de resultado en las obligaciones de resultado, son sólo presupuestos del juicio de responsabilidad (que presupone la inexistencia de exacto cumplimiento, art. 1.101 C. c.), presupuestos necesarios pero no suficientes para establecer aquélla, que se establece en todo caso a partir de la subsistencia o no del vínculo obligatorio, en función de que haya o no sobrevenido la imposibilidad liberatoria, que constituye el límite general de la responsabilidad contractual. Sólo en este momento posterior podemos saber si hay o no incumplimiento (definitivo, imputable que constituye el fundamento de la responsabilidad contractual en todo caso) y responsabilidad, o liberación y extinción de la obligación.

La trascendencia de la distinción de las obligaciones a que aquí se hace referencia, se ha pretendido llevar, especialmente en Francia, al plano de la carga de la prueba. Sin perjuicio de remitirnos a la sede oportuna, aquí adelantamos que de lo dicho (único fundamento, único límite de la responsabilidad), se deduce que no es la carga de la prueba lo que se afecta, sino el contenido de la misma, por cuanto se refiere a la prueba de la materialidad del incumplimiento a dar por el acreedor (173); y ello en razón de la diferencia de contenido de la prestación debida. Es decir, siendo el contenido de la prueba del acreedor el incumplimiento como hecho (en sentido material), éste siempre consiste en la falta de un resultado debido (*in obligatione*), a saber, la falta de la actividad diligente debida (obligaciones de actividad) o la falta de producción del *opus* debido (obligaciones de resultado).

Corresponderá al deudor con la prueba de la imposibilidad liberatoria, excluir la relevancia de ese incumplimiento inicialmente probado por el acreedor, pues extinguida la obligación aquel resultado cuya falta lamentablemente el acreedor ya no es debido, y por tanto no cabe hablar ni de responsabilidad ni de incumplimiento (definitivo, «imputable»).

### 3) *Imposibilidad y buena fe. Estado de necesidad. Ensanchamiento de la noción de imposibilidad*

Reafirmada la exclusión de la diligencia del ámbito de la determinación de la imposibilidad, y permaneciendo como una exigencia atendida la de no configurar un límite de la responsabilidad excesivamente riguroso para el deudor, esta exigencia se colma con el recurso a la valoración de las circunstancias según buena fe. Recurso a la buena fe que se ha operado simultáneamente a su progresiva implantación en

---

(173) Cfr. VISINTINI, «La responsabilità...», cit., p. 33, y MENGONI, *ibidem*, pp. 313 y ss.

el ámbito de las aplicaciones reales, abandonando el de las proclama-  
ciones de principios o intenciones.

El propio Osti (174), no fue del todo ajeno a esta exigencia. El rigor de la imposibilidad en Osti se producía como consecuencia del acogimiento como fundamento lógico de la extinción de la obligación por imposibilidad sobrevenida, el de la pérdida de un presupuesto o *conditio iuris* de la misma (posibilidad de la prestación) para su nacimiento, que lo mismo que faltando *ab initio* impide su nacimiento, faltando una vez constituida la obligación la extingue (*obligatio in eum casum incidit a quo incipere non potuit*).

Pues bien, este rigor se atenúa en la forma de entender el carácter absoluto del impedimento liberatorio-extintivo. Al impedimento que no puede ser vencido con las fuerzas humanas, se equipara aquél que no puede ser vencido sino con una actividad ilícita o con el sacrificio de alguno de los derechos esenciales de la persona. Y ello lo explica Osti (175) por la propia naturaleza de la obligación; el grado de vinculación que ésta supone no puede llegar más allá de lo que el ordenamiento reconoce como congruente con los fines de la cooperación económica, más allá de estos límites lo mismo que la obligación inicialmente no puede surgir, se extingue si estaba ya constituida.

Más recientemente, Osti (176) tuvo ocasión de pronunciarse sobre el uso de la cláusula de buena fe en la determinación del rigor de la imposibilidad. Dejando siempre el remedio de la resolución por excesiva onerosidad como utilizable, Osti se reafirmaba en el carácter absoluto de la imposibilidad sobrevenida, pero no entendiendo por imposible aquello que *natura dari vel, fieri non potest*, sino como algo conmisurado a la naturaleza de cada prestación e incluso a los modos típicos de organización del deudor. La norma de la buena fe —«correttezza»— (art. 1.175 C. civ. it.), en cambio, aparecía como «uno de aquellos principios generalísimos, que en el terreno práctico ofrecen una utilidad muy limitada».

En cambio, en un movimiento doctrinal reciente, al que ya hemos aludido, la buena fe ha ido cobrando progresivamente mayor importancia como criterio a la luz del cual analizar la incidencia de circunstancias sobrevenidas en la economía del contrato. Así, se ha observado que entre los supuestos de excesiva onerosidad (remedio, por otra parte, limitado a las obligaciones recíprocas) y los de imposibilidad estricta de la prestación, existe una zona intermedia de casos en que la prestación deviene inexigible con arreglo a un juicio de buena fe (177). Casos que por no reunir los requisitos de la excesiva onerosidad (extraordinariedad, imprevisibilidad) quedarían excluidos de toda

(174) Cfr. «Revisione critica...», cit., pp. 221 y ss. y voz cit., p. 289.

(175) «Revisione critica...», cit., p. 223.

(176) Voz cit., pp. 296-7.

(177) BESSONE («Adempimento...», cit., pp. 391-399) pone el siguiente ejemplo: Contratos de suministro recíproco existentes entre las empresas A y B; en esta situación, una disposición de la autoridad determina la resolución por imposibilidad sobrevenida del contrato entre B y A (ej., prohibición de comercializar un determinado producto). En casos como éste, un control según buena fe

relevancia si hubiera de acogerse una noción rigurosa de la imposibilidad.

Asumido como necesario un control de las circunstancias de la obligación en términos de buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.), el problema se centra en ver cómo se inserta este criterio en el sistema de la responsabilidad contractual sin descomponerlo.

De cuanto se desprende de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c., resulta que elevar la buena fe a criterio autónomo de liberación del deudor incumplidor, significaría sustituir el sistema legal establecido por otro diferente, una genuina maniobra subversiva del orden legal y de los valores por él tutelados.

El papel de la buena fe, como ha demostrado Mengoni (178), ha de ser forzosamente más modesto. La buena fe influye en la liberación del deudor por vía indirecta, en tanto criterio delimitador de la prestación, de lo debido. Al ser la buena fe criterio para establecer el contenido de lo debido, lo es asimismo de la imposibilidad sobrevenida, que deba valorarse según los medios que conforme a la buena fe se comprenden en la esfera de la obligación. De ahí que haya imposibilidad liberatoria cuando por circunstancias sobrevenidas, el resultado debido no se podría realizar sino con medios anormales al tipo de relación considerada. Y en general, la obligación se extingue o se suspende su eficacia (según el carácter temporal o definitivo del impedimento) siempre que por eventos sucesivos no imputables al deudor, la satisfacción del acreedor choque con intereses personalísimos de aquél, que con arreglo a buena fe no se deban subordinar al interés creditorio en el cumplimiento (179).

De este modo, la inexigibilidad de la prestación aparece como una subespecie de la imposibilidad de la prestación, consecuencia del papel de la buena fe en la fijación del límite de lo debido.

La necesidad de la consideración de la buena fe en la valoración de la imposibilidad ha encontrado un amplio eco en la doctrina y no

de la economía de la relación, puede demostrar que A no puede exigir ya de B, a tenor del contrato subsistente, suministro de sus productos a un precio inferior al del mercado (pactado por el carácter recíproco de los dos contratos de suministro), a pesar de ser el acto administrativo ajeno a A (aquí se razona en términos de buena fe y no de diligencia).

BESSONE (ibidem, pp. 402-3) propende en estos casos por la aplicación de las normas de la resolución.

(178) Cfr. «Obbligazioni...», cit., pp. 282 y ss.

(179) De esta idea, MENGONI había ya anteriormente hecho uso en «Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro», cit., pp. 264 y ss., extrayendo un principio general según el cual el cumplimiento de un deber que choque con la obligación y objetivamente juzgado, según buena fe, prevalente respecto a la obligación en cuestión, produce los mismos efectos que la imposibilidad (estricta) sobrevenida de la prestación. Estos deberes que chocan con el cumplimiento pueden tener incluso raíz constitucional (es el caso del servicio militar o el ejercicio de cargos públicos, arts. 30 y 23-2 de la Constitución) o, pueden tener también respaldo legislativo, como en el caso de los deberes familiares consagrados en el Código civil.

Caso arquetípico de conflictos de este género, es el de la cantante que no actúa en la fecha contratada por acudir al lecho de muerte de su hijo. (Cfr., también LARENZ, *Derecho de obligaciones*, cit., p. 153).

es ajena tampoco a algunos pronunciamientos de la jurisprudencia (180). Es más, aún por quienes parten de una concepción de la imposibilidad sobrevenida en términos absolutos o rigurosos se llega a parecidos re-

---

(180) Cfr. ROPPO, «Il contratto», cit., pp. 228-9; VISINTINI, «Impossibilità...», cit., pp. 3 y ss, y «La responsabilità...», cit., pp. 81 y ss.

Un ejemplo de inexigibilidad frecuentemente reproducido por la doctrina italiana, es el puesto por BRECHT del transportista marítimo que no puede salir del puerto bloqueado por el hielo, sino con la ayuda de un rompehielos.

En España, sobre el uso de la buena fe a estos efectos, cfr. LACRUZ, op. cit., p. 117: «En otro aspecto la hay (imposibilidad) igualmente si el cumplimiento sólo es ya posible mediante un acto ilícito o el sacrificio de la integridad u otro atributo de la persona del obligado»; PUIG BRUTAU, op. cit., pp. 358 y ss., y allí p. 359: «si el desequilibrio es tan pronunciado que la dificultad coloca al deudor al borde de la imposibilidad (estricta), hay que preguntarse si el Derecho, como medio de regulación social fundado primordialmente en la buena fe, debe permanecer indiferente ante la nueva situación económica sobrevenida». Finalmente, este autor propende por la asimilación de estos casos a la imposibilidad sobrevenida siguiendo los pasos del art. 1.267 del C. c. de Filipinas: «Cuando el servicio se ha hecho tan difícil que de manera manifiesta va más allá de lo que tuvieron en cuenta las partes, el obligado también puede ser eximido del mismo en todo o en parte»; Los anotadores de ENNECCERUS, PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER («Tratado de Derecho civil», *Enneccerus-Kipp-Wolff*, tomo II, Derecho de obligaciones, I, pp. 246-7, 2.<sup>a</sup> ed. al cuidado de PUIG BRUTAU, Barcelona, 1954) acogen en nuestro Derecho la doctrina de la inexigibilidad, sobre la base del principio de buena fe que es suficiente para que los arts. 1.182 y 1.184 C. c. no se interpreten en modo literal y contra un espíritu de «prudente justicia»; ALBALADEJO, op. cit., pp. 214 y ss., se inclina, sobre la base también, junto a otras consideraciones, de la buena fe, por la asimilación de imposibilidad y gravosidad extraordinaria, siempre que la obligación no sea revisable, lo que es lógico, pues la excesiva onerosidad (en la que como alternativa a la resolución —si se trata de obligaciones recíprocas— existe la reconducción a equidad de la relación) es el límite institucional mínimo de la imposibilidad (y de la inexigibilidad a ella equiparada, por tanto); Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pp. 238-9, y allí p. 239: «Por lo tanto y fuera de esta última hipótesis (imputabilidad al deudor del impedimento) al deudor no se le ha de pedir la superación de obstáculos para el cumplimiento que exigen esfuerzos considerables, cuando ello sea contrario a la buena fe (art. 7-1 del Título Preliminar)»; CASTÁN, op. cit., pp. 327-8, tras recoger la opinión de PÉREZ GONZÁLEZ y ALGUER, añade —sin precisar su propia postura— que «lo cierto —*ibidem*, p. 328— es que las doctrinas modernas postulan la liberación del deudor en aquellos casos en que, por alteración extraordinaria e imprevista de las circunstancias, se le hace la prestación exageradamente gravosa...».

En cambio, GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pp. 292 y ss., no distingue entre excesiva onerosidad (que en defecto de reducción de la prestación onerosa produce, tratándose de obligaciones recíprocas, la resolución a instancias de la parte onerada) e imposibilidad por inexigibilidad (equiparada a la imposibilidad a los efectos extintivos-liberatorios).

En el sentido de introducir el juicio de buena fe en la valoración de la imposibilidad de la prestación, es muy significativa la sent. del T. S. de 9 de noviembre de 1949 (R. A. 1.245) que dice que «La diligencia necesaria para vencer las dificultades que se presenten (para cumplir), no exige sin embargo la llamada prestación exorbitante, es decir, aquélla que exigiría vencer dificultades que puedan ser equiparadas a la imposibilidad por exigir sacrificios absolutamente desproporcionados o violación de deberes más altos (al del cumplimiento)».

Significativa, por su antigüedad, es la sent. T. S. de 2 de julio 1910 (núm. 89), en la que se equipara, en trámite de ejecución forzosa de una prestación incumplida, la imposibilidad de la misma a la extraordinaria dificultad, a efectos de dar lugar al resarcimiento sustitutivo: «Considerando además que *ni por ley ni por*

sultados atenuatorios a través del uso de los límites internos de estos caracteres (181).

Este papel reconocido a la buena fe, no debería sorprender; pues de la misma manera que el ejercicio del derecho de propiedad se limita por exigencias de buena fe, éstas mismas exigencias imponen ciertas limitaciones a la actuabilidad de un derecho de crédito.

En el fondo de las posturas refractarias a la buena fe hay, aparte de una desconfianza injustificada hacia la misma, así como hacia las demás cláusulas generales, un temor a la debilitación de la tutela del crédito a través de una flexibilización excesiva del elemento objetivo del límite de la responsabilidad. Temor que tampoco se justifica, en la medida que el papel que la buena fe juega en la determinación de la imposibilidad de la prestación, es el exacto reverso del que juega en la determinación del contenido de la propia prestación (de la misma manera que, en general, las limitaciones al ejercicio de un derecho según buena fe —se piense, de nuevo, en el caso de la propiedad— se repercuten sobre su contenido).

En los casos de imposibilidad de la prestación por inexigibilidad de la misma según buena fe, la liberación del deudor tiene un cierto

---

*equidad* puede imponerse a un litigante, cuando en el momento de cumplirse la ejecutoria no existe en su poder la cosa a cuya entrega fuese condenado, a que la *adquiera a cualquier precio de un tercero* que la posea legítimamente, pues aun tratándose de cantidad determinada de frutos en especie, no obstante que éstos suelen ser de oferta corriente en el mercado, dispone el art. 947 (L.E.C.) que se reduzcan a dinero y se proceda a hacer efectiva la suma que resulte, con lo que así como la indemnización de daños y perjuicios en otros casos, estima el legislador suficientemente amparados los derechos del que obtuvo sentencia».

(181) Así, COTTINO («L'impossibilitá...», cit., pp. 136 y ss.) que concibe la *in*-posibilidad en términos absolutos, independiente en su determinación de la diligencia, afirma que el esfuerzo o sacrificio del deudor deben llevarse hasta que consientan que cuanto forma objeto de la prestación sea realizado según la intención de las partes y hasta que no exista un principio del ordenamiento-expresso o implícito-incompatible con su prosecución. El carácter absoluto de la imposibilidad no es un requisito que se fija caso por caso, sino que se concreta en cada supuesto en base a los criterios generales inducibles del ordenamiento. Entre los límites que han de tenerse presentes en la determinación de la imposibilidad, menciona el citado autor: la relevancia del contenido del deber de prestar; la buena fe (la inexigibilidad no es para COTTINO un instituto de general aplicación, sino la *ratio* de ciertas disposiciones normativas de carácter atenuatorio, como lo es en Italia la excesiva onerosidad, arts. 1.467 y ss. del C. civ. it.); la existencia de ciertos atributos personales (integridad psíquica y física); el no incurrir en ilicitud penal, civil o administrativa.

Es el juez quien, al margen del criterio de la diligencia, debe en uso de los citados criterios determinar si en cada caso la imposibilidad ha sido absoluta.

Todas estas afirmaciones se hacen por COTTINO en el contexto de la crítica del requisito de la objetividad de la imposibilidad, y la afirmación de su carácter absoluto como aquel requisito que sirve para asegurar que se haga el máximo sacrificio por cumplir.

Por su parte MOSCO (voz cit., pp. 427 y ss.), tras excluir la relevancia de la inexigibilidad por el carácter riguroso y absoluto de la imposibilidad, habla (*ibidem*, pp. 430 y ss.) de supuestos de imposibilidad de la prestación por conflicto con intereses superiores (intereses de la personalidad, intereses de la economía pública, intereses tutelados por normas específicas de Derecho público, e incluso hipótesis de conflicto con otros intereses privados).

carácter facultativo; el deudor no está obligado a realizar un esfuerzo heroico, pero si lo realiza cumple, y al cumplir excluye el incumplimiento inexacto o total, presupuesto de todo juicio de responsabilidad (y de imposibilidad, por tanto). Una vez que se ha cumplido, se excluye, pues, toda cuestión *a posteriori* acerca del eventual carácter inexigible de la prestación (182).

Con motivo de la relevancia a través del juicio de buena fe de los supuestos llamados de inexigibilidad, se ha planteado en Italia la cuestión de la aplicabilidad o no de la norma que regula en la sede de la responsabilidad civil el estado de necesidad, también en el ámbito de la responsabilidad contractual (183). La virtualidad del estado de necesidad en esta sede, estriba en que el daño producido por el sujeto que se encuentra en dicha situación está justificado, y, por tanto, al faltar la antijuricidad del daño, la responsabilidad civil no surge. Sin embargo y por razones de equidad se concede al sujeto dañado la posibilidad de obtener una compensación, que tiene su origen en un título diverso de la responsabilidad, para la cual falta uno de sus presupuestos esenciales.

En España, aun en defecto de una norma que contemple en la sede de la responsabilidad civil el supuesto del daño causado en estado de necesidad, se llega a las mismas conclusiones (184) sobre la base de lo dispuesto en los artículos 8-7 y 20 del Código penal. En este último, sin perjuicio del efecto eximente del estado de necesidad tal y como se define en el artículo 8-7 a los efectos de la responsabilidad penal, se reconoce en favor del dañado y contra «las personas a cuyo favor se haya precavido el mal» un derecho a ser compensado. Dicha compensación se fija por los Tribunales distribuyendo su carga entre las personas beneficiadas por la actuación necesitada «en proporción del beneficio que hubieren (de ella) reportado».

---

(182) Cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., p. 224, y MOSCO, voz cit., p. 431.

En este sentido se rechaza la objeción de MAJELLO («Sulla responsabilità...», cit., p. 26) de que si hubiera extinción, el deudor que realizara el esfuerzo heroico tendría derecho a repetir lo indebido. Tampoco en el caso por él en aquella ocasión defendido, de que el límite del esfuerzo exigible al deudor viniese dado por la diligencia del buen padre de familia, la realización de la prestación por encima de aquel límite daría lugar a la repetición de los indebido.

(183) Se trata de la norma del art. 2.045 C. civ. it., que dice lo siguiente: «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi é stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri del pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non é stato da lui volontariamente causato né era altrimenti evitabile, al danneggiato é dovuta un'indennità, la cui misura é rimessa all'equo apprezzamento del giudice».

Para la discusión de la aplicación o no de este precepto en el ámbito de la responsabilidad contractual, vid. COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 239 y ss.; NATOLI, «L'attuazione...», cit., pp. 118 y ss.; BARASSI, «Teoria generale...», cit., pp. 365 y ss.; TABET, op. cit., cols. 193 y ss.; DISTASO, op. cit., pp. 376 y ss.; MACCARONE, op. cit., pp. 47 y ss.; MENGONI, «Obligazioni...», cit., p. 286.

Sobre el estado de necesidad en general, vid. M. BRIGUGLIO, «El estado de necesidad en el Derecho civil», Madrid, 1971 (traducción y notas de Derecho español de M. García Amigo).

(184) Cfr. Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pp. 645-6, y LACRUZ, op. cit., p. 206.



De este inciso final se deduce cómo el fundamento de la compensación establecida no es la responsabilidad (que se excluye por la falta de antijuricidad del daño y que, de establecerse, sería por la totalidad del daño causado), sino la idea del enriquecimiento injusto. Este diverso fundamento explica que la carga de la compensación incumba no al causante del daño (art. 1.902 C. c.), sino a la persona o personas que de él resultan beneficiadas, y que su importe se limite a la cuantía del enriquecimiento experimentado.

Esta misma regla, a pesar de la sede en que se halla establecida, es igualmente aplicable a todo supuesto de daño aquiliano en que la acción dañosa (aun no constituyendo delito) se produzca en una situación necesitada tal y como se entiende en el artículo 8-7 del Código penal, pues se tratará siempre de un daño no injusto que en defecto de la responsabilidad planteará la cuestión del enriquecimiento injusto.

Pues bien, es de la aplicación analógica de estos principios a la responsabilidad contractual de lo que se discute. La respuesta afirmativa implicaría una doble relevancia del incumplimiento necesitado. En primer lugar, habría que afirmar la exoneración del deudor que incumple en una situación necesitada con arreglo a la norma del artículo 8-7 del Código penal (pues se trataría de un incumplimiento justificado): en segundo lugar, no obstante dicha liberación, surgiría a cargo de la persona beneficiada por la actuación necesitada del deudor (no necesariamente éste), la obligación de pagar al acreedor dañado, no obstante la justificación del daño, una compensación cuyo importe determinarí el juez en proporción al beneficio obtenido.

La doctrina italiana (185), suele establecer la diferencia entre el incumplimiento necesitado y el determinado por imposibilidad sobrevenida, en base a que mientras en el segundo caso es un elemento extraño al deudor el que determina el incumplimiento, en el primero es el propio deudor el que ante la necesidad de evitar un daño para sí o para otro, ocasiona voluntariamente el incumplimiento.

Y, sin embargo, la línea de separación entre ambas figuras es «evanescente en extremo» (186), pues la mayor parte de los supuestos de estado de necesidad pensables son reconducibles a la imposibilidad sobrevenida. Así, el caso del postillón que amenazado por los bandidos, se ve obligado a entregar la mercancía transportada, es un caso de imposibilidad de la prestación, liberatoria o no según la imputabilidad o no de la misma al deudor (por ej., no lo es si en el caso citado se escogió un itinerario manifiestamente peligroso).

La cuestión será siempre un problema de imposibilidad de la prestación que no ofrece particularidad cuando la causa de la misma sea ajena al deudor. Mayores dificultades parecen surgir cuando es el deudor con un propio acto el que origina la imposibilidad. Existe, es cierto, una voluntad del deudor, pero tampoco aquí la diferencia es tanta, en la medida en que el acto del deudor se hace necesario por otro que es

(185) Cfr. TABEL, op. y loc. citt.

(186) COTTINO, op. últ. cit., pp. 241 y ss.

ajeno a la voluntad del mismo, o más exactamente, que debe serlo para tener eficacia liberatoria. Se trata de un problema de conflicto de derechos) del derecho de crédito y, por ejemplo, la integridad de la persona del deudor o de un tercero), resoluble con arreglo a los criterios generales. En particular, se operará una valoración en términos de buena fe (187) de aquello que es exigible del deudor por el acreedor.

La exclusión de la responsabilidad del deudor en los casos de incumplimiento necesitado (siempre, se repite una vez más, que la situación creada no sea imputable al deudor, como en general ha de serlo todo caso de imposibilidad de la prestación con virtualidad liberatorio-extintiva), se hace, pues, sobre la base de las normas generales del sistema de la responsabilidad contractual, sin necesidad de recurrir a la analogía con la responsabilidad civil.

Sin embargo, lo anteriormente dicho no excluye (188), que el acreedor insatisfecho se pueda dirigir a quien ha causado la situación de peligro que ha desviado al deudor del cumplimiento, para obtener el resarcimiento del daño causado si se dan los supuestos del ilícito aquiliano (art. 1.902 C. c., tutela extracontractual del crédito); o que el mismo acreedor insatisfecho si se dan los extremos del enriquecimiento injusto, pueda dirigirse, dentro del límite de tal enriquecimiento, contra la persona (eventualmente el propio deudor) o personas favorecidas por la actuación necesitada del deudor.

Las dos mencionadas vías que se ofrecen al acreedor presuponen excluido el recurso a la responsabilidad contractual, pues el deudor se libera (porque la obligación se extingue) cuando la prestación (con arreglo a buena fe) deviene imposible por causa no imputable al deudor. La primera vía que entonces se ofrece al acreedor de ser resarcido, es la (eventual) responsabilidad extracontractual de un tercero en la producción de la situación que justifica al deudor (ej., imprudencia de un tercero que impide la exacta realización del transporte por el deudor). La segunda vía es la de la acción de enriquecimiento (contra un tercero o contra el mismo deudor según sea la titularidad del interés salvado por la actuación necesitada) si —como en el caso anterior— concurren autónomamente sus presupuestos.

La relevancia que la buena fe tiene indirectamente en la liberación del deudor incumplidor, a través de la determinación de las situaciones de imposibilidad de la prestación, no altera en absoluto la conclusión firmemente establecida de la ajenidad de la diligencia al ámbito del elemento objetivo del límite de la responsabilidad, y la consiguiente insuficiencia de haber prestado la diligencia debida para obtener la liberación. Ello se deduce de la coordinación establecida entre los artículos 1.105 y 1.182, 1.184 C. c., entre extinción de la obligación y exoneración del deudor, que emana de un coherente examen del sis-

---

(187) Vid. NATOLI, op. últ. cit., p. 125, y MENGONI, op. y loc. últ. citt.

(188) Cfr. NATOLI, *ibidem*.

Por la aplicación del art. 2.045 C. civ. it. a la responsabilidad contractual se pronuncia en Italia, BARASSI, op. últ. cit., p. 367.

tema legislativo. Pero este rigor en la extinción-exoneración tampoco, por su parte, impide la eficacia de un principio general del ordenamiento según el cual tanto las situaciones activas de poder como las pasivas de sujeción, han de ser modalizadas por las exigencias de buena fe (arts. 7-1 y 1.258 C. c.).

La doctrina que tradicionalmente ha conmisurado la imposibilidad de la prestación al esfuerzo diligente del deudor, se ha apoyado básicamente en la equiparación, ya desde los textos romanos, del perecimiento o destrucción de la cosa (*interitus rei*) al extravío de la misma (*amissio rei*), bien entendido que para producir la liberación del deudor y la extinción de la obligación en uno y otro caso han de producirse sin culpa del deudor.

Esta tradición romanista pasa al Derecho común (Donello) y a Pothier (189), de este último al Código francés (art. 1.302) y a través de él a todos los demás Códigos que se formaron bajo su influencia (art. 1.298 del C. civ. it. de 1865, entre otros). En España tal tradicional equiparación parece recogerse en el artículo 1.182 del C. c. que habla de «pérdida o destrucción» de la cosa debida, y con mayor claridad en el artículo 1.122-2, 2.º que dice que se entiende que la cosa se pierde «cuando perece, queda fuera del comercio o desaparece de modo que se ignora su existencia, o no se puede recobrar» (190).

(189) Cfr. op. cit., n. 656, p. 411: «Una cosa que se ha perdido de manera que se ignore su paradero, se diferencia muy poco de la que ha cesado de existir. Es por esto que, cuando esta pérdida ocurre sin culpa del deudor, como si los ladrones se la hubieran arrebatado con una violencia irresistible, sin tener noticia del punto a que la han llevado, el deudor queda libre de su obligación, de la misma manera que si la cosa hubiese cesado de existir. Sin embargo, hay diferencia entre la cosa perdida y la que ha dejado de existir; ésta como no puede revivir, libra absolutamente al deudor de su obligación, y la otra le libra tan sólo de ella, mientras continúa perdida o no se encuentra de ningún modo...».

(190) De modo, que aunque se entendiese que la expresión «perdiere» del art. 1.182 (en contra de los antecedentes del mismo) se usa en el sentido de perecimiento y no del extravío, sobre la base del art. 1.122-2, 2.º se llegaría a la solución equiparadora.

Cfr. ROCA JUAN, «Sobre la imposibilidad de la prestación por pérdida de la cosa debida (notas al art. 1.186 del Código civil)», en *Estudios en homenaje a De Castro*, II, Madrid, 1976, pp. 521 y ss., y allí, pp. 526 y ss.; donde se sostiene, en conformidad con los antecedentes de la norma del art. 1.182 C. c., el uso de la expresión «pérdida» en el mismo, en el sentido de extravío a los efectos de su ámbito de aplicación (que incluye a éste último); y el entendimiento de «pérdida» en sentido amplio (tal y como la define el art. 1.122-2, 2.º) a los efectos del ámbito de aplicación de la norma del art. 1.186, obrando, también aquí, en conformidad con los antecedentes de la norma del art. 1.186 (art. 1.302 C. c. francés, art. 1.298 del C. c. italiano de 1865).

Cfr., también, GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pp. 268-9, que recuerda el carácter temporal de la imposibilidad temporal derivante del extravío, si la cosa se vuelve a recobrar en tiempo oportuno (es decir, antes que la imposibilidad temporal se haya hecho definitiva); Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 681; y Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., pp. 236-7.

Esta equiparación del extravío a la destrucción de la cosa, se conserva en el actual art. 1.257 del C. civ. it., donde se recoge también su eventual carácter de imposibilidad temporal: «La prestazione che ha per oggetto una cosa determinata si considera divenuta impossibile anche quando la cosa é smarrita senza che possa esserne provato il perimento.

La doctrina (191) ha discutido sobre la base de esta equiparación, la eventual relevancia generalizada de la imposibilidad relativa (en el sentido de medida en el esfuerzo diligente debido, normalmente aquél del buen padre de familia).

El argumento de los defensores de la relevancia de la imposibilidad relativa, es que el extravío de la cosa debida excluye que el deudor pueda cumplir la obligación de entregarla, pero no que otra persona encontrando la cosa debida pueda hacerlo. Esta afirmación (192) va seguida de la negación del carácter absoluto de la imposibilidad de la prestación, o del objetivo, cuando este carácter se concibe en términos de extensión subjetiva del impedimento.

A ello se ha respondido por Osti (193) que si bien el extravío de la cosa debida no excluye la abstracta posibilidad de que exista un tercero en situación de poder cumplir, tampoco aporta la certeza concreta de que tal tercero efectivamente exista. De tal modo, que el impedimento no se refiere a las condiciones personales del deudor, sino a la cosa que es objeto de la obligación. El verdadero impedimento radica en la incerteza sobre la existencia de la cosa.

El problema se plantea cuando tal incerteza no existe, cuando la cosa se halla en la disponibilidad de un tercero y, sin embargo, no se le exige al deudor el esfuerzo necesario para su recuperación a cambio de un correspondiente.

Estos casos, referidos a las obligaciones de restituir, pretenden ser explicados por Osti (194) a través de una configuración singular de los contratos de los que aquéllas surgen, a fin de permitir la elaboración de una noción de imposibilidad única, sin excepciones. En estos casos, dice Osti, existe una detentación de una cosa por un sujeto (deudor de la restitución) sobre la cual otro sujeto (acreedor de la restitución) tiene un poder jurídico preminente (p. ej., propiedad del comodante frente a posesión del comodatario). La reintegración de la cosa es el fin de la relación obligatoria existente entre ambos sujetos, pero a ella no está obligado el deudor incondicionalmente; la detentación de la cosa es la causa de la restitución. El contrato sólo concurre indirectamente a determinar la obligación de restituir, en la me-

---

In caso di successivo ritrovamento della cosa, si applicano la disposizioni del secondo comma dell'articolo precedente (en el que se recoge la imposibilidad temporal y su eventual conversión en definitiva)».

El art. 1.257 C. civ. it., como se ve, cambia la expresión tradicional de «cosa perdida (extraviada) en modo que se ignore absolutamente su existencia» por la de «cosa de la que no se pueda probar su perecimiento». Cambio de expresión que no afecta a la sustancia del asunto, pues sólo de una cosa de la que se ignore si existe o no, no puede darse la prueba de su destrucción.

(191) Cfr. OSTI, voz cit., pp. 295 y ss., y «Revisione critica...», cit., pp. 313 y ss. y 459 y ss.; MENGONI, «Obbligazioni...», cit., pp. 287 y ss., y 389 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 31 y ss.; BARASSI, «Teoria generale...», cit., pp. 278 y ss.; GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., pp. 211 y ss.; BERTI, op. cit., p. 50.

(192) Cfr. COTTINO y BARASSI, opp. y locc. citt.

(193) Cfr. opp. y locc. últ. citt.

(194) Cfr. voz cit. loc. cit. y «Revisione critica...», cit., pp. 459 y ss.

didada en que justifica la detentación para un fin amparado por el ordenamiento. De este modo se causaliza la detentación, en forma que si el deudor la pierde, viene a menos uno de los presupuestos lógicos de la obligación (la causa), y ésta se extingue como cuando perece el objeto de la misma (la cosa debida). En ambos casos, para que se produzca la extinción de la obligación (con la consiguiente liberación del deudor que no ha cumplido), la pérdida de su presupuesto lógico ha de producirse sin culpa del deudor.

Si la cosa se vuelve a hallar, después de su extravío, el presupuesto que faltaba (detentación, causa) se repone, y el deudor (imposibilidad temporal justificativa hasta ese momento del retraso en el cumplimiento) a partir de entonces vuelve a estar obligado.

Para Mengoni (195) el supuesto de extravío de la cosa debida es un caso de imposibilidad objetiva, pues la imposibilidad debe valorarse con arreglo al contenido normal de la relación obligatoria y, además, en este caso se refiere a la cosa debida. Se trataría de un caso de inexigibilidad, en cuanto que son valoraciones de buena fe las que excluyen del contenido normal de la relación, el desenvolvimiento por el deudor de actividades ulteriores al extravío inculpable de la cosa debida. Valoraciones de buena fe que tienen su precedente histórico en la asimilación de la *amissio rei* al *interitus rei* en los *iudicia bonae fidei* del Derecho romano.

Un supuesto de pérdida de la cosa no reconducible al artículo 1.182-1.122-2 es el del artículo 1.778 del C. c. Este caso (art. 1.776 C. civ. it.) se explica por Mengoni como un supuesto excepcional (el único a su juicio) en relación a la regla general del carácter absoluto y objetivo de la imposibilidad liberatorio-extintiva. Y esta excepción es establecida por el legislador por razones de equidad, pues en este caso la afirmación de la responsabilidad del heredero del depositario, a pesar de hallarse éste en una imposibilidad de cumplir subjetiva y relativa, sería especialmente inicuo. En cuanto norma excepcional sería insusceptible de aplicación analógica.

En cambio, en todos los demás supuestos en que la recuperación de la cosa debida de un tercero es posible (adquiriéndola), y que Osti explicaba en base a la desaparición (inculpable) de un presupuesto causal de la obligación (196), los sitúa Mengoni no en el plano de la

(195) Op. últ. cit., pp. 286-7, nota 22.

(196) OSTI («Revisione critica...», cit., p. 460) hablaba, junto al caso del heredero del depositario, también del depositario, del comodatario, del acreedor pignoraticio y del gestor de negocios, en base al derecho que tienen de ser resarcidos en los gastos para la conservación de la cosa, derecho del que se deduciría el principio general de que en todas las obligaciones que tienen por objeto la restitución de una cosa, si el deudor pierde fortuitamente la disposición material de la misma y ésta viene a manos de un tercero de quien puede ser recuperada, el deudor no está obligado a soportar la carga de su recuperación y es liberado.

Como casos de obligaciones legales de restitución (aparte de la gestión de negocios ajenos) en que se produciría este mismo efecto, citaba OSTI el de quien

imposibilidad de la prestación (elemento objetivo del hecho complejo exoneratorio-extintivo), sino en el de la imputabilidad de la misma (elemento subjetivo de aquel hecho complejo).

Así, estima Mengoni que de la no adquisición por el deudor de la cosa que está en manos del tercero, sólo derivaría la imputabilidad de la imposibilidad (y con ella la no liberación, el incumplimiento y la responsabilidad) para el mandatario, que, naturalmente, cuando proceda a la adquisición de la cosa del tercero tendrá derecho al reembolso de los gastos (art. 1.729 C. c.) (197).

Con independencia de lo que se piense del caso del heredero del depositario o más en general del extravío de la cosa debida, hay algo que es evidente, cualquiera que sea el fundamento de la equiparación a la imposibilidad, esta equiparación es indiscutible; se produce la extinción de la obligación, la consiguiente liberación del deudor y la subrogación típica del *commodum repraesentationis* (de ella se ocupa precisamente el art. 1.778 C. c., que, por tanto, sienta un principio de irresponsabilidad). Todo ello, naturalmente, siempre que al deudor no sea imputable el impedimento para cumplir (art. 1.182, y la «buena fe» a que se refiere el art. 1.778 C. c.).

Que se trate de supuestos excepcionales (lo que es cuando menos discutible), no basta para desvirtuar el principio general derivante de los artículos 1.182 y 1.184 en conexión con el artículo 1.105 C. c. El principio general es que la imposibilidad liberatoria es aquella misma que extingue la obligación. Imposibilidad rigurosa, determinada como norma general al margen del esfuerzo diligente debido, cuya relevancia se sitúa en otros planos. El legislador en uso de su discrecionalidad y atendiendo a exigencias tutelables, puede establecer principios de liberación diversos en los casos concretos, pero se tratará siempre de excepciones que no desvirtúan el sistema general (198). Sistema general

---

encuentra una cosa perdida y el de quien recibe un pago indebido (cfr. art. 1.897 Código civil).

En cambio, fuera del campo de las obligaciones de restitución, en el caso del mandatario, OSTI (ibidem, p. 468) establecía la obligación de recuperación de la cosa del tercero a expensas del mandante.

(197) Vid. MENGONI, op. últ. cit., p. 390.

Y sólo para el mandatario, porque la recuperación de la cosa por el deudor en los demás casos citados por OSTI de obligaciones de restitución extinguiría la obligación, al convertirse el deudor en propietario de la cosa debida. Y no cabe hablar en estos casos de gestión de negocios ajenos (que tendría por objeto la recuperación de la cosa debida del tercero) porque ésta es incompatible con una obligación precedente, y si no hay obligación tampoco puede haber responsabilidad.

(198) Vid. MENGONI, op. últ. cit., p. 389: «No se derrumba el sistema de la responsabilidad contractual, si se reconoce que se trata (el art. 1.776 C. civ. it.) de una derogación a la regla del art. 1.218 C. civ. it.»; GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., pp. 211-2: «Esta norma (el art. 1.257 C. civ. it.) sin embargo, constituye una excepción al concepto de imposibilidad objetiva y absoluta, hasta tal punto que la ley se ve obligada a enunciarla en modo explícito... Pero se trata de una equiparación puramente normativa, no conceptual, justificada por la necesidad de encontrar una solución para un supuesto que presenta indudable analogía con la típica causa de imposibilidad, o sea, con el perecimiento de la cosa. No nos parece por ello consentido traer argumento del art. 1.257 para justificar un concepto menos riguroso de imposibilidad...», OSTI, voz cit., p. 295:

en el que el papel de la buena fe en la determinación de la imposibilidad de la prestación tiene una explicación normal, pues este criterio de conducta es recíproco y sus exigencias, por tanto, sirven para tutelar tanto el interés del acreedor al exacto cumplimiento como el del deudor a no ser compelido más allá de lo razonablemente exigible.

Conocidos los caracteres genéricos de la imposibilidad, ésta sólo puede determinarse en cada caso concreto tras el análisis de sus circunstancias (199).

Los casos de imposibilidad de la prestación no se determinan en abstracto sobre aquellos caracteres, sino después de trasponerlos a los datos reales de cada supuesto.

La noción de imposibilidad de la prestación es, pues, normalmente natural, sólo excepcionalmente jurídica, porque sólo excepcionalmente la ley establece casos de imposibilidad y, en cambio, lo normal es que sea el intérprete quien en base a las directrices que emergen del sistema, haya de establecerlos. Directrices que acentúan la idea de la tutela del crédito, de llevar el esfuerzo debitorio implícito en la idea de obligación como vínculo jurídico hasta el límite de su posibilidad. Este límite no puede desconocer, porque no lo desconoce ningún poder jurídico y el crédito no es una excepción, las ineludibles exigencias de la buena fe.

## F) LA CAUSA NO IMPUTABLE DE LA IMPOSIBILIDAD: CASO FORTUITO Y FUERZA MAYOR

### 1) *Diligencia e imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de la prestación*

Como hemos ya advertido, el hecho exoneratorio previsto por el Código civil (arts. 1.105 y 1.182, 1.184 C. c.), es un hecho exoneratorio-extintivo complejo, compuesto de dos elementos: imposibilidad sobrevenida de la prestación, y no imputabilidad al deudor de la causa que la origina. En este campo, el de la imputabilidad o no de la imposibilidad sobrevenida al deudor, se abre tradicionalmente un ulterior ámbito de relevancia para el criterio de la culpa-diligencia.

Como ya advertimos en su momento, la inserción de la diligencia en este ámbito negativo de la exoneración-liberación, conlleva necesariamente (a causa de la perfecta simetría que debe mediar entre liberación y responsabilidad) consecuencias en el plano positivo de la afirmación de la responsabilidad. En concreto, el deudor que no cumple

---

«Un principio bien puede admitir excepciones»; LACRUZ, op. cit., p. 118: «la consecución del objeto (cosa o hecho) es un derecho del acreedor que puede éste hacer efectivo mientras no resulte imposible, y sea cual sea el grado de esfuerzo que exija del deudor: la necesidad de cumplir sólo cesa, salvo casos excepcionales, por imposibilidad plena».

(199) Cfr. COTTINO, «L'impossibilitá...», cit., pp. 412-3.

Como, por otra parte, tampoco permitiría una determinación apriorística de los casos de imposibilidad el criterio, rechazado en este ámbito, de la diligencia.

(incumplimiento en sentido material) a causa de la imposibilidad sobrevinida de la prestación originada en causa a él imputable, no se libera, no completa el hecho exoneratorio en sus dos elementos, y al no liberarse, responde.

Es este mismo carácter complejo del hecho liberatorio el que explica que la prueba de la diligencia nunca baste a exonerar al deudor incumplidor; para que éste se libere, para que la obligación se extinga, se requiere, además, la prueba de la imposibilidad sobrevinida de la prestación. En otras palabras, la observancia de la diligencia a efectos de la liberación del deudor incumplidor es condición necesaria pero no suficiente (200).

La relevancia de la diligencia en el ámbito de la exoneración (y por ende, de la responsabilidad) se desprende en modo directo del artículo 1.182 C. c. que subordina el efecto extintivo-liberatorio de la imposibilidad sobrevinida de la prestación a la ausencia de culpa del deudor respecto de su producción, y en modo indirecto (a través del uso del criterio de la diligencia —art. 1.104 C. c.— como medida de la inevitabilidad e imprevisibilidad) del art. 1.105 C. c., que subordina el efecto liberatorio del evento impeditivo del cumplimiento a su carácter imprevisible e inevitable (201).

De este modo, aparece en primer lugar una clara relación (de identidad) entre no imputabilidad de la imposibilidad sobrevinida de la prestación y ausencia de culpa, y entre culpa e imputabilidad del evento impeditivo del exacto cumplimiento. Esta relación presupone para su funcionalidad y coherencia, el establecer una clara distinción entre el ámbito natural de la imposibilidad de la prestación (determinada al margen de la diligencia) y el propiamente normativo de la imputabilidad, ligado a la noción de diligencia (202). (Pues si la imposibilidad

---

(200) Cfr. OSTI, «Deviazioni dottrinali...», cit., pp. 605-6; BETTI, op. cit., p. 130; COTTINO, op. ult. cit., p. 211.

(201) En Italia la relevancia de la diligencia en el ámbito de la imputabilidad de la imposibilidad, aparecía ya, sobre las huellas de la influencia de la crítica de OSTI, en la *Relazione* del Libro IV del Codice civile n. 37 («... la non imputabilità dell'evento, ossia l'assenza di colpa riguardo al verificarsi del medesimo e al conseguente impedimento ad adempiere...»); en cambio, no se establece expresamente en el art. 1.218 C. civ. it., lo que determina que ésta sea una norma imperfecta, en el sentido de que el significado y contenido de la no imputabilidad que en ella se contempla, debe ser buscado en otra norma. A pesar de este carácter imperfecto de la norma, y de su carácter abierto en defecto de una remisión concreta, la doctrina italiana no ha vacilado en conectar la no imputabilidad del art. 1.218 con la ausencia de culpa en el sentido de la norma del art. 1.176 C. civ. it.

(202) Cfr. SACCO, «Diligenza del buon padre di famiglia e fatto imputabile al debitore», en *For. pad.* 1951, I, colls. 926-7; NICOLÒ, voz cit., p. 588; ENRIETTI, op. cit., p. 871; MENGONI, «Brevi note in tema di responsabilità del comodatario», en *Tem*, 1948, pp. 534-5.

En España, sobre el uso de la diligencia en el ámbito de la imputación del elemento objetivo del hecho extintivo-liberatorio, vid. LACRUZ, op. cit., p. 107: «En definitiva, la exoneración presupone que el evento (impeditivo del cumplimiento) conforme al indicado *standard* (diligencia) es inimputable al deudor», y p. 118: «... pues la imposibilidad objetiva tiene eficacia liberatoria siempre que



se determinase sobre la diligencia, el juicio de imputabilidad se absorbería en la determinación de la imposibilidad, careciendo de todo sentido un nuevo y redundante juicio en términos de diligencia).

De una correcta coordinación de las normas de la imposibilidad y de la diligencia emerge, pues, que la imputabilidad (en términos de culpa) se refiere a la causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y no al incumplimiento (203). Además, una tal coordinación presupone determinar con claridad los dos ámbitos en que la diligencia es relevante (204): la determinación del exacto cumplimiento (o de su falta) en las obligaciones de hacer que tienen por contenido un *facere* diligente, y la imputabilidad de la causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación en toda clase de obligaciones. Dos funciones que, por su propio contenido, operan en dos ámbitos distintos: el cumplimiento (y por tanto la determinación de la materialidad del incumplimiento, de la falta del exacto resultado debido), sólo para las obligaciones de hacer cuyo contenido se mide en la diligencia (obligaciones de actividad o de medios); y la responsabilidad-exoneración («imputabilidad» del incumplimiento, que presupone la previa determinación de la falta de total o exacto cumplimiento), para toda clase de obligaciones a las que igualmente afecta la regla de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c.: el deudor que no ha cumplido o no lo ha hecho exactamente (lo que en las prestaciones de medios se determina con el auxilio de la diligencia), se exonera de responsabilidad si concurre el hecho liberatorio complejo en el que se integra la no imputabilidad (la ausencia de culpa); y si no, responde.

Es precisamente en este segundo ámbito de la exoneración-responsabilidad, en el que se ha comprendido que la norma de la diligencia (art. 1.104 C. c.) no puede tener una tan amplia trascendencia como la que derivaría de su aplicación estricta (prescindiendo de los artículos 1.105-1.182, 1.184); es decir, considerar responsable al deudor incumplidor siempre (y sólo) que se halle en culpa, y exonerarlo siempre que haya sido diligente (205).

---

el deudor no la ha determinado con su comportamiento culposo (cfr. arts. 1.122-1, 1.147 y 1.182)». Es precisamente en este autor donde la distinción entre los planos de la imposibilidad e imputabilidad de la misma resulta, en España, más claramente establecida.

Además cfr. PUIG BRUTAU, op. cit., p. 441, con gran claridad también: «Además, entre el hecho constitutivo del caso fortuito y la imposibilidad de la prestación ha de mediar una relación o conexión que justifique racionalmente el incumplimiento de la obligación sin que el deudor haya descuidado observar la debida diligencia»; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pp. 259 y 262, donde se insiste en que el doble efecto extintivo-liberatorio de la imposibilidad sobrevenida se subordina a la no imputabilidad (ausencia de culpa) de la misma al deudor; SOTO NIETO, «El caso fortuito y la fuerza mayor. Los riesgos en la contratación», Barcelona, 1965, pp. 91 y ss.; ALBALADEJO, op. cit., pp. 119 y 211; Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 682.

(203) Cfr. OSTI, «Deviazioni dottrinali...», cit., p. 604, y CORRADO, «I contratti di borsa», cit., p. 561.

(204) Cfr. RODOTÀ, voz cit., p. 543, y OSTI, op. últ. cit., pp. 605 y ss.

(205) Cfr. COTTINO, «L'impossibilità...», cit., p. 107; BETTI, op. cit., p. 130; NICOLÒ, op. y loc. últ. cit.

De ahí la necesidad planteada en este ámbito por la doctrina, de restringir el alcance de la norma de la diligencia, tal y como derivaría de una lectura suya separada del resto de las normas generales del incumplimiento. Precisamente de la lectura coordinada de dichas normas deriva la consideración de la culpa-diligencia como un criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación. La diligencia es una norma de conducta que en el ámbito de la exoneración-responsabilidad, es decir, en el ámbito general, extensible a toda clase de obligaciones, se considera en relación al comportamiento del deudor respecto al impedimento que le ha imposibilitado la (total o exacta) realización del cumplimiento.

De tal manera que con arreglo a su configuración propia, la diligencia (de la que es correlato la culpa) es ciertamente un criterio de responsabilidad, pero indirecto o mediato, a través de su inserción como elemento integrante en el hecho liberatorio complejo (206), como resulta de la correcta coordinación de los artículos 1.104 y 1.105-1.182, 1.184 C. c.

La función, en este ámbito, de criterio de imputación le corresponde a la diligencia del buen padre de familia como modelo general de conducta del deudor en orden al cumplimiento, mientras que el otro criterio de conducta existente en el ámbito obligacional (buena fe), que se refiere a deudor y acreedor, por su propia función y naturaleza no puede desempeñarla.

La restricción del alcance de la norma de la diligencia (art. 1.104 Código civil) —tal y como derivaría de su consideración aislada— en el ámbito de la exoneración-responsabilidad, tiene un respaldo histórico que, como en su día puso de manifiesto Osti, responde al verdadero pensamiento de la doctrina tradicional. En concreto, este autor (207) ha demostrado, tras un amplio análisis de la doctrina del Derecho común y de la precodificación, la existencia de una tradición ininterrumpida, según la cual el caso fortuito (en sentido amplio, como hecho liberatorio-extintivo) no se identifica en absoluto con la ausencia de culpa, sino que la responsabilidad del deudor incumplidor es tan sólo excluida por la imposibilidad de la prestación sobrevenida sin culpa del deudor (208). Uno y otro elemento (imposibilidad y ausencia de culpa) son igualmente esenciales para determinar la liberación del deudor incumplidor.

---

(206) Cfr. MENGONI, «Obbligazioni...», cit., pp. 199 y ss.... RODOTÀ, voz cit., p. 542 y ss. y «Le fonti...», cit., p. 156; OSTI, voz cit., p. 297.

(207) Cfr. «Revisione critica...», cit., pp. 351 y ss., y voz cit., pp. 290 y ss.

(208) Así por lo que se refiere a POTHIER y su Tratado, la necesidad de la concurrencia de ambos elementos resulta con claridad cuando se ocupa de las obligaciones de dar cosa determinada (I, II, n. 142) y pone como excepción a la liberación del deudor por caso fortuito el que éste tenga su origen en una «faute» del deudor, poniendo el famoso ejemplo de la no liberación del comodatario de un caballo a quien le es sustraído por haber seguido un camino manifestamente peligroso (op. cit., p. 84).

En los números 661 y 662 del Tratado (3, VI) referentes a la pérdida de la

En modo que la identificación de hecho liberatorio y ausencia de culpa (*casus = non culpa*), de la que se pasa a la afirmación de que ninguna responsabilidad sin culpa, es explicable históricamente (209) por la acentuación, desde la edad justiniana del Derecho romano, del elemento subjetivo (ausencia de culpa) del hecho liberatorio; acentuación interesada, para buscar un fundamento moral a la responsabilidad, y por razones sistemáticas (construcción de un sistema unitario de la responsabilidad —comprendida la responsabilidad extracontractual— sobre la base de la culpa).

En cambio, hoy, desechos los equívocos puramente terminológicos de la tradición doctrinal, la expresión *casus = non culpa*, sólo puede justificarse en la medida que con la expresión «caso» no designemos el hecho liberatorio completo, sino sólo uno de sus elementos, el subjetivo, situado en un plano de causación respecto del otro elemento (objetivo): la imposibilidad sobrevenida de la prestación (210).

De esta manera, se comprende que al final de un análisis dirigido a reducir la relevancia de la culpa en el ámbito de la responsabilidad-exoneración (dilatada en base a un equívoco terminológico suscitador de conocidas contradicciones) se haya podido decir gráficamente que la culpa no es fundamento de la responsabilidad por incumplimiento, sino de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida (211). O con mayor precisión (212), que la culpa —en la medida en que juega como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida— sólo actúa como presupuesto mediato de la responsabilidad contractual. Es decir, la culpa excluye o reclama la responsabilidad, en la medida en que como elemento del hecho liberatorio complejo, su presencia o ausencia determina el incumplimiento, definitivamente determinado con arreglo al límite de la responsabilidad («imputable») o la extinción de la obligación.

La culpa, pues, excluye o reclama la responsabilidad en la misma medida en que indirectamente excluye o determina el incumplimiento, que es en todo caso el fundamento de la responsabilidad contractual.

De este modo la relevancia de la culpa en su ámbito general (exoneración-responsabilidad), aplicable a todas las obligaciones, se conecta

---

cosa, se exige para que la obligación se extinga y el deudor se libere, junto al perecimiento de la cosa, la ausencia de culpa del deudor (op. cit., p. 414).

Es en esta tradición, en la que el caso fortuito se define usualmente por la doctrina como «evento que hace imposible la prestación sin culpa del deudor», y en la que se exigen como requisitos para su virtualidad exoneratoria, junto a la ausencia de culpa, la imposibilidad sobrevenida de la prestación (Cfr. ESPÍN, op. cit., p. 191; PUIG BRUTAU, op. cit., p. 441; CASTÁN, op. cit., p. 177; SOTO NIETO, op. cit., pp. 81 y ss.).

(209) Cfr. OSTI, «Revisione critica...», cit., pp. 237-8 y 352, y MENGONI, op. ult. cit., pp. 289 y ss.

(210) Y aun con este uso limitado, la expresión «caso» no se agota con la ausencia de culpa, en la medida en que se admitan criterios de imputación de imposibilidad sobrevenida de la prestación distintos del tradicional de la culpa.

(211) Vid. OSTI, «Revisione critica...», cit., p. 344, y cfr. también MANCINI, op. cit. p. 7.

(212) Cfr. MENGONI, op. ult. cit., p. 304.

con la tradición (la que auténticamente revela el verdadero pensamiento de la doctrina sobre el papel de la culpa en este campo) del *casus culpa vel dolus determinatus* (213).

2) *Ensanchamiento de la noción de causa no imputable: objetividad en la imputación. Imputabilidad y nexa causal.*

En la noción de causa no imputable de la imposibilidad sobrevenida, se advierte cada vez más intensamente por la doctrina una coexistencia de criterios que la hace devenir algo más que la simple ausencia

---

(213) O lo que es lo mismo, en la tradición romanista del *casus* o la *vis maior* como causas justificativas (*iustae causae*) de la imposibilidad de cumplir. Esta no basta para exonerar al deudor incumplidor, para que la exoneración (fruto de la extinción de la obligación) se produzca, es necesario que dicha imposibilidad no sea imputable al deudor.

La consideración del caso en términos de ausencia de culpa, como elemento subjetivo de la prueba liberatoria, aparece ya consolidada en la edad de los glosadores en AZONE: «*Et est casus fortuitus, quando aliquid contingit, ut mihi dolus vel culpa levis aut levissima non possit imputari*» (cfr. MAFFEI, «Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori», Milán, 1957, p. 17).

El deudor incumplidor se libera cuando la insatisfacción del acreedor depende de la imposibilidad de la prestación producida por un evento no reconducible ni a dolo ni a culpa del mismo. Por encima de la caracterización del evento impositivo en sí mismo, prevalece la valoración en términos de culpa del comportamiento del deudor respecto de su causación.

Junto a esta concepción «subjetiva» (la culpa es, en definitiva, un criterio objetivo de conducta, pero se habla de subjetivismo porque a diferencia de la tesis contraria se valora el comportamiento del sujeto deudor, aparte del substrato moral que en la época se da a la teoría de la culpa), en la época de los glosadores encontramos también, como herencia de la tipificación romana en los supuestos de la custodia, la consideración objetiva del caso, cuyo representante más destacado es ODOPREDO, y que consiste en atribuir eficacia liberatoria a los eventos impositivos del cumplimiento por las características abstractas de los mismos, hecha abstracción del comportamiento del sujeto deudor. En la práctica ello significaba la exoneración por el acaecimiento de alguno de los eventos típicos comprendidos en las enumeraciones tradicionales de casos fortuitos formadas sobre la presunta imprevisibilidad o inevitabilidad de los eventos en ellas comprendidos. Así, con arreglo a esta teoría, se excluía la eficacia liberatoria del hurto (*furtum*), y, en cambio, se admitía la de la rapiña-bandidaje (*latrocinium*), pues el primero considerado abstractamente previsible no se incluía en los elencos tradicionales de casos fortuitos, en tanto que la segunda, por la razón contraria, sí.

En cambio, para AZONE, el *furtum* en defecto de culpa del deudor, se equiparaba en sus efectos liberatorios al fortuito (vid. MAFFEI, *ibidem*, pp. 17 y ss.)

La afluencia de la valoración en términos de culpa, también se hace sentir, sin embargo, sobre la teoría objetiva del caso fortuito. En modo que para ODOPREDO y sus seguidores la eficacia liberatoria de los eventos típicos contenidos en los elencos tradicionales de casos fortuitos, se subordinaba, además de la tipicidad, a la ausencia de culpa del deudor. De forma que si bien sólo los eventos típicos podían ser liberatorios, no siempre lo eran, requiriéndose para ello la ausencia de culpa del deudor. La virtualidad, por tanto, de la concepción objetiva del caso, consistía en la apertura de una zona de responsabilidad *a se*, constituida por los supuestos en que no existiendo culpa por parte del deudor, la imposibilidad de cumplir de éste estuviera determinada por un evento atípico, no contenido en las ejemplificaciones tradicionales del caso fortuito elaboradas sobre la presunta y abstracta imprevisibilidad o inevitabilidad de los eventos en ellas contenidas.

La opinión de AZONE y los «subjetivistas» acaba por prevalecer, si bien son

de culpa. En efecto, los análisis doctrinales más recientes revelan, cada vez con mayor evidencia, la sustancial ampliación de los criterios de imputación de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, en un contexto de superación de los estrechos márgenes del criterio de la culpa (214) que convierte a la diligencia en uno de los criterios idóneos

---

continuas las conexiones entre una y otra concepción, quedando entre ambas zonas intermedias de penumbra (cfr. MAFFEL, *ibidem*, pp. 26 y 27).

Consecuencia de estos principios es que el deudor responde cuando la imposibilidad de prestar deriva de culpa suya o se produce estando él en mora, pues en estos casos la imposibilidad de prestar no deriva de un evento casual, sino que deriva causalmente del comportamiento del deudor. Tampoco se libera el deudor, cuando ha asumido sobre él el riesgo del caso fortuito, y el evento a él no imputable conforme a las reglas legales de responsabilidad, pierde su eficacia liberatoria en virtud del pacto contractual en cuestión.

En definitiva, el caso no libera al deudor cuando *culpa vel pactum praecesserint* (vid. MAFFEL, *ibidem*, pp. 83 y ss.).

(214) Cfr. LARENZ, op. cit., p. 281.

Esta superación de la culpa como criterio de imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida, tiene apoyo en la revisión histórica realizada sobre el Derecho romano clásico después de depurarlo de las interpolaciones bizantinas.

Así, respecto de las obligaciones de dar cosas específicas —cfr. ARANGIO-RUIZ, «Responsabilità contrattuale...», cit., pp. 11 y ss.— el punto de partida es claro: la *interitus* de la cosa debida produce en principio la imposibilidad de la prestación, y con ella, la extinción de la obligación y la consiguiente exoneración del deudor. Pero este efecto extintivo-exoneratorio no se produce cuando la *interitus rei* se haya verificado por un *factum debitoris*, en cuyo caso la obligación (en Derecho romano, mejor la acción resarcitoria del acreedor) permanece.

El *factum debitoris*, tal y como se entiende por los clásicos, es un concepto jurídico indeterminado que rebasa los márgenes de la culpa.

El significado objetivo que para los clásicos asumía la expresión *factum debitoris* determinante de la imposibilidad de prestar (*interitus*) y de la no liberación del deudor (incumplimiento, responsabilidad, subsistencia de la obligación-acción), se revela en forma antonomástica en un texto de Juliano (D, 36,1,26, p. 2) en que se afirma la responsabilidad del heredero que habiendo manumitido un esclavo, con posterioridad viene a conocimiento que sobre éste se le había impuesto un fideicomiso que no figuraba en el testamento y sí en codicillo. La manumisión se considera como *factum debitoris* y la responsabilidad del heredero manumitente se afirma (cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 17).

La solución juliana, extensible a la *stipulatio*, se apoya en una tradición secular de responsabilidad objetiva, y es síntoma de que la introducción de la culpa es posterior.

El rigor objetivo del entendimiento del *factum debitoris* (del que es una aplicación el *factum heredis*), a los efectos de la no liberación por la pérdida de la cosa debida, se mantuvo particularmente firme en materia de legados hasta el final del período clásico, momento en el que persiste la solución extrema de afirmar la responsabilidad del deudor que destruye o enajena la cosa debida aun en la ignorancia de la obligación que sobre él pesa. Esta resistencia de la lógica objetivista se explica por el principio del *favor testamenti*, y por el hecho de que el heredero sufre más una disminución de su ganancia que una verdadera pérdida patrimonial (ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 26). «Resumiendo, es claro que el punto de partida de los juriconsultos no tiene nada que ver con la teoría de la culpa, y aun menos con la del dolo. Fijando el criterio de la responsabilidad en que la destrucción de la cosa derive del *factum debitoris*, por una parte se excluye toda responsabilidad que sea consecuencia de una omisión del deudor, pero por otra parte, se excluye como regla general toda investigación del elemento intencional siempre que el hecho sea comisivo» (ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 28).

El paso al criterio de la culpa se explica también por ARANGIO-RUIZ, *ibidem*:

para establecer la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, pero no el único (215).

La labor de revisión del concepto de causa no imputable se ha llevado a cabo en un doble frente: primero, a través de una labor interpretativa que ha puesto de manifiesto la existencia en el ordenamiento de criterios, de imputación diversos del de la culpa. Además, junto a ello, la doctrina ha puesto de relieve a través del análisis de las decisiones jurisprudenciales, cómo en las aplicaciones prácticas, la noción de causa no imputable desborda sustancialmente los límites del criterio de la culpa.

Así, Cottino (216), sobre la base de la aceptación de la idea contenida en el parágrafo 275 del B.G.B. (que habla, a estos efectos, de «alguna circunstancia de la que (el deudor) no ha de responder»), ha sostenido la no identificación de las nociones de causa no imputable de la imposibilidad sobrevenida y de ausencia de culpa. La primera desborda positivamente y negativamente a la segunda. La imposibilidad sobrevenida de la prestación a veces viene imputada al deudor sin una culpa suya (como es el caso, especialmente, de la responsabilidad del deudor por lo realizado por sus auxiliares en el cumplimiento) (217), y otras, no se le imputa a pesar de que tal culpa existe, como cuando existe una cláusula exoneratoria dentro de los límites de validez del artículo 1.102 C. c. La noción de causa no imputable, pues, es más amplia, y sinónima de causa de la cual el deudor no ha de responder.

---

«Posteriormente, bajo el impulso de necesidades prácticas, la jurisprudencia introdujo alguna restricción a esta responsabilidad plena: y no sólo la ha excluido cuando la destrucción (de la cosa debida) hubiese derivado de fuerza mayor (en cuyo caso no hay ciertamente un *factum debitoris*), sino también —tratándose sólo de negocios *inter vivos*— cuando el deudor no conociese la existencia de la obligación; de aquí la tendencia que también se expresa en diversos lugares de los textos clásicos a sustituir el *factum* por la *culpa* entendida como hecho imputable al deudor. Pero el modo en que los textos introducen las pocas excepciones, basta para hacernos entender que los clásicos no han llegado nunca a poner como requisito de la responsabilidad la culpa en el sentido moderno de la palabra: podemos estar seguros, por ejemplo, que el promitente o el heredero onerado con un legado responden también de la cosa que otro les haya robado. Es sólo en los textos interpolados en los que el elemento de la culpa, en sus varias gradaciones, se pone en primer plano, en conformidad con la evolución que se ha desarrollado en otros campos».

(215) Cfr. RODRÀ, voz cit., p. 543.

(216) Cfr. «L'impossibilitá...», cit., pp. 197 y ss.

(217) Es quizá en este campo donde la doctrina española ha sentido como más urgente la necesidad de superar los estrechos márgenes del criterio de la culpa. Cfr. TORRALBA, op. cit., *passim*, espec. p. 1144: «se observa, por tanto, una basculación en la doctrina desde una línea subjetivista, que sólo admite la responsabilidad en el supuesto de que haya mediado culpa, hacia un planteamiento más realista y concorde con la economía moderna que desemboca en una responsabilidad objetiva», y p. 1145: «Por consiguiente, las exigencias modernas desbordan, en el campo concreto de la responsabilidad contractual por los auxiliares, la tesis subjetiva, y muestran que el deudor ha de ser responsable del incumplimiento aun en el supuesto de que él personalmente no hubiera incurrido en culpa, *in eligendo* o *in vigilando*».

Cfr., también, Díez-Picazo, «Fundamentos...», cit., pp. 713 y ss.; LACRUZ, op. cit., p. 104; GONZÁLEZ PORRAS, op. cit., pp. 280 y ss.

La culpa es un criterio de imputabilidad del elemento objetivo (imposibilidad sobrevenida de la prestación) del hecho complejo liberatorio-extintivo, todavía el más importante, pero no el único. Junto a la imputación a título de culpa se colocan otros supuestos (auxiliares, transporte aéreo de personas) reconducibles genéricamente al criterio históricamente alternativo de la culpa: el riesgo. Pero el riesgo no es para Cottino (218) un principio general codificado, de cuya aceptación derivaría la responsabilidad de todo daño efectivamente causado en ejercicio de la actividad concreta que lo genera, sino que el riesgo sólo existe en tanto que establecido expresamente por el legislador en normas concretas que sancionen una responsabilidad objetiva. La responsabilidad unida a la idea de riesgo, se coloca así en el plano de la *ratio legis*, de las motivaciones del legislador.

Al final de este análisis (219), la causa no imputable aparece como la causa de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, *generalmente* pero no necesariamente inculpable, de la que el deudor no ha de responder. De tal manera que en el plano de la causación de la imposibilidad, sobre la imputabilidad prevalece la idea de la responsabilidad: muchas veces la conexión del deudor con la imposibilidad en el plano de su causación se establece en función de la afirmación de la responsabilidad, y no viceversa.

A través de la idea del riesgo, se produce lo que en otro sitio hemos llamado segunda oleada objetivista: la objetivación en la imputación de la imposibilidad, prescindiendo de la culpa y de toda valoración del comportamiento del sujeto deudor. Así, se ha puesto de manifiesto (220), que un análisis que comprenda todo el ordenamiento, demostraría que la noción de causa no imputable al deudor, designa en fórmula resumida todos aquellos eventos que conforme a los datos del ordenamiento son puestos a cargo del deudor, y no sólo aquéllos que éste podía evitar con la diligencia del buen padre de familia. La no comprensión de esto, lleva a la elaboración de una noción de imposibilidad de la prestación excesivamente rigurosa, al objeto de excluir la relevancia liberatoria de impedimentos que crean verdaderas imposibilidades de cumplir, pero que no encuentran lugar en una noción estrecha (construida sólo sobre la culpa) de la causa imputable.

De este modo, se procede a revalorizar el requisito de la «extraneidad» de la causa del evento impeditivo del cumplimiento (que aparece en el art. 1.147 del Código francés, y que por su influencia, pasó al art. 1.225 del italiano de 1865), requisito que es retomado por las

(218) Vid. op. últ. cit., pp. 272 y ss.

(219) COTTINO, *ibidem*, pp. 413 y ss. Cfr., también, voz cit., pp. 342 y ss. En sentido análogo, ALBALADEJO, op. cit., p. 113, cuando distingue entre regla (criterio de la culpa) y excepción (deudor que no cumple y que responde no obstante su ausencia de culpa). Pero para este autor, con arreglo a los principios de la culpa, ésta es presupuesto directo de la responsabilidad, y no indirecto (la culpa determina la responsabilidad como elemento negativo del hecho liberatorio).

(220) Vid. VISINTINI, «La responsabilità...», cit., pp. 76 y ss., y «Dottrine...», cit., pp. 403 y ss.

nuevas corrientes objetivistas, no ya en el sentido de suprimir la relevancia liberatoria de los impedimentos personales del deudor que motivó su desaparición en el actual Código civil italiano, sino en el de excluir la relevancia liberatoria de los eventos surgidos en la esfera de organización y control del deudor (221) con arreglo a la teoría del riesgo.

De tal manera, se ha dicho (222), que es tarea del intérprete la individualización de criterios de imputación diversos del de la culpa, en función de la realización de eventos típicos de la actividad debitoria de que se trate, que constituyen un riesgo de la misma y que le vienen imputados al deudor con independencia de la culpa; eventos que se comprenden en una noción de causa imputable que no puede seguir siendo interpretada sobre la base de la culpa.

Sobre esta misma vía se ha puesto de relieve como detrás de la noción de causa no imputable, se encuentra la imposibilidad o el impedimento sobrevenido de cumplir causalmente no reconducible al deudor, al que éste resulta extraño en su causación (223).

A este acogimiento indiscriminado de la teoría del riesgo, se ha respondido (224), que ni el tenor de las reglas generales de la responsabilidad (arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c.), ni el carácter no legal del requisito de la «extraneidad», lo consienten. No se produce con carácter general —y en el ámbito de la empresa, no hay norma contraria— una imputación positiva con base en la mera derivación causal del impedimento de cumplir del contenido típico de la actividad debitoria. Sólo se da lugar a ella cuando expresamente se establezca por la ley.

Pero el análisis revisionista de la causa no imputable, no se ha detenido en el poner de manifiesto la existencia dentro del propio ordenamiento de casos en que la imputación del elemento objetivo del hecho liberatorio prescinde de la culpa. Junto a ello, la doctrina que ha analizado la jurisprudencia, ha descubierto con frecuencia como por encima de la remisión formal a la culpa, la noción de causa no

---

(221) Vid. TRIMARCHI, «Sul significato...», cit., p. 521.

Precisamente, buena parte de la doctrina española que se ha ocupado de la cuestión de la responsabilidad por los auxiliares, establece el carácter no liberatorio del evento impeditivo del cumplimiento originado por culpa del auxiliar no obstante la ausencia de culpa del deudor, por el carácter no extraño de tal evento a la esfera de control y organización del principal (cfr. TORRALBA, op. cit., pp. 155-6, y DÍEZ-PICAZO, op. cit., p. 713).

Aquí se maneja una noción (doctrinal) de caso fortuito en sentido objetivo —propiciada especialmente por EXNER— como evento extraño a la esfera de actividad del deudor.

(222) Vid. VISINTINI, opp. y locc. últ. citt.

(223) Cfr. RESCIGNO, «Fortuito, causa non imputabile e diligenza», en *Banca bors e tit. cred.*, 1951, II, p. 392; MICCIO, op. cit., pp. 225-6: «sembra ineccepibile che l'imputabilità attenga alla mera riferibilità dell'evento; alla meccanica derivazione di esso dal contegno del debitore e dalla sua condotta in genere. Si tratta, in altre parole, d'una nozione rigorosamente obiettiva del nesso eziologico che lega la causa alla condotta, per stabilire od escludere, se la seconda sia stata il motore della prima».

(224) COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 288 y ss.



imputable en sus aplicaciones prácticas deviene algo objetivo, y su relevancia es frecuentemente analizada en términos de idoneidad causal (225).

(225) En España, es requisito pacífico en doctrina y jurisprudencia, que entre el evento impositivo y la imposibilidad del exacto cumplimiento y el consiguiente daño (falta de total o exacto cumplimiento), exista un vínculo de causalidad eficiente, sin que intervenga en esta relación como factor apreciable la actividad dolosa o culposa del deudor.

Cfr. CASTÁN, op. cit., p. 178; SOTO NIETO, op. cit., pp. 95 y ss.; ESPÍN, op. cit., pp. 191-2.

En la jurisprudencia, entre otras, las sentencias del T. S. de 4 de junio de 1902, que habla de «íntima conexión» entre evento impositivo y la imposibilidad que origina y la falta de exacto cumplimiento; la sent. de 7 de abril de 1965 (R. A. 2118) que establece como requisito del caso fortuito que «entre dicho resultado (imposibilidad de la prestación) y el evento que lo produjo exista un nexo de causalidad eficiente». Es significativa, en un caso de daños producidos por una inundación debido al estado de obstrucción de una cauce de desagüe, la sent. de 30 de enero de 1954 (R. A. 319): «que siguiendo la doctrina jurisprudencial, acoge el concepto de causa, como la que es eficiente y se refiere, tratándose de una omisión, a la *condición necesaria* para que se produzca el hecho que origina el daño y esta condición es la que tiene una consideración preeminente como causa del hecho dañoso, y aun cuando fueran varias las concurrentes habría que estimar decisiva la que por sus circunstancias *determina* el daño, que aquí se ha originado por la omisión o negligencia... al no conservar el cauce en las condiciones necesarias para cumplir el fin a que estaba destinado».

En general, se trata de una consideración del nexo causal que no excluye la consideración de la culpa: causalidad eficiente entre evento productor de la imposibilidad y defecto de exacto cumplimiento por un lado, y falta de culpa del deudor respecto de la producción del evento impositivo por otro. Pero tampoco han faltado en España pronunciamientos de claros ecos objetivistas puros (en el sentido de EXNER o TRIMARCHI) que prescinden de toda valoración de la conducta del sujeto deudor. Así, la sent. del T. S. de 2 de enero de 1945 (R. A. 117) que define la fuerza mayor como «Una fuerza que está fuera del círculo industrial de la empresa, que haya causado daño material y que exceda visiblemente los accidentes propios del curso normal de la vida por la importancia de su manifestación». Con estas palabras se identifica el área de imputabilidad positiva del evento impositivo, con el riesgo típico («normal») de la actividad debitoria (no en vano se trataba de un caso de transporte mercantil, de empresa).

Otras citas de jurisprudencia que se remite a la doctrina del Supremo de que el caso fortuito «ha de ser de todo punto independiente (en su origen) de quien lo alega», en SOTO NIETO, op. y loc. cit.

En Italia, la relevancia del nexo causal ha sido ya puesta de relieve en el análisis de la jurisprudencia emanada bajo el imperio del Código de 1865 (Cfr. DE LORENZI, op. cit., pp. 53 y ss.). De modo que los hechos típicos exoneratorios (*factum principis*, guerra, etc.) operan sobre la base de la verificación del nexo causal entre el incumplimiento del deudor y el evento sobrevenido por un lado, y entre éste (aquí se trata de una verificación negativa, de falta de nexo causal) y el deudor, por otro. Supremacía de la valoración causal que confirmaría el examen de la jurisprudencia emanada bajo el nuevo Código (*ibidem*, pp. 75 y ss.).

Importancia del nexo causal, emergente del análisis jurisprudencial, que también ha sido señalada por DISTASO (op. cit., pp. 363 y ss.); en modo que detrás de la valoración de la inevitabilidad del fortuito se esconde frecuentemente una valoración en términos de idoneidad causal, que excluye la efectividad causativa del deudor en el incumplimiento.

La tendencia a objetivar la causa no imputable como causa externa a la economía del deudor y con referencia al nexo causal que se desprendería del análisis jurisprudencial, ha sido señalada también por MICCIO, op. cit., p. 240.

Esta tendencia (que prescinde de la valoración de la conducta del deudor),

Ha sido, sobre todo, Visintini (226), quien después de un exhaustivo examen de la jurisprudencia más reciente en Italia, ha dado un fuerte impulso hacia la objetivación de la causa no imputable. Del análisis jurisprudencial emerge, según esta autora, que la noción de imputabilidad no se explica actualmente sobre la base de la diligencia, sino que aparecen otros criterios diversos junto al de la culpa. La investigación jurisprudencial, incluso cuando se utiliza el criterio de la culpa, es de naturaleza causal (*casus culpa determinatus*), pero la causa imputable se extiende más allá de la conducta del deudor, y aparece una tendencia jurisprudencial a adosar los impedimentos típicos de las diversas actividades debitorias a quien está en mejor situación para controlarlos, es decir, al deudor, prescindiendo de una valoración de su conducta en términos de culpa-diligencia.

De modo que el concepto de causa no imputable asume en el terreno de las aplicaciones prácticas el significado de causa extraña a la esfera de control del obligado y por él inevitable, en relación causal con la efectiva imposibilidad de cumplir. La «extraneidad» y la inevitabilidad no se miden con arreglo a la diligencia (art. 1.104 C. c.). La «extraneidad» se mide por la naturaleza de la prestación y el objetivo del contrato; si el evento impositivo pertenece a la esfera interna del deudor, no se analiza ya su eventual inevitabilidad, si es exterior a la esfera de control del obligado, ha de ser inevitable. Y tampoco aquí se hace uso de la diligencia *ex art. 1.104*; son todas las medidas posibles las que han de ser adoptadas.

No es relevante, por el contrario, a los efectos de la causa no imputable, la imprevisibilidad del evento impositivo del cumplimiento.

El discurso de la no imputabilidad se resuelve así en la valoración de la incidencia causal del deudor sobre la imposibilidad de cumplir. De este modo la imputabilidad viene entendida en sentido rigurosamente objetivo como «referibilidad causal objetiva de la imposibilidad (sobrevenida de la prestación) a factores extraños a la esfera de influencia del deudor».

En todas estas afirmaciones hay un fondo de verdad, pero en su rotundidad son rechazables. La idea de la culpa es, como hemos visto, tradicional, y hoy sigue siendo el criterio general de imputación. Pero junto a éste, existen otros criterios de imputación que prescinden de la culpa. Esta coexistencia de criterios de imputación diversos (culpa y riesgo) es una muestra de hasta qué punto el terreno de la respon-

---

tiene precedentes doctrinales que parecen hoy increíblemente lejanos. Así, BRUGI, «Caso fortuito e adempimento del contratto», en *Riv. dir. comm.*, 1908, II, pp. 143-4: «Muy probablemente en el propio sistema del Código la «extraneidad» del deudor a la «causa a él no imputable» que retarda o impide el cumplimiento de la obligación no se puede medir sobre la base del art. 1.224 (del C. civ. it. de 1865, que se refería a la diligencia del buen padre de familia)».

Además, se recuerda aquí, el diverso uso que, según TRIMARCHI («Istituzioni...», cit., p. 350), hace de la culpa la jurisprudencia cuando se trata de responsabilidad empresarial, donde el uso formal de la culpa encubriría en realidad valoraciones en términos de riesgo (por ello hay «culpa» cuando el evento impositivo tiene su origen en la esfera de control y organización del deudor).

(226) Cfr. «La responsabilità...», cit., pp. 344 y ss.

sabilidad está sujeto a evolución permanente. En la actualidad asistimos a la proliferación de fórmulas legales que proceden a una imputación objetiva, más congruente con el carácter de la actividad a que se refieren (como en el caso del transporte o de ciertos tipos de custodia organizada). Junto a ello, las decisiones jurisprudenciales muestran una tendencia generalizada, especialmente en el ámbito empresarial, hacia la imputación objetiva. Pero ésta es una evolución aún no culminada en el ordenamiento, aunque la práctica, tal vez, acabará por imponerla.

De momento, la culpa juega todavía un papel importante, en la medida en que la valoración causal (el incumplimiento es causado por un evento que imposibilita el exacto cumplimiento, y este evento a su vez no ha sido originado por el deudor) no la excluye, puede hacerse en términos de diligencia; y, además, no existe posibilidad de confusión con la teoría del ilícito, en la medida que la noción de culpa-negligencia que aquí se maneja, no es una elaboración psicológica, sino objetiva: se trata de la violación o no de un modelo de conducta riguroso, que, además, es capaz de asumir contenidos técnicos ajustados a la naturaleza de la actividad deuditoria de que se trate (con lo que, obsérvese, por esta vía de transición también se llega a la formación de un área de imputación positiva *tendencialmente* coincidente con el riesgo típico de la actividad deuditoria en cuestión).

Al final de este análisis, aquello que debe quedar claramente establecido es que la imputabilidad (del elemento objetivo del hecho liberatorio-extintivo) es un concepto legal o normativo, en el que coexisten criterios diversos, entre los cuales permanece, todavía, como el más importante (pero en continuo retroceso) el de la culpa.

Sólo una consideración flexible y abierta (227) de la causa no imputable permite explicar la evolución en curso en el seno de la responsabilidad contractual, evolución paralela a aquélla registrada en el seno de la responsabilidad civil, en uno y otro caso sobre el plano del riesgo.

Sólo hablando de imputabilidad en este sentido abierto, podremos seguir hablando de causa no imputable de la imposibilidad sobrevenida de la prestación, si la evolución, hoy en acto, hubiera de realizarse completamente.

### 3) *Caso fortuito, fuerza mayor y causa no imputable al deudor*

Hay dos modos de entender la expresión «caso fortuito». En primer lugar, como sinónimo de hecho liberatorio, en cuyo caso se trata

(227) Así, en Italia, con relación a la expresión «causa no imputable» del art. 1.218 C. civ., ha escrito CASTRONOVO (*Resp. civ.*, 1977, p. 723): «En mi opinión, es ya inaplazable proceder a una relectura de las normas del Código y en particular del art. 1.218 en clave de riesgo de empresa. Relectura que resulta aún más legítima por la formulación literal del art. 1.218 que no menciona expresamente la culpa y, consiguientemente, a diferencia del art. 2.043 (que se refiere a la responsabilidad extracontractual), no presenta como ímproba la labor dirigida a recuperar dentro del ámbito de la responsabilidad objetiva (en la imputación) aquello que el legislador parece haber vinculado a criterios de imputación de tipo subjetivo».

de un hecho complejo, compuesto de dos elementos: objetivo (imposibilidad sobrevenida de la prestación) y subjetivo (no imputabilidad, ausencia de culpa del deudor en la producción de aquella imposibilidad). En este primer sentido, hablan de caso fortuito Osti (228), Mengoni (229) y la mayor parte de la doctrina española que —al igual que la jurisprudencia— establece como requisito del caso fortuito la imposibilidad sobrevenida de la prestación (230).

En segundo lugar, cabe hablar de caso fortuito no ya como sinónimo de hecho liberatorio, sino sólo para designar uno de sus elementos. Esta noción restringida de caso fortuito es el resultado de distinguir entre el plano de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y el de la causación de la misma. El fortuito se coloca en este segundo plano, en el de la imputabilidad (que cuando el caso se verifica, es negativa) de la imposibilidad sobrevenida. Es en este sentido limitado o estricto del caso fortuito (contrapuesto a aquel otro complejo o amplio) en el que se comprende la afirmación tradicional *casus = non culpa*, como referida exclusivamente al momento subjetivo del hecho

---

(228) «Revisione critica...», cit., p. 359.

(229) «Obbligazioni...», cit., p. 290.

(230) Así, establecen como requisito del caso fortuito la imposibilidad sobrevenida de la prestación, manejando por tanto una noción amplia del caso fortuito: CASTÁN, op. cit., p. 177; SOTO NIETO, op. cit., pp. 81 y ss. (en p. 81: «el advenimiento del acaecer imprevisto, para eximir de toda responsabilidad o deber de cumplimiento de la prestación convenida, ha de ser determinante de una imposibilidad de realización de la misma», imposibilidad que ha de ser subsiguiente, p. 82); ESPÍN, op. cit., p. 191; implícitamente, ALBALADEJO, op. cit., p. 118: «No hay culpa del deudor, cuando el cumplimiento exacto de la obligación resulta impedido por algo que no le es imputable».

En la jurisprudencia, vid. la sent. cit. del T. S. de 7 de abril de 1965 (R. A. 2118) que al resumir los requisitos del caso fortuito con arreglo a la doctrina jurisprudencial largamente consolidada establece: «que para que un suceso pueda originar la irresponsabilidad a que se refiere el art. 1.105 del C. c., es menester... que por aplicación de los arts. 1.182 y 1.184 (obsérvese cómo se establece aquí la conexión de estos dos artículos con el 1.105) de dicho cuerpo legal, haga imposible el cumplimiento de una obligación previamente contraída o impida el nacimiento de la que pueda sobrevenir con arreglo a lo dispuesto en los arts. 1.093 y 1.902 y siguientes de la misma ley sustantiva».

Otras citas de lo que puede considerarse sin vacilación como jurisprudencia uniforme, en SOTO NIETO, op. y loc. cit.

A idéntico resultado —manejo de una noción de caso fortuito en sentido amplio— se llega con la equiparación del concepto negativo de caso fortuito (artículos 1.182, 1.184 C. c.) con el positivo (art. 1.105). Cfr. CASTÁN, op. cit., p. 175; ESPÍN, op. cit., pp. 188 y ss.; ALBALADEJO, op. cit., p. 119; SOTO NIETO, op. cit., pp. 16 y ss.

Incluyen también la imposibilidad del cumplimiento de la obligación como elemento del caso fortuito (en sentido amplio, como hecho liberatorio): BORRELL SOLER, A. M., «Cumplimiento, incumplimiento y extinción de las obligaciones contractuales civiles», Barcelona, 1954, pp. 73 y 84 («es requisito esencial del caso fortuito o fuerza mayor que haga imposible al deudor el cumplimiento de su obligación»); y MUCIUS SCAEVOLA, «Código civil», XIX, Madrid, 1902, p. 541 («requieren también los autores, para que los acontecimientos se califiquen de caso fortuito, que produzcan la imposibilidad del cumplimiento de la obligación»).

exoneratorio-extintivo. En este sentido restringido, hablan de caso fortuito Cottino (231) y Majello (232).

Por una vía o por otra, lo cierto es que el deudor incumplidor para quedar exento de responsabilidad ha de dar la doble prueba de la imposibilidad sobrevenida de la prestación y de la no imputabilidad a él de la misma. En la noción amplia del caso fortuito ambos elementos se comprenden, y el caso fortuito se identifica con la prueba liberatoria. En la noción estricta del caso fortuito sólo se comprende uno de los elementos de la prueba liberatoria, pero ello no afecta al dato sustancial de que la prueba liberatoria en sus dos elementos ha de ser íntegramente dada.

En cualquier caso, como ya queda sobradamente demostrado, el acoger la imposibilidad sobrevenida de la prestación como elemento de la prueba liberatoria, es contradictorio con la doctrina de la culpa que se cree defender por la generalidad de la doctrina, y que se quiere ver acogida en nuestro Derecho. Pues a liberar al deudor, no basta la ausencia de culpa (diligencia, negación del presunto fundamento de la responsabilidad), sino que se exige una prueba liberatoria-extintiva en la que la ausencia de culpa es —junto con la imposibilidad— sólo uno de sus elementos.

Esta incongruencia revela que el verdadero pensamiento de la doctrina dominante (como diría Osti) se separa de sus afirmaciones de principio.

La prueba liberatoria es la imposibilidad imputable porque extingue la obligación, y extinguida ésta, la falta de exacto cumplimiento que el acreedor lamenta ya no es relevante, pues ya no se debe nada. El límite de la responsabilidad (y la prueba liberatoria, por tanto) coinciden con la extinción de la obligación; en tanto la obligación subsista en defecto de exacto cumplimiento el deudor responde. Por ello no

(231) Cfr. voz cit., p. 377, y «L'impossibilità...», cit., pp. 26 y ss.

(232) «Custodia e deposito», cit., p. 236.

En España, utilizan esta acepción restringida de caso fortuito, como elemento de la prueba liberatoria junto con la imposibilidad sobrevenida de la prestación: TORRALBA, op. cit., p. 1155: «sólo la prueba del caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento liberaría al deudor»; PUIG BRUTAU, op. cit., p. 441: «entre el hecho constitutivo del caso fortuito y la imposibilidad de la prestación...»; Díez-PICAZO, «Fundamentos...», cit., p. 704: «Sólo la prueba por el deudor de la existencia de una circunstancia imprevisible e inevitable (caso fortuito) le libera o le exonera, siempre que tal caso fortuito haga imposible el cumplimiento»; y MANRESA «Comentarios al Código civil», tomo VIII, vol. 1, Madrid, 1967 (6.ª ed. revisada por MORENO MOCHOLÍ), p. 255: «indicaremos, por último, que para el efecto de quedar el deudor relevado de la obligación, ha de tenerse en cuenta que no basta la existencia del caso fortuito (en sentido estricto, añadido), sino que ha de ser consecuencia precisa de éste la imposibilidad del cumplimiento de aquélla, de suerte que cuando quepa cumplirla subsistirá, aun cuando a veces sea en parte (imposibilidad parcial de la prestación), y por tanto, para ver si el caso fortuito produce o no ese resultado, hay que tener presente la naturaleza de la obligación, y según sea ésta, específica o genérica, etc., quedará o no extinguida».

Este mismo concepto restringido del caso es el que comparece en la norma del art. 1.183 C. c.: «se presumirá que la pérdida (imposibilidad sobrevenida de la prestación) ocurrió por su culpa y no por caso fortuito...».

basta a exonerarlo la ausencia de culpa, porque ésta por sí sola no extingue la obligación.

La incongruencia de la generalidad de la doctrina en el plano de la exoneración, se revierte por fuerza en el del fundamento de la responsabilidad. No es la culpa la que la funda (por ello la no-culpa no exonera), sino el incumplimiento, la falta del resultado debido en tanto la obligación subsista.

Centrándonos ahora en el terreno de la imputación del elemento objetivo de la prueba liberatoria, del caso fortuito en sentido estricto, se plantea el problema de su naturaleza objetiva o subjetiva, y de sus relaciones con la causa no imputable al deudor y con la fuerza mayor. Es evidente que la noción de causa no imputable al deudor, abarca todos los supuestos en que con arreglo al criterio de imputación de que se trate, la imposibilidad sobrevenida del exacto cumplimiento no sea referible al deudor. Ya hemos visto la configuración normativa del concepto de causa no imputable y cómo en él se incluyen criterios de imputación no reconducibles a la diligencia, lo que hace que hoy no se pueda decir que la causa no imputable es siempre ausencia de culpa. Esto lleva a quien mantiene asentado el caso fortuito (en sentido estricto) sobre la ausencia de culpa, a concebir la causa no imputable como un concepto más amplio que engloba al fortuito, aunque tendencialmente coincide con él, dado que la diligencia se mantiene todavía (arts. 1.103, 1.104 y 1.182 C. c.) como el criterio de imputación prevalente (233).

La noción de causa no imputable permite refundir en una sola las expresiones tradicionales que en otro tiempo suscitaban discusión (234). Ello unido a la sustancial indiferencia de las distinciones terminológicas, propende por la equiparación de las expresiones caso fortuito y causa no imputable al deudor, entendiendo por tal (siempre en el plano restringido de la causación de la imposibilidad), la no referibilidad (normalmente culpable pero de una culpa-diligencia objetiva y capaz

---

(233) Cfr. COTTINO, voz cit., pp. 381 y 384, y «L'impossibilità...», cit., páginas 230 y ss. La causa no imputable aparece como el evento generalmente inculpable del que el deudor no debe responder.

El caso fortuito aparece como un típico evento inculpable, normalmente extraño a la esfera de actividad de las partes.

La noción de causa no imputable abre la puerta a una más amplia consideración y clasificación de los eventos que, en base a un juicio de responsabilidad, no pueden ser imputados al deudor.

(234) Este propósito ha presidido la introducción de la causa no imputable en el art. 1.218 del C. civ. it. Por ello la *Relazione* (n. 37) al Libro IV, en relación a la discusión que bajo la vigencia del Código de 1865 suscitaban las expresiones «causa extraña no imputable», «caso fortuito» y «fuerza mayor», dice: «per questo, nell'art. 1.218 a dirimere ogni questione, si parla puramente e semplicemente di causa non imputabile al debitore».

Cfr. BRUGI, op. cit., pp. 142 y ss.; y VISINTINI, «La responsabilità...», cit. p. 9 y «Dottrine...», cit., p. 364.

En este mismo sentido, en Alemania se ha introducido (p. 275 del B.G.B.) la expresión de «circunstancia de la cual el deudor no haya de responder» (Umstande, den er nicht zu vertreten hat), para designar la causa de la imposibilidad de la prestación liberatoria.

de asumir contenidos técnicos, eventualmente con otros criterios legales o jurisprudenciales), al deudor del impedimento sobrevenido de cumplir.

Por lo mismo, carece de trascendencia normativa (y por tanto de verdadero interés) la distinción terminológica entre caso fortuito y fuerza mayor (235).

En orden a la noción de caso fortuito (en sentido estricto) es interesante mostrar la evolución histórica que se ha producido, de su consideración objetiva como evento fatal o fuerza divina, tipificado en una serie de eventos extraordinarios cuya concurrencia exoneraba al deudor sin investigación acerca de su comportamiento, a una progresiva subjetivización, particularmente acentuada en el período justinianeo del Derecho romano y en el Derecho común, sobre la base moralizante de la culpa (236). Posteriormente se inicia un nuevo proceso de objetivación, que afecta en primer lugar al propio criterio de la culpa que no es ya un criterio moral o intencional sino una norma objetiva de conducta, y que en nuestros días significa, además, la aparición de nuevos criterios de imputación basados en el contenido típico

(235) Distinción irrelevante en el plano de los efectos de uno y otra, y por tanto, discutir en torno a la diferencia entre caso fortuito y fuerza mayor es una pura diversión académica.

Un resumen de los criterios doctrinales de distinción puede verse en CANDIAN, voz «Caso fortuito e forza maggiore», en *Noviss. Dig. it.*, II, Turín, 1958, n. 2, pp. 988 y ss., «Ma sull'identità degli effetti non vi fu mai alcun dubbio e perciò non dovrebbe esistere un bisogno pratico per la distinzione fra i due concetti...» (op. cit., p. 989).

En España, una exposición exhaustiva de los criterios de distinción en SOTO NIETO, op. cit., pp. 21 y ss. Además, sobre tal distinción, cfr. PUIG BRUTAU, op. cit., pp. 442 y ss.; CASTÁN, op. cit., pp. 178 y ss.; ALBALADEJO, op. cit., páginas 119 y ss.; ESPÍN, op. cit., pp. 192 y ss.

La jurisprudencia, en general, afirma la equiparación de caso fortuito y fuerza mayor (sents. T. S. de 2 de febrero de 1926, 10 de diciembre de 1963 y 25 de marzo de 1965. Para otras citas, cfr. SOTO NIETO, ALBALADEJO y CASTÁN, opp. y locc. citt.).

Las dos expresiones *casus fortuitus* y *vis maior* (junto a otras como *fatalitas* o *interitus rei*) se utilizaban indistintamente por los juristas romanos y también por los glosadores, como denominación de los eventos que excluyen la responsabilidad del deudor incumplidor.

El uso de las diversas expresiones, no lleva nunca, por cuanto se refiere al régimen de la responsabilidad, a diferenciaciones, pues las diversas terminologías son usadas promiscuamente, y la mayor parte de las veces como sinónimas.

La distinción, cuando se establece por los glosadores, se hace sobre bases frágiles, arbitrarias, en modo que no basta a desmentir la sustancialidad de su equivalencia. De modo que se ha podido decir por MAFFEI («Caso fortuito e responsabilità contrattuale nell'età dei glossatori», cit., p. 26) que en la época de los glosadores no se reconoce a la distinción de caso fortuito y fuerza mayor ninguna consecuencia en sede del régimen de la responsabilidad, y que ambas expresiones se usan normalmente como equivalentes. La distinción cuando se establece, o bien se realiza sobre la repetición de expresiones contenidas en las fuentes justinianeas, o bien sobre la base de características que por su arbitrariedad no permiten vislumbrar la esencia y necesidad de la distinción.

(236) Cfr. COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 216 y ss., y voz cit., p. 378; DISTASO, op. cit., pp. 359 y ss.

de las actividades debitorias ejercitadas, cuyas disfuncionalidades recaen sobre su titular, quien está en mejor grado de controlarlas,

Los requisitos con que normalmente viene calificado el caso fortuito, en sentido estricto, en el plano de la causación de la imposibilidad sobrevenida (cfr. art. 1.105 C. c.), son los de la imprevisibilidad y la inevitabilidad (237). En realidad, aquello que cuenta es lo segundo, no ya tanto que el deudor haya podido prever el evento que le ha impedido cumplir (o hacerlo exactamente), cuanto el que haya adoptado las medidas idóneas exigibles para contrarrestarlo o evitarlo. La imprevisibilidad constituye una calificación ulterior del caso, no un carácter normal del mismo, pues no basta por sí sola para determinar la inimputabilidad al deudor del evento impeditivo (238); tal es el sentido que debe darse al «o que previstos, fueran inevitables» del artículo 1.105 C. c.

En la valoración de la inevitabilidad del evento impeditivo (y, por tanto, del fortuito) se tiene en cuenta la conducta del deudor. Conducta que viene normalmente medida (arts. 1.104, 1.182 C. c.) con un patrón de conducta diligente (el buen padre de familia), riguroso y capaz de asumir contenidos diversos acordes con la naturaleza de la prestación. La inevitabilidad del evento impeditivo por el deudor no se deduce, pues, de las características abstractas de tal evento, sino de la confrontación de la conducta del deudor con el grado de diligencia por él debida en una determinada relación obligatoria y en el marco de unas concretas circunstancias de cumplimiento (carácter relativo y elástico de la diligencia como criterio de conducta) (239).

Junto a este criterio de la diligencia, aparecen nuevos criterios legales y tendencias jurisprudenciales, que tienden a sustituir la diligencia por criterios derivantes del funcionamiento y organización típicos de una cierta actividad. Criterios y tendencias reconducibles a la idea

---

(237) Vid. SOTO NIETO, op. cit., pp. 31 y ss.; CASTÁN, op. cit., p. 177; ESPÍN, op. cit., p. 190.

En la jurisprudencia, la citada sent. T. S. de 7 de abril de 1965, recopilando toda una doctrina largamente asentada, establece que el evento impeditivo para alcanzar virtualidad exoneratoria, debe ser: «imprevisible, por exceder del curso normal de la vida (sent. 2 de enero de 1945), o que previsto, sea inevitable (sent. 23 de marzo de 1926), insuperable (sent. 17 de junio de 1964) o irresistible (sent. 10 noviembre de 1924)».

(238) Cfr. COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 232 y ss., y voz cit., pp. 385 y ss.; DISTASO, op. cit., pp. 368 y ss.

La no decisoriedad a efectos de la liberación del deudor incumplidor, del requisito de la imprevisibilidad del evento impeditivo del exacto cumplimiento, radica, como dice TONNI («Estinzione dell'obbligazione per sopravvenuta impossibilità della prestazione», en *Giur. cass. civ.*, 1951, II, pp. 401 y ss., y allí p. 406), en que un hecho aun previsible puede presentarse de tal manera que el deudor, utilizando todas las cautelas que le son exigibles, no pueda evitar su eficacia impeditiva del exacto cumplimiento; y, a la inversa, el mero dato de la imprevisibilidad de un hecho no significa que no puedan adoptarse las medidas comúnmente exigibles en orden a preservar frente a él la posibilidad de cumplir.

(239) Cfr. LACRUZ, op. cit., p. 107; ALBALADEJO, op. cit., p. 119; Díez-PICAZO y GULLÓN, op. cit., p. 246; CASTÁN, op. y loc. últ. cit.; SOTO NIETO, op. cit., p. 33; ESPÍN, op. y loc. últ. cit.



del riesgo y que realizan la imputación del evento impeditivo prescindiendo de toda valoración de la conducta del sujeto deudor.

Una muestra de la amplitud con que debe ser entendida la noción normativa de la imputabilidad *ex arts.* 1.105 y 1.182 C. c., la encontramos en este último artículo y repetida en el artículo 1.096-3.º. El deudor de una cosa determinada no se libera a pesar de la sobrevenida pérdida de la misma sin su culpa, cuando se hallaba en mora respecto de su entrega, a no ser que pruebe que la cosa hubiese perecido igualmente en poder del acreedor. Es decir, basta el incumplimiento previo (retraso no justificado por imposibilidad temporal inimputable) para que no obstante la sobrevenida imposibilidad de la prestación sin culpa del deudor, éste no se libere. La imputabilidad de la imposibilidad definitiva (destrucción de la cosa) se establece no obstante la ausencia de culpa del deudor respecto del evento que la produce, en virtud de un incumplimiento precedente (al deudor era imputable el evento que le impidió cumplir a tiempo). Se deja a salvo la tradicional contraprueba del deudor de que la cosa se hubiese destruido igualmente si hubiera cumplido a tiempo (240).

Dentro de la noción normativa de imputabilidad se incluye también el otro caso contemplado en el artículo 1.096-3.º: haberse comprometido a entregar una misma cosa a dos o más personas diversas (que lo mismo que el caso de la mora es extensible fuera de las obligaciones de dar, aquí vale para todo caso de compromiso para realizar una misma prestación frente a dos o más personas diversas); y el caso del artículo 1.185: deuda proveniente de delito o falta. Uno y otro caso (241) determinan la imputabilidad al deudor de la imposibilidad

(240) Los arts. 1.096-3.º y 1.182 in fine del C. c. responden a una tradición jurídica larga e ininterrumpida (*in mora perpetuat obligationem*), recogida por POTHIER (3, VI, n. 663-4, op. cit., p. 415), transmitida al Código Napoleón (art. 1.302) y al italiano de 1865 (art. 1.298). Tradición que responde a la idea de que en realidad el *casus post moram* es un *casus propter moram*; de ahí, la posibilidad de la tradicional prueba en contrario.

En España, ni el art. 1.096-3.º ni el art. 1.182 C. c., admiten con carácter general la posibilidad de la contraprueba tradicional de que la cosa hubiera perecido igualmente en manos del acreedor.

Pero los precedentes legislativos de la norma en ellos contenida (junto a los extranjeros, el art. 1.160-4.º del Proy. de García Goyena, que sí la recogía expresamente), la propia lógica del *casus propter moram* (si la cosa hubiera perecido igualmente de haber cumplido el deudor a tiempo, la mora pierde su virtualidad causativa de la imposibilidad de prestar), y la analogía a mayor abundamiento con el art. 1.896-2.º (que se refiere a un deudor de mala fe), postulan por el acogimiento, aun en defecto de norma general expresa, de la contraprueba tradicional también en nuestro ordenamiento (cfr. en igual sentido, ALBALADEJO, op. cit., pp. 131-2, y LACRUZ, op. cit., p. 108).

(241) Salvo que en el primero se dé la contraprueba —tratándose de obligaciones de entregar cosa determinada— de que ésta hubiera igualmente perecido en manos del acreedor, pues existe identidad de razón con el otro caso recogido en el art. 1.096-3.º, en defecto de una norma expresa (como la del art. 1.160-4.º del Proy. de García Goyena) que la rompa; y que en el segundo, «ofrecida por él (deudor) la cosa al que la debía recibir, éste se hubiera sin razón negado a aceptarla».

sobrevenida de la prestación, aunque respecto de su producción no exista una culpa en sentido estricto por parte del deudor.

No se trata de excepciones a las reglas generales de responsabilidad, sino de supuestos en que falta uno de los elementos del hecho liberatorio: la no imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida. Esto es particularmente claro en el caso de la mora, pues el artículo 1.182 Código civil identifica inimputabilidad con ausencia de culpa y de mora.

Puede concluirse partiendo de la distinción que hace Gorla (242) entre una relación interna (acto-evento dañoso) y otra externa (evento dañoso-consecuencias), que la primera, en la que opera el criterio de responsabilidad acogido, se resuelve en materia de responsabilidad contractual por los artículos 1.101, 1.105 y 1.182, 1.184 C. c. con la presencia del incumplimiento; la segunda que presupone la cuestión de la responsabilidad ya resuelta, es el ámbito del artículo 1.107 C. c. (limitación del resarcimiento a las consecuencias efectivas, normales del incumplimiento).

Pero la determinación de la presencia o no del incumplimiento (a los efectos de la afirmación o exclusión de la responsabilidad), presupone cuando la prestación haya devenido imposible, un juicio sobre la causa de dicha imposibilidad para ver si es o no imputable al deudor. Este juicio de imputabilidad negativo (presupuesto de la liberación) o afirmativo si la causa es imputable (presupuesto de responsabilidad en tanto determinante del incumplimiento), se hace normalmente con arreglo al criterio general de la diligencia (arts. 1.103, 1.104 y 1.182 del C. c.) y eventualmente con arreglo a criterios alternativos.

4) *El deber de conservar la posibilidad de la prestación y la naturaleza de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida.*

Que el deudor no se libere cuando la prestación ha devenido imposible por causa a él imputable, significa *a sensu contrario*, que al deudor es exigible una conducta diligente dirigida a evitar la imposibilidad de la prestación, o lo que es lo mismo, a preservar su posibilidad. De modo que es la violación de tal deber de conducta, la que comporta que no obstante la imposibilidad sobrevenida de la prestación, el deudor se considere responsable. Ello plantea el problema de la naturaleza y fuente de este deber (si es o no reconducible a la prestación debida) y, por consiguiente, de la responsabilidad en los casos de imposibilidad sobrevenida.

Como sabemos, Osti (243) había afirmado que la culpa era fundamento no de la responsabilidad por incumplimiento, sino de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida. En otro lugar de su obra, y de pasada (244), había precisado que en los casos de imposibilidad

(242) «Sulla cosiddetta causalità giuridica: fatto dannoso e conseguenze», en *Studi in onore di A. Cicu*, I, pp. 445 y ss., Milán, 1951.

(243) «Revisione critica...», cit., p. 344.

(244) *Ibidem*, pp. 418-9.

sobrevenida de la prestación, lo que permitía la afirmación de la responsabilidad no obstante la venida a menos de uno de los presupuestos lógicos de la subsistencia de la obligación (la posibilidad de su objeto), era la culpa, como elemento constitutivo de una responsabilidad apoyada (precisamente por faltar uno de los presupuestos de la subsistencia del vínculo obligatorio) sobre algo extrínseco respecto del contenido originario de la relación obligatoria. En concreto, Osti hablaba de un particular deber de diligencia apoyado en exigencias de *correttezza* y cautela, deber ínsito en toda relación obligatoria, consistente en evitar el producir su imposibilidad con el propio comportamiento.

A pesar de que el ilustre jurista no se pronunciaba expresamente sobre la naturaleza de tal deber y de la responsabilidad que su violación lleva aparejada, la doctrina posterior (245) ha visto en tales expresiones una afirmación de una suerte de responsabilidad extracontractual, en la medida que su fundamento (a obligación extinguida por falta de uno de sus presupuestos) se busca en un deber ajeno al contenido de la prestación, deber del que no se indica su naturaleza.

La labor crítica de Osti había reconducido y limitado el papel de la culpa en la afirmación de la responsabilidad contractual, pero en aquella época no se le podían pedir mayores precisiones.

Con posterioridad a Osti, la doctrina se ha preocupado de reconducir con claridad la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida al área de la responsabilidad contractual e incluso —una vez introducido el deber de prevenir la imposibilidad en el contenido propio de la obligación, de lo debido— al área de la responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto.

En esta vía se sitúa en primer lugar Mengoni (246), quien asigna a la diligencia (la que él llama técnica) la función primordial de criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida. Esta diligencia se traduce en un deber del deudor de preservar la posibilidad de la prestación, deber que atiene al objeto primario de la obligación y lo específica. La inserción en el contenido de la obligación de este deber de conservación, es para Mengoni una consecuencia del sometimiento de las relaciones obligatorias a una valoración de buena fe. Buena fe que no sólo exige que el deudor realice todos los actos necesarios para cumplir, sino que se comporte diligentemente a fin de mantener la posibilidad de prestar. La inclusión de este deber en el contenido de la prestación, como especificación de la misma, le permite explicar a Mengoni la colocación del artículo 1.176 C. civ. it. en la sede sistemática del cumplimiento, a pesar de contener en su primer párrafo un criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida (la «diligencia técnica»).

---

(245) Cfr. VISINTINI, «La responsabilità...», cit., pp. 22-3; «Dottrine...», cit., p. 376, y «Riflessioni sugli scritti di Giuseppe Osti», cit., p. 217; MANCINI, op. cit., pp. 54 y ss.; MENGONI «Obbligazioni...», cit., pp. 302-3.

(246) Cfr. MENGONI, op. últ. cit., pp. 202 y ss.

En la misma línea se sitúa Mancini (247), quien parte de la premisa de que situándose el deber de preservar la posibilidad de la prestación como accesorio del interés (creditorio) principal del cumplimiento, siendo como es un deber no autónomo respecto del deber de prestación, la violación del mismo se reconduce a una responsabilidad por incumplimiento en sentido estricto. El problema se reduce, según Mancini, a la consideración de la relación obligatoria como relación simple (asentada exclusivamente sobre el deber de prestación) o como relación fundamental, en la que el de prestación es el deber principal, pero junto a él existen otros deberes accesorios. Las incertezas de Osti serían explicables desde el momento en que éste concebía la relación obligatoria con un contenido exclusivamente limitado al deber de prestación. Esta visión de la relación obligatoria, resulta ya inaceptable desde la simple perspectiva del principio de no contradicción: todo precepto en una dirección, implica la prohibición de un comportamiento en la dirección opuesta. La no contradicción de la relación obligatoria implica (en una cierta medida) el mantener la posibilidad de cumplirla. Sin embargo, la consideración de la no contradicción es insuficiente por abstracta: el deudor en base a ella está sólo obligado a no hacer aquello que necesariamente impediría el cumplimiento. Sólo la consideración de la buena fe (criterio de concreción) hace que el deudor deba abstenerse de todo aquello que baste para poner en peligro la realización futura de la prestación (248). De la buena fe deriva, pues, el deber de adoptar las medidas convenientes a fin de evitar incluso un perjuicio eventual o probable en el interés creditorio a la realización del cumplimiento.

El deber preparatorio del cumplimiento no tiene un objetivo autónomo respecto de la prestación principal, es un deber auxiliar en la medida que su fin es también la realización del exacto cumplimiento. Pero es un deber autónomo respecto del de prestación en la medida que su violación es intrascendente si no va seguida del incumplimiento, si no obstante la incuria del deudor la prestación no deviene imposible. En esto difiere Mancini de Mengoni, para quien el deber conservativo, en base a una interpretación de la buena fe no compartida por el primero (249), se integra no ya en la relación obligatoria, sino en la prestación misma. El deber conservativo se califica por Mancini siguiendo a Betti (250) como integrativo-instrumental. Calificación que

(247) Cfr. op. cit., pp. 5 y 53 y ss.; MAJELLO, recensión de «La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro», en *Riv. dir. civ.*, 1957, I, p. 787.

(248) De hecho, en el ámbito de la imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida, se produce un ensanchamiento a medida que las exigencias de buena fe van permeabilizando el Derecho de obligaciones. Inicialmente en el Derecho romano la imputación al deudor de una *res certa* de la sobrevenida imposibilidad de la prestación, sólo se hacía en virtud de un comportamiento comisivo del deudor, no de uno omisivo (cfr. JÖRS-KUNKEL, op. cit., p. 253; ARANGIO-RUIZ, «Istituzioni...», cit., p. 382, y «Responsabilità contrattuale...», cit., p. 15).

(249) Cfr. MANCINI, op. cit., pp. 71 y ss.

(250) «Teoria generale...», cit., pp. 96 y ss.

pone de manifiesto su origen en la buena fe como fuente de integración (art. 1.175 C. civ. it., arts. 1.258 y 7-1 C. c.), y su carácter instrumental o auxiliar del cumplimiento.

Dentro del campo genérico de la integración de la relación obligatoria según buena fe, el deber preparatorio del cumplimiento se sitúa no en el campo de los deberes accesorios dirigidos a la tutela de un interés del acreedor diverso del primario (el de prestación), es decir, el campo de los deberes de protección; sino que se sitúa en el campo de los deberes accesorios o instrumentales del cumplimiento, destinados a la realización del interés básico del acreedor. Deberes accesorios que responden a una exigencia de coherencia que está en la base de todo comportamiento correcto o leal.

Con lo cual, la diferencia entre Mengoni y Mancini acaba por ser casi terminológica, pues sea el deber conservativo o preparatorio un deber autónomo o una especificación del contenido de la obligación, lo cierto es que el interés subyacente en él, es el mismo que el del deber de prestación, y que su violación es, por tanto, incumplimiento (251).

Es una consideración de la relación obligatoria como una relación compleja (252), la que permite considerar la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida como una responsabilidad por incumplimiento. A cargo del deudor no sólo está el deber de prestación, sino el de conservar la posibilidad de prestación junto a otros deberes accesorios del cumplimiento, y, además, junto a ellos, los deberes de protección.

El deudor no sólo incumple cuando no realiza el deber principal de prestación, sino también cuando, como consecuencia de haber violado el deber preparatorio auxiliar, la prestación resulta imposible.

Por su parte, Majello (253) reconduce el deber conservativo de la posibilidad de la prestación a un genuino deber de protección, que tendría su fuente en la ley (los arts. 1.218 y 1.256 C. civ. it., 1.105 y 1.182 del C. c.).

De modo que la subsistencia de la responsabilidad con el deber de prestación extinguido por falta del presupuesto lógico de la posibilidad de su objeto, sólo se justifica por la violación de un deber de protección, que en cuanto tal —aunque no referido a la prestación, cuyo deber correspondiente se ha extinguido— da origen a responsabilidad contractual, pero no derivada del incumplimiento, pues la obligación se ha extinguido una vez devenida imposible.

En realidad, al hablar de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida como algo distinto de la responsabilidad por incumplimiento, se desliza un equívoco. Tal equívoco consiste en considerar como límite de la responsabilidad contractual la mera imposibilidad sobrevenida de la prestación, lo que plantea el problema de la naturaleza de la responsabilidad una vez que la obligación ha devenido imposible.

(251) Cfr. MENGONI, *ibidem*, pp. 370 y ss.

(252) Cfr. MANCINI, *op. cit.*, pp. 94 y ss.

(253) Cfr. «Custodia e deposito», *cit.*, pp. 64 y 68 y ss.

La confusión operaría así: devenida imposible la prestación, extinguida por tanto la obligación, la responsabilidad del deudor sólo se justifica en base a un fundamento distinto de la obligación misma (culpa extra-contractual, deber de protección).

La confusión radica en la mutilación operada en el hecho exoneratorio-extintivo que funciona como límite de la responsabilidad contractual. Este límite viene constituido no por la mera imposibilidad sobrevenida de la prestación, sino por la imposibilidad sobrevenida derivante de causa no imputable al deudor (arts. 1.105-1.182 Código civil) (254). En el hecho liberatorio-extintivo existen dos elementos: imposibilidad sobrevenida de la prestación y no imputabilidad de la misma al deudor; sólo el concurrir de ambos produce la exoneración del deudor, que es fruto de la extinción de la obligación. En consecuencia, la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida (imputable) es una responsabilidad también por incumplimiento (además de contractual), en cuanto que la mera imposibilidad sobrevenida de la prestación no es por sí liberatoria; faltando el requisito de la no imputabilidad no hay exoneración, la extinción de la obligación no se produce y resta el incumplimiento (no realización del exacto cumplimiento de una obligación subsistente) como fundamento de la responsabilidad contractual, también en este caso.

El límite que la imposibilidad liberatoria (como hecho liberatorio-extintivo complejo) traza es entre incumplimiento y exoneración (extinción); todo lo que no sea imposibilidad liberatoria (con sus dos elementos) es incumplimiento, violación de una obligación que no se extingue, sino que subsiste y subsiste insatisfecha. Por ello el fundamento de la responsabilidad (contractual) en caso de imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor (imposibilidad no liberatoria) es *también* el incumplimiento.

La distinción de fundamentos operada en el seno de la responsabilidad contractual según que la prestación sea o no posible, sólo es factible a costa de realizar una mutilación (arbitraria) en el seno del hecho extintivo-exoneratorio. La sobrevenida imposibilidad de la prestación no liberatoria, no afecta a la existencia de la obligación, sino a su contenido (255). El objeto de la misma ya no podrá venir dado por la prestación originaria, sino por el resarcimiento sustitutivo.

Que la imposibilidad imputable al deudor sea una forma de incumplimiento, no es sino un resultado lógico de haber asumido la imposibilidad no imputable como límite de la responsabilidad contractual, pues en este caso la responsabilidad del deudor se opera dentro de aquel límite, que coincide con la propia existencia de la obligación, fundamento último de la responsabilidad contractual (sin obligación no puede haber incumplimiento) y a la que ésta se conecta estructuralmente.

---

(254) Cfr. MANCINI op. cit. p. 95.

(255) Cfr. MENGONI, *ibidem*, pp. 303-4, y GIORGIANNI, «L'inadempimento», cit., pp. 236 y pp. 175-6.

Sentada esta conclusión, el hecho de configurar el deber conservativo del deudor (reverso de la no imputabilidad) como deber autónomo respecto del de prestación pero a él accesorio, o como contenido en la misma, es irrelevante, pues en ambos casos se mueven en el área del comportamiento debido por el deudor, dan lugar en caso de violación (seguida de imposibilidad sobrevenida) a incumplimiento, y su consideración en uno u otro sentido no trasciende en el plano efectivo de la carga de la prueba, correspondiendo siempre al deudor demostrar (cuando no exista otro criterio de imputación legalmente determinado o jurisprudencialmente aplicado) que se ha comportado con arreglo a la diligencia debida.

G) PRIMERAS CONCLUSIONES: FUNDAMENTO Y LIMITE DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL. EL PAPEL DE LA DILIGENCIA EN EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL (¿DOS FUNCIONES O DOS NOCIONES DE LA DILIGENCIA?)

Llegados a este punto, podemos establecer las siguientes conclusiones:

1) Como consecuencia de la asunción como límite de la responsabilidad contractual de la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor (arts. 1.105 y 1.182, 1.184 C. c.), el fundamento de la responsabilidad contractual viene dado por la presencia del incumplimiento puro y simple. La concurrencia de la imposibilidad liberatoria con sus dos elementos, significa la extinción de la obligación y con ella, la liberación del deudor que no ha cumplido o que no lo ha hecho exactamente; la no concurrencia del hecho complejo exoneratorio-extintivo, significa que la obligación permanece y permanece incumplida.

El límite de la responsabilidad contractual no traza la distinción entre incumplimiento imputable y no imputable, sino entre incumplimiento (si se quiere, imputable, en tanto que susceptible de originar consecuencias con arreglo al juicio de responsabilidad, a la consideración de su límite) y extinción de la obligación. Todo lo que no sea extinción de la obligación en defecto de su exacto cumplimiento (como la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor) es incumplimiento, y como tal da origen a responsabilidad.

Este resultado que parece conmovir una doctrina tradicional ampliamente consolidada, no es sino el fruto de su coherente explicación una vez superados los equívocos terminológicos de su formación histórica.

La doctrina y jurisprudencia mayoritarias no son coherentes con los principios de la teoría de la culpa que dicen defender. Si la responsabilidad del deudor incumplidor se basara en su culpa, la prueba liberatoria a dar por éste debería ser la de la ausencia de culpa (es

decir, la negación de aquello que se asume como el fundamento de la responsabilidad). Sin embargo, ni la doctrina ni la jurisprudencia llegan a lo que sería lógico corolario de sus premisas. Una y otra exigen del deudor junto a la ausencia de culpa suya el que la prestación haya devenido imposible. Tal es la tradición en que se define el caso fortuito (en sentido amplio) como el evento inculpable que hace imposible la prestación, o en la que se exige como requisito de su virtualidad liberatoria el requisito de la imposibilidad de la prestación, o aquella otra que concibe el hecho liberatorio como el caso fortuito (en sentido estricto) que origina la sobrevenida imposibilidad de la prestación (256).

Y no se diga que probando la sobrevenida imposibilidad de la prestación a él no imputable, el deudor prueba su ausencia de culpa, pues la ausencia de culpa (técnicamente, otra cosa es jugar con las palabras) es pura y simplemente la diligencia, y la prueba de ésta no basta en la doctrina común para eximir de responsabilidad al deudor incumplidor.

Por eso, la incoherencia de la doctrina tradicional en sede de prueba liberatoria, habida cuenta de la perfecta correlación entre reglas de exoneración y de responsabilidad, cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual. Si la ausencia de culpa (diligencia) no basta para exonerar al deudor incumplidor, ello significa que tampoco la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual. Para fundar la responsabilidad del deudor basta el simple hecho de la falta de total o exacto cumplimiento en tanto la obligación subsista. De este modo la afirmación de la responsabilidad del deudor que no ha cumplido (o no lo ha hecho exactamente) se vincula a la propia subsistencia del vínculo obligatorio como fundamento último de la responsabilidad (no en vano ésta es un elemento estructuralmente inherente al concepto de obligación).

Ello se reconoce implícitamente por la doctrina común, al negar a la ausencia de culpa (diligencia) virtualidad liberatoria, pues ésta carece de eficacia extintiva de la obligación, y el deudor responde (no obstante su ausencia de culpa) siempre que en defecto de exacto cumplimiento la obligación persista.

En definitiva, la expresión «incumplimiento imputable» sobre la base del límite de la responsabilidad contractual de la imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor, o significa una ficción de culpa (pues el «incumplimiento imputable» determinado sobre ese límite es el incumplimiento sin más), o simplemente se maneja «imputabilidad» como sinónimo de responsabilidad. En uno y otro caso el uso de la expresión se revela como superfluo (257).

---

(256) Para una y otra tradición vid. doctrina y jurisprudencia citadas en las notas 230 y 232, respectivamente.

(257) Así, en Italia la idea de que el art. 1.218 C. civ. it. determina a contrario la noción del incumplimiento imputable (BETTI) se resuelve en un giro verbal, pues lo que queda dentro del límite de la responsabilidad es el mero incumplimiento de una obligación subsistente. La «imputabilidad» (responsabilidad) es repetitiva respecto de la idea del incumplimiento. El «incumplimiento no imputable» (la exoneración) sobre la base del límite de la responsabilidad, es



2) La imposibilidad sobrevenida de la prestación que se integra como elemento del hecho extintivo-exoneratorio, se refiere a la prestación, a su contenido, y como consecuencia de su doble función exoneratoria y extintiva (no hay dos imposibilidades distintas) se concibe en términos rigurosos, de imposibilidad efectiva. La misma imposibilidad que extingue la obligación es la que, precisamente por ello, libera al deudor. Imposibilidad que se distingue de la excesiva onerosidad (su mínimo institucional) y de la mera dificultad de prestar (que es irrelevante).

3) El rigor de la imposibilidad se atenúa a través del juicio de buena fe. Se trata de una aplicación normal del criterio de la buena fe (pues ningún poder jurídico —tampoco el derecho de crédito— se sustrae a su control), que es consecuencia de su función de fijar el límite de lo debido. Aplicación normal que no desvirtúa por ello la noción rigurosa de la imposibilidad de la prestación.

Lo mismo que la buena fe limita el poder del acreedor más allá de lo racionalmente exigible, es fuente —dado su carácter recíproco— de una serie de deberes accesorios a cargo del deudor para la tutela del interés fundamental del acreedor (prestacional), y de otros intereses diversos que la proximidad de esferas jurídicas y personales que la relación obligatoria implica pone en peligro (deberes de protección, que precisamente por el carácter recíproco de la buena fe, recaen también sobre el acreedor para la tutela de la esfera debitoria).

4) El criterio de la diligencia (art. 1.104 C. c., criterio objetivo; norma de conducta) es, salvo excepción legalmente establecida, ajeno a la determinación de la imposibilidad de la prestación. La relevancia de la diligencia se actúa en otros ámbitos.

Una primera esfera de relevancia de la diligencia, viene dada por su función de criterio determinante del exacto cumplimiento (o de su falta) en aquellas obligaciones que tienen por contenido un *facere* diligente, sea técnico o no (ej., mandatario que sea un profesional o un particular, cfr. arts. 1.719-2.º y 1.104 C. c.).

La diligencia, aun en estas obligaciones, no es un criterio definitivo de responsabilidad; la determinación definitiva del incumplimiento (y por tanto de la responsabilidad) presupone un juicio de responsabilidad en términos de los arts. 1.105-1.182, 1.184 C. c., es decir, presupone la consideración del límite de ésta. Por lo que una prestación de medios no diligente (falta del resultado debido, materialidad del incumplimiento), no es incumplimiento (en sentido propio) si está determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de causa no imputable al deudor.

---

en realidad la extinción de la obligación. También aquí se trata de un giro verbal. Por ello, prescindiendo de los equívocos a que pueda dar lugar la diversa terminología, se ha puesto de manifiesto (cfr. VISINTINI, «La responsabilità...», cit., pp. 53-4) que BETTI llega a los mismos resultados que OSTI, si bien rindiendo un obsequio puramente formal a la idea de que sólo puede generar responsabilidad un incumplimiento que sea imputable.

La diferencia entre obligaciones de medios o de diligencia y de resultado atañe al contenido de la prueba inicial del incumplimiento: a dar por el acreedor (falta de total o exacto cumplimiento), que viene constituida en las obligaciones de medios por la falta total de la prestación o por su no conformidad al metro de conducta diligente, técnico o no; pero en todo caso se reserva al deudor la posibilidad de la *contraprueba liberatoria*, y probado por el deudor el hecho liberatorio-extintivo, excluye el incumplimiento y con él la responsabilidad, en la medida en que no se puede incumplir una obligación que se ha extinguido.

5) La imputabilidad se refiere no al incumplimiento, sino a la imposibilidad sobrevenida. Lo que no significa que se responda de la imposibilidad sobrevenida, sino que respondiéndose del incumplimiento, éste se determina hasta el límite del hecho exoneratorio-extintivo, en el que junto a la imposibilidad sobrevenida de la prestación, se integra la no imputabilidad al deudor de su causa.

La no imputabilidad de la imposibilidad sobrevenida, significa la no referibilidad causal (con arreglo al criterio de imputación acogido) de la misma al deudor.

El criterio general de imputación sigue siendo la diligencia (artículos 1.105, 1.182, 1.103, 1.104 C. c.), pero, junto a él, aparecen otros criterios legales que prescinden de la valoración de la conducta del deudor, y que se explican en un contexto de objetivación de la imputación (también en las aplicaciones jurisprudenciales) sobre las huellas de la teoría del riesgo.

El papel de la culpa-diligencia como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida, abre un ulterior ámbito de relevancia de la misma. De modo que, en tanto la diligencia subsista como criterio de imputación, la responsabilidad contractual no será plenamente objetiva, es decir, no se prescindirá en este ámbito de la valoración del comportamiento del deudor. Pero, aun permaneciendo la diligencia como criterio general de imputación del evento impeditivo del exacto cumplimiento, la responsabilidad contractual es en cierto sentido objetiva, en la medida que lo que el deudor debe probar, probando el hecho exoneratorio-extintivo, es la no existencia del hecho (incumplimiento) al que la responsabilidad está objetivamente ligada (258). Pues probando la extinción de la obligación, el deudor excluye el incumplimiento.

La culpa, como criterio general y prevalente de imputación (positiva) de la imposibilidad sobrevenida, no determina la responsabilidad sino mediatamente; es decir, en la medida en que su presencia o ausencia determina la presencia o ausencia del hecho exoneratorio, y, por tanto, la presencia o ausencia del incumplimiento, que es en todo caso el fundamento de la responsabilidad.

---

(258) Con ello se verifica lo que NATOLI, en relación al C. civ. it., da (erróneamente) por excluido («L'attuazione...», cit., p. 80): «... la responsabilidad objetiva, de hecho, sólo admitiría una prueba, aquella de la inexistencia del hecho al que objetivamente se conecta».

6) Los artículos 1.105 y 1.182, 1.184 en relación con el 1.101 Código civil, contienen la regla general de la responsabilidad por incumplimiento. Regla igualmente aplicable a los supuestos de incumplimiento total que a los de incumplimiento inexacto. En especial, es igualmente aplicable al supuesto de incumplimiento retardado, con la consecuencia fundamental del destierro de la culpa de entre los presupuestos de la mora. En efecto, el retraso no justificado por imposibilidad (temporal) de la prestación no imputable al deudor, es incumplimiento (inexacto), en tanto que el derivante de imposibilidad sobrevenida no imputable al deudor produce exoneración por el retardo, fruto de la suspensión del vínculo obligatorio.

La relevancia de la culpa en materia de mora es la misma que es general a toda clase de incumplimiento; es decir, juega como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida, y, como tal, indirectamente, mediatamente (a través de la determinación *a contrario* del incumplimiento) como criterio de responsabilidad (259).

La imposibilidad liberatoria (con sus dos elementos) al ser el límite de la responsabilidad contractual para toda clase de incumplimientos (en sentido material, de falta de total o exacto cumplimiento), es el criterio para determinar cuándo existe incumplimiento (en sentido propio, «imputable») cualquiera que sea su modo de manifestación (comprendido, entre otros, el caso del incumplimiento determinado por imposibilidad sobrevenida imputable al deudor), o liberación (extinción de la obligación).

El papel de la diligencia en el Derecho actual se explica, pues, manteniendo sus dos tradicionales esferas de relevancia: a) En primer lugar como criterio del exacto cumplimiento en las prestaciones de actividad (técnicas o no), que no excluye el juicio de responsabilidad en términos de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c., sino que es presupuesto del mismo; una vez verificada la inexactitud de la prestación (falta de exacto cumplimiento, incumplimiento en sentido material determinado sobre la culpa, la falta de la diligencia debida, art. 1.104 C. c.), queda por verificar si esta inexactitud está o no justificada, si responde o no a imposibilidad liberatoria, si subsiste o no la obligación y hay, por tanto, o no incumplimiento (en sentido propio, «imputable») y con él, la responsabilidad. b) En segundo lugar, como elemento (ausencia de culpa) de la prueba liberatoria, del límite de la responsabilidad contractual, en cuya función, de ámbito —a diferencia de la anterior— general para todas las obligaciones (arts. 1.105-1.182 C. c.), la culpa se revela como presupuesto mediato de la responsabilidad contractual, en la medida que su ausencia junto a la imposibilidad sobrevenida de la prestación excluye la responsabilidad porque excluye el incumpli-

---

(259) Recientemente en Italia, VISINTINI (cfr. «Impossibilità...», cit., pp. 21 y ss.; «La responsabilità...», cit., pp. 97 y ss. y «Colpa e buona defe nella mora del debitore», en *Riv. dir. civ.*, 1977, II, pp. 246 y ss.) ha puesto de relieve cómo detrás de la invocación formal de la jurisprudencia a la culpa en materia de mora hay —aparte de un obsequio puramente formal a la teoría de la culpa— una valoración encubierta de buena fe relativa al comportamiento del acreedor.

miento, y su presencia, aquí por sí sola, aun existiendo imposibilidad de la prestación, dado el carácter cumulativo de los dos elementos de la prueba liberatoria, excluye la exoneración y determina, por tanto, el incumplimiento (del mismo modo que la posibilidad de la prestación excluye la liberación y determina el incumplimiento aun en ausencia de culpa del deudor). El incumplimiento es, pues, el fundamento de la responsabilidad en todo caso, y la culpa (al igual que la posibilidad de la prestación) sólo es relevante a los efectos de la afirmación de la responsabilidad, en la medida que al integrarse como elemento negativo en el hecho exoneratorio-extintivo que es límite de la responsabilidad, determina *a contrario* el incumplimiento.

El hecho de que la relevancia de la diligencia se plantee en un doble ámbito, en el del cumplimiento-incumplimiento en sentido material (tal es el sentido de la «negligencia» del art. 1.101 C. c.) y en el de la imputación de la imposibilidad (arts. 1.105-1.182 C. c.), ha suscitado la cuestión de si se trata de una misma noción de diligencia que cumple una doble función, o si por el contrario se trata de dos nociones de diligencia con diversa naturaleza. Discusión doctrinal que en Italia se ha vinculado a la interpretación histórico-sistemática de la norma de la diligencia (art. 1.176 C. civ. it.).

Fue Mengoni (260) el primero en hacer corresponder a las dos funciones de la diligencia, ya señaladas previamente por Osti, dos nociones de diligencia de naturaleza diversa. Así, habla Mengoni de una «diligencia técnica», entendida en sentido subjetivo como «cuidado, esfuerzo, atención», que se califica como criterio de responsabilidad y tiene como función primordial la imputación de la imposibilidad sobrevenida. Por otra parte, y frente a la anterior, sitúa Mengoni una «diligencia impropia», de carácter objetivo, que responde a la idea de la *bonitas* o *utilitas*, y que consiste en la realización de una actividad técnica con arreglo a sus propias normas de tal naturaleza; es decir, se trata de un criterio para determinar el exacto cumplimiento en las prestaciones técnicas.

La primera noción de diligencia se contendría en el primer párrafo del artículo 1.176 C. civ. it., que se explicaría como una generalización del artículo 1.137 del Código Napoleón, que al hablar de la diligencia en la custodia se referiría a la diligencia en sentido técnico, como criterio de imputación de la pérdida de la cosa, y en tal sentido ampliable a todas las obligaciones como criterio general de imputación de la imposibilidad sobrevenida. En cambio, la diligencia en sentido impropio, se contendría en el segundo párrafo del artículo 1.176 Código civil italiano (que se refiere a la diligencia profesional, mientras que el primero a la del buen padre de familia), en virtud del cual se explicaría la inclusión de la impericia en el ámbito del incumplimiento.

También propende por la separación de dos nociones de diligencia

---

(260) Cfr. «Obbligazioni...», cit., pp. 193 y ss. y 294 y ss.; VISINTINI, «La responsabilità...», cit., pp. 56 y ss.; MANCINI, op. cit., pp. 27 y ss.; MAJELLO, recensión cit., pp. 786-7; CATTANEO, op. cit., pp. 51 y ss.

correspondientes a sus dos funciones Mancini (261), que distingue la diligencia en el cumplimiento (art. 1.176 C. civ. it.) que sería objetiva, pero no sólo cuando se trate de prestaciones profesionales, pues la separación entre los dos párrafos del artículo 1.176 C. civ. it. operada por Mengoni es arbitraria: la diligencia profesional no es sino la diligencia del buen padre de familia conmisurada a la naturaleza técnica de la prestación; y la diligencia como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida, que sería subjetiva, pero que tendría su sede no en el artículo 1.176 C. civ. it., sino en el artículo 1.175, la norma de la buena fe-«correttezza».

En cambio Osti (262), y con él buena parte de la doctrina (263), han sostenido el carácter unitario de la diligencia no obstante su duplicidad de funciones.

La diligencia, sea como medida del cumplimiento en las obligaciones de medios, sea como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida para toda clase de obligaciones, es siempre la del artículo 1.104 del C. c., entendida como norma objetiva de conducta (264). La

(261) Op. y loc. últ. cit. y vid., también, allí, pp. 92 y ss.

(262) Cfr. «Deviazioni dottrinali...», cit., pp. 612-3, y voz cit., pp. 297-8. OSTI también explica el art. 1.176 C. civ. it. (cfr. «Deviazioni dottrinali...», cit., pp. 608-9) como una generalización del art. 1.137 del Código Napoleón, pero con otro sentido que el dado por MENGONI. Para OSTI la generalización habría significado que el criterio de la diligencia como medida de la obligación de custodia (que él concibe como de medios) se habría extendido a todas las demás obligaciones de medios.

(263) Cfr. CATTANEO, op. y loc. últ. cit.; BIANCA, voz cit., pp. 192-3, y «Dell'inadempimento...», cit., pp. 24 y ss.; COTTINO, «L'impossibilità...», cit., pp. 53 y ss.

También habla de la «comunicabilidad» entre la diligencia como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevenida (art. 1.218 C. civ. it.) y como criterio de cumplimiento (art. 1.176 C. civ. it.), GIORGIANNI (cfr. «L'inadempimento», cit., pp. 293 y ss.). Es exacto que la diligencia en ambos casos es la del art. 1.176 (art. 1.104 C. c. español), pero no, como pretende GIORGIANNI, que ambos artículos sean dos reglas de responsabilidad diversas con un ámbito distinto según sea la naturaleza de la obligación.

(264) En cambio, MAJELLO («Custodia e deposito», cit., pp. 131 y ss.) entiende que el art. 1.176 C. civ. it. consagra un genérico deber de protección, de cuya violación deriva la responsabilidad contractual por los daños causados en intereses del acreedor diversos de aquél del cumplimiento.

Afirmación a la que llega sobre dos premisas falsas: que la diligencia como criterio de imputación ya se contiene en el art. 1.218 (lo que no es verdad para el C. civ. it., donde sea en la sede de la responsabilidad —art. 1.218— que en la de la extinción de las obligaciones —art. 1.256— se habla genéricamente de la «causa no imputable» al deudor de la imposibilidad sobrevenida, sin mencionar, como en España, a la culpa expresamente), y que el carácter inexacto de una prestación de actividad contraria a las comunes reglas técnicas ya se contiene en el art. 1.218 C. civ. it., lo que tampoco es cierto, pues precisamente aquello que permite establecer la inexactitud de la prestación (las comunes reglas técnicas) forma parte del artículo 1.176 C. civ. it. (diligencia como criterio de conducta adecuado a la naturaleza de la prestación).

Por otra parte, la limitación (criticada por MAJELLO) del art. 1.176 (diligencia como criterio de cumplimiento) a las solas obligaciones de medios, a pesar de su dicción general, deriva no de una interpretación arbitraria, sino del propio contenido de dichas obligaciones.

adecuación de dicho metro de conducta a la naturaleza técnica de la prestación no introduce una noción diversa de diligencia, sino que es lo normal (cfr. art. 1.104-1.º C. c.) que la diligencia se conmisure a la naturaleza de la prestación de que se trate, y que por consiguiente pueda asumir un carácter técnico.

En realidad no se comprende por qué la naturaleza de la diligencia ha de cambiar con su empleo en una u otra función, sobre todo si se tiene presente que el interés que subyace en el deber accesorio de preservación de la posibilidad de la prestación es el mismo que el de la prestación principal: es decir, el del cumplimiento, y que tan incumplimiento es la no realización de la prestación con arreglo a lo debido (no concurriendo el hecho liberatorio), como la no realización de la prestación por imposibilidad imputable al deudor.

¿Por qué ha de ser la diligencia a emplear en el cumplimiento de la prestación conmisurada a su naturaleza, y no la destinada a preservar su posibilidad? Una distinción entre estos dos ámbitos ni se justifica, ni sería consecuente. Si la diligencia a emplear en el cumplimiento de la obligación es técnica, la empleada en evitar su imposibilidad sobrevenida también ha de serlo; y ello no es más que una consecuencia de la aplicación del artículo 1.104 C. c. que se aplica así en dos ámbitos: cumplimiento (sólo para las obligaciones de medios) e imputación de la imposibilidad sobrevenida (para todas las obligaciones), pero siempre con arreglo a su única naturaleza de criterio objetivo de conducta capaz de asumir contenidos técnicos.

En realidad, el propio Mengoni (265) desmiente sustancialmente sus afirmaciones, cuando dice que si se trata de actividades no profesionales la «diligencia técnica» (criterio de responsabilidad, contenida en el primer párrafo del art. 1.176 del C. civ. it.) asume la función de determinar el contenido de la prestación, con lo que en realidad se confiesa que la diligencia es única (normalmente la del buen padre de familia —art. 1.104 C. c. y 1.176 C. civ. it.—) y que en sus dos funciones se conmisura a la naturaleza de la prestación principal; en otras palabras, el carácter de la diligencia depende de la naturaleza de la prestación, no de la función en que se emplee.

Si la prestación es técnica la diligencia determinadora del contenido del exacto cumplimiento —cuando la obligación es de medios— y la diligencia criterio de imputación serán técnicas. Si la prestación no es técnica, la diligencia en ambas funciones referidas (y en sus respectivos ámbitos) será igualmente no técnica.

La culpa relevante en uno y otro ámbito es, pues, siempre una noción objetiva, una infracción de un modelo de conducta.

De la unidad de la diligencia en sus dos funciones, se desprende que la moderación de la diligencia a que se refiere el artículo 1.103 Código civil afecta por igual a sus dos funciones: los Tribunales podrán moderar según los casos (flexibilidad de la diligencia, adaptación del criterio general a las circunstancias de cada caso, no sustitución

---

(265) Cfr. «Obbligazioni...», cit., pp. 206 y ss.

por otro distinto) el nivel de diligencia que es necesario prestar para cumplir (y faltando el cual se plantea el juicio de responsabilidad en términos de los artículos 1.105-1.182, 1.184 C. c.) en las obligaciones de medios o de diligencia; y esta misma moderación se aplica en el ámbito del juicio de responsabilidad propiamente dicho, de la diligencia como criterio general de imputación (ámbito en el que es verdad que la norma se refiere «a toda clase de obligaciones»), con repercusión sobre la determinación de la cuantía del resarcimiento.

La relevancia del elemento intencional en el actual sistema de la responsabilidad contractual, se circunscribe a la agravación de las consecuencias del incumplimiento en el caso del dolo del deudor (art. 1.107 Código civil) (266). El elemento intencional, por el contrario, es irrelevante en el plano de los presupuestos de la responsabilidad.

Esta particular relevancia del dolo es el único vestigio en la teoría del incumplimiento de la tradición moralista de transposición al ámbi-

---

(266) DÍEZ-PICAZO («Fundamentos...», cit., pp. 702 y ss.) utiliza el artículo 1.107 C. c. para, sobre la base de la expresión «deudor de buena fe», hablar de la responsabilidad por el *id quod interest* como objetiva, independiente de la culpa del deudor, mientras que sólo la responsabilidad por los daños ulteriores se basaría en la culpa.

El art. 1.107 del C. c. se explica con la equivalencia entre deudor de buena fe y deudor no doloso (tradicional equiparación del dolo a la mala fe) y con la no equivalencia de culpa e incumplimiento, pues incumplimiento es la no realización del exacto resultado debido (incumplimiento en sentido material, como es el caso del deudor de una obligación de medios que la realiza inexactamente, negligentemente —culpa—) persistiendo el vínculo obligatorio por la no verificación de su extinción (hecho liberatorio-extintivo, en el que por concurrir sus dos elementos, no se agota en la ausencia de culpa: el vínculo subsiste cuando no obstante la ausencia de culpa del deudor, la prestación es posible).

No existe, pues, un deudor responsable distinto del deudor incumplidor (en el incumplimiento se absorben todos los aspectos relevantes de la culpa), y la culpa no determina por sí sola el incumplimiento; para ello se requiere por un lado la falta de total o exacto cumplimiento, y por otro la subsistencia de la obligación. En ambas esferas la culpa es relevante, pero ninguna de ellas (ni la falta del resultado debido, el incumplimiento material, ni la subsistencia de la obligación) se agota con la culpa.

Por ello, el argumento de DÍEZ-PICAZO que se apoya sobre la premisa «si el sistema de responsabilidad se funda en la culpa» (*ibidem*, p. 702), cae por su propia base.

DÍEZ-PICAZO, por otra parte, hace del art. 1.107-1 C. c. una doble utilización, para limitar la responsabilidad del deudor culposo a los daños previsibles (*ibidem*, p. 708) y para establecer una responsabilidad objetiva en el *id quod interest* (p. 704) para todo deudor incumplidor, y es claro que si se parte de que la medida de la responsabilidad es distinta en uno y otro caso (la del deudor culposo incluye el resarcimiento de los daños ulteriores), no puede servir para las dos cosas a la vez una misma norma.

El deudor de buena fe del art. 1.107 C. c. es, pues, el deudor incumplidor no doloso.

Al mismo resultado que DÍEZ-PICAZO llega TORRALBA, op. cit., pp. 1.155-6, cuando habla de la responsabilidad por el *id quod interest* como una responsabilidad objetiva (inculpable) sobre la base del art. 1.096-1.º C. c., mientras que la responsabilidad por los daños ulteriores se fundamentaría en la culpa.

En cambio, a mí me parece que no hay precepto que autorice a pensar en la separación en sus presupuestos de las consecuencias del incumplimiento, según se trate del *id quod interest* o de los daños ulteriores, mientras que sí lo hay para

to contractual de la teoría del ilícito. Tradición, quizá, a poner en conexión con el propio origen histórico de las obligaciones en el delito.

El *do lo* se concibe como un exceso (en términos penales, alevoso) respecto de un comportamiento que ya de por sí sólo generaría responsabilidad. Este comportamiento reprochable viene *sancionado* con un incremento del importe del resarcimiento, o más exactamente con una extensión del ámbito de lo resarcible.

---

pensar lo contrario (cfr. art. 1.106 C. c.). Ambas son consecuencias de la subsistencia, a falta de exacto cumplimiento, de la obligación, y la primera, además, de la imposibilidad (no liberatoria) de la prestación originaria.

Es verdad que el remedio del art. 1.096-1.º prescinde de la culpa (como su fundamento directo), pero no que el resarcimiento (arts. 1.101, 1.105, 1.182, 1.184 C. c.) se base sobre ella; ambos elementos de las consecuencias del incumplimiento (que no en vano se dan cumulativamente en el caso del art. 1.096-1.º, vid. tenor del art.) operan sobre el presupuesto único del incumplimiento, en cuya determinación negativa (desde el límite de la responsabilidad) sí interviene la culpa como presupuesto mediato de la responsabilidad.

En realidad, tampoco Díez-PICAZO y TORRALBA prescinden totalmente de la culpa para la afirmación de la responsabilidad por el *id quod interest*, pues el deudor puede liberarse de ella probando «el caso fortuito que imposibilitara el cumplimiento» (TORRALBA, *ibidem*, p. 1155), y el «caso fortuito (que) haga imposible el cumplimiento» (DÍEZ-PICAZO, *ibidem*, p. 704).

Es decir, también estos autores recogen una prueba liberatoria en la que, junto a la imposibilidad de la prestación, se integra la ausencia de culpa (caso fortuito en sentido estricto). La culpa sería aquí, pues, también fundamento (indirecto o mediato, en la medida que excluye la liberación) de la responsabilidad.

Mientras que si se llegase a admitir una consecuencia del incumplimiento (responsabilidad por el *id quod interest*) con imposibilidad de la prestación originaria (pues es un equivalente de ella) y sin culpa del deudor (no tratándose de un criterio de imputación diverso del general), sería esencialmente contradictorio, pues la obligación se ha extinguido (art. 1.182, imposibilidad liberatorio-extintiva) y no cabe por tanto ni incumplimiento, ni ninguna de sus consecuencias.

La distinción en el ámbito del *resarcimiento* como consecuencia del incumplimiento, entre el *id quod interest* y la indemnización de daños y perjuicios (ulteriores al valor de la prestación debida), tiene su entronque en PUIG BRUTAU (especialmente, en su comentario a la traducción de la obra de FULLER y PERDUE, «Indemnización de los daños contractuales y protección de la confianza», Barcelona, 1957, pp. 150 y ss.; y cfr., también, «Fundamentos de Derecho civil», cit., pp. 454 y ss.), y ha sido especialmente aprovechada por PINTÓ RUIZ (cfr. «La jurisprudencia del Tribunal Supremo en relación con la indemnización de daños y perjuicios, durante el año 1957», en R.J.C., 1958, pp. 199 y ss., y allí, pp. 204 y ss., y 224-5; y, especialmente, en la voz «Incumplimiento de las obligaciones civiles», en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, XII, Barcelona, 1965, pp. 184 y ss., y allí, pp. 191 y ss.; cfr., también MARTÍNEZ CALCERRADA, «Cumplimiento defectuoso de la prestación», cit., pp. 1340 y ss., y p. 1350, nota 39).

La única trascendencia efectiva de la distinción entre ambos aspectos del resarcimiento es que, como señalan certeramente los autores citados, mientras que la responsabilidad por el *id quod interest* opera por el simple hecho del incumplimiento y es una consecuencia directa de que se debe (la obligación subsiste —no se ha verificado el hecho extintivo-liberatorio—, y subsiste sin cumplir o sin cumplir exactamente, no necesitándose, por consiguiente, prueba alguna acerca del valor del perjuicio causado (pues la prestación —no realizada o no exactamente— se debía); en cambio, cuando se trata de indemnizar otros daños distintos del valor de la prestación (y que deriven causalmente del incumplimiento), éstos han de ser probados por el acreedor que reclama dicha indemnización.

O sea, que mientras la responsabilidad por el *id quod interest* se produce *siempre* que hay incumplimiento y que no es posible la ejecución específica de



En consecuencia, del examen realizado de las reglas generales de la responsabilidad contractual, se desprende que el deudor responde:

1) De la falta de total o exacto cumplimiento, aun no existiendo culpa por parte suya, en tanto la prestación sea posible (267).

2) Del incumplimiento (en sentido material, de falta del resultado debido) determinado por imposibilidad sobrevenida a él imputable.

3) Del incumplimiento (material) determinado por imposibilidad no efectiva.

4) Del incumplimiento determinado por imposibilidad derivante de causa ignota o de la cual el deudor no alcance a dar la prueba de la no imputabilidad.

Esta última es una consecuencia normal de la distribución de la carga de la prueba tal como se realiza por el artículo 1.183 C. c. (y se desprende de la confrontación de los arts. 1.101 y 1.105-1.182 C. c.). Responsabilidad derivante de la carga de la prueba también operante en la teoría de la culpa, cuando el deudor —pese a su diligencia— no alcanza a dar la prueba de la ausencia de culpa para vencer la «presunción» contra él operante.

## H) EL SISTEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL CODIGO CIVIL A LA LUZ DE LAS TESIS OBJETIVAS Y SUBJETIVAS

Después de analizadas las reglas generales de la responsabilidad contractual del C. c., el conflicto entre tesis subjetivas, de la culpa

la prestación, la indemnización de los otros daños derivados del incumplimiento, sólo se da cuando existan y en la medida en que existan. Este último aspecto del resarcimiento tiene, pues, un carácter *eventual*.

En cambio, ambos aspectos del resarcimiento (que se justifican en la necesidad de colocar al acreedor en la misma posición que si el incumplimiento no se hubiera producido), operan, como ya se ha dicho, sobre el *mismo presupuesto*: el *incumplimiento*, la no realización del (exacto) cumplimiento, subsistiendo la obligación por la no verificación de la imposibilidad liberatoria.

Por ello, tampoco es cierta la equiparación que se pretende por PINTÓ RUIZ (cfr. voz cit., espec. p. 192) entre la acción de cumplimiento y la dirigida a exigir el *id quod interest*, pues operan sobre distintos presupuestos: la primera sobre la existencia de una obligación, la segunda sobre la existencia de una obligación no cumplida (en la que, además, el cumplimiento específico no resulta posible).

Esta diferencia de presupuestos (fundamentos), se traduce en un diferente comportamiento de las respectivas cargas de la prueba.

En conclusión, tanto el *id quod interest* como la indemnización ulterior operan sobre el presupuesto de la obligación no cumplida (no de la simple obligación), el primero supone, además, la imposibilidad de la ejecución específica, y la segunda, además de la prueba del no cumplimiento o del cumplimiento inexacto, la del efectivo alcance del daño sufrido.

(267) En el mismo sentido, coherentemente con el límite de la responsabilidad asumido —si bien que limitadamente al *id quod interest*— DÍEZ-PICAZO, op. últ. cit., p. 704: «Un incumplimiento fortuito, con todo el despliegue que se quiera de diligencia por parte del deudor, no libera a éste mientras la prestación sea aún posible».

(que en cierto sentido son objetivas, pues la diligencia es norma objetiva de conducta) y objetivas (incumplimiento), se resuelve en que si bien la responsabilidad contractual es objetiva en tanto se responde del incumplimiento y se deja de responder excluido éste (con la prueba de la extinción de la obligación), es en cierto sentido subjetiva, en tanto que en la determinación del incumplimiento *a contrario* desde el límite de la responsabilidad y, por ende, en la determinación positiva de la liberación (culpa como elemento negativo de la prueba liberatoria) se tiene en cuenta la culpa como valoración-confrontada con un parámetro objetivo de conducta diligente— de la conducta del deudor.

La legislación y las aplicaciones prácticas muestran, sin embargo, una tendencia a la objetivación también en el ámbito de la imputación de la imposibilidad sobrevenida al deudor, prescindiendo de la culpa e invocando el riesgo como criterio de imputación que prescinde de la valoración del comportamiento del deudor.

Se trata aquí de una segunda ola objetivista, que supone una vuelta consciente a la primitiva responsabilidad objetiva, reclamada ahora en un ejercicio de relativismo jurídico, como una exigencia de civilización y desarrollo en un proceso paralelo al que se registra en el ámbito de la responsabilidad extracontractual. Sorprende, por cierto, que la doctrina que invoca las exigencias de la sociedad industrial en sede de responsabilidad civil, olvide —con sus remisiones en blanco a la «doctrina tradicional» de la responsabilidad contractual— que en este campo las exigencias son las mismas.

En cambio, el primer objetivismo, el que vincula la responsabilidad al incumplimiento (que arranca de Osti) y que aquí se asume plenamente, es el resultado de, sin modificar el ámbito de afirmación de la responsabilidad, situar a la culpa en su sitio (de donde, en verdad, sólo terminológicamente había salido), de deshacer equívocos terminológicos (en buena medida inconscientes) (268) que habían elevado artificialmente la culpa, por razones moralizantes y sistemáticas, a fundamento de la responsabilidad contractual, en un contexto doctrinal y legislativo que desmentía sustancialmente aquellas afirmaciones de principio.

---

(268) Confusión de las dos acepciones del fortuito: amplia (imposibilidad liberatoria con sus dos elementos) y estricta (*casus non culpa*), privilegiación del elemento subjetivo de la prueba liberatoria, y ello alimentado, además, por el peculiar papel de la diligencia en las obligaciones de actividad o de medios.



# Las accesiones en la sociedad de gananciales

JOAQUIN RAMS ALBESA

Profesor Titular de Derecho civil de la  
Universidad Complutense de Madrid

La reforma del Derecho de familia de 1981, al haber suprimido de la regulación de la sociedad de gananciales la denominada accesión invertida del hoy derogado artículo 1.404, 2.º C. c., ha repuesto, como principio, la plena vigencia del derecho común de la accesión en el régimen económico-matrimonial «legal». No obstante esta afirmación generalizante, es preciso, dada la compleja estructura patrimonial de la sociedad de gananciales, examinar con algún detalle el fenómeno jurídico de la accesión, sin que sirva la remisión a la disciplina de los artículos 358 y ss. más allá de como una pura enunciación de principio.

## a) *El artículo 1.359, 1.º C. c.*

El precepto dispone literalmente que *«las edificaciones, plantaciones y cualesquiera otras mejoras que se realicen en los bienes gananciales y en los privativos tendrán el carácter correspondiente a los bienes a que afecten, sin perjuicio del reembolso del valor satisfecho»*, lo que presupone una aplicación directa de las reglas de la accesión a la sociedad de gananciales como ya he apuntado, tan sólo modalizada por la especialidad de cálculo que para el montante del reembolso se establece y que examinaremos más adelante, y la derogación material del supuesto de accesión invertida que para la edificación se contenía en el artículo 1.404, 2 C. c. hoy derogado.

El cambio de la accesión invertida a la accesión directa presupone una indudable ventaja por la claridad que aporta en orden a la liquidación subsiguiente a la disolución de la sociedad, al no dar lugar a desplazamientos de titularidad por vías indirectas entre las diferentes masas patrimoniales, evitar tratamientos diferenciados en los distintos supuestos posibles de accesión, y, finalmente, dejar de lado los problemas de titularidad que se plantearon en torno a si ésta se mudaba —de privativa a ganancial— por el nuevo hecho de la edificación o si, por el contrario, debía abonarse previamente el valor del solar o si el precepto hoy derogado se limitaba a los problemas liquidatorios a que daba lugar el hecho de la edificación a la disolución de la sociedad (1).

---

(1) Cossío, *La Sociedad de Gananciales*, INEJ - 1963, págs. 73 y 74, «Resoluciones de la Dirección General de los Registros», 21 octubre 1909; 21 septiembre 1911; y 15 julio 1918.

La nueva solución, es decir, la aplicación de la regla clásica *superficies solo cedit* resulta, en principio, mucho más congruente, sobre todo si se toman en consideración las modernas orientaciones en materia de administración de los bienes que integran las masas privativas, la protección que a la integridad de éstas se dispensa en la nueva regulación y la limitación de potenciales enriquecimientos injustos que supone la liquidación por el valor adquisitivo real de reintegros y reembolsos en la liquidación de la sociedad. De igual manera, la supresión de la accesión invertida ha impedido que en el futuro se den algunos supuestos abusivos o injustos a que podía dar lugar una interpretación literal del derogado artículo 1.404, 2 C. c.; pues al no matizar debidamente el término «edificación», podría entenderse incluida cualquier tipo de construcción, sobre todo si se tiene en cuenta que el precepto hacía referencia al supergenérico vocablo «terreno» en vez de referirse al mucho más específico y apropiado de *solar*, lo que podía conducir a la disparatada posibilidad de que un cónyuge intentara el cambio de titularidad de un predio rústico por el mero hecho de haber construido en él con fondos gananciales graneros, establos, etc., o incluso una vivienda, cuando esta construcción no presupone la modificación de la utilidad principal del conjunto del inmueble, determinando además la fecha de construcción el momento que se debía tomar en consideración para la valoración del terreno, pues era aquella construcción y aquel momento el que daba lugar y en el que se producía, respectivamente la inversión de la titularidad sobre el inmueble de privativo a ganancial.

No parece que pueda dársele un valor justificativo de la accesión invertida del artículo 1.404, 2.º derogado, al argumento de protección y fomento de la construcción, como hace Cossío (2), pues la atribución de un marcado carácter social a las tareas de edificación y urbanización son muy posteriores a la fecha de redacción del precepto —en toda Europa este fenómeno de valoración jurídica y social se produce tras las destrucciones masivas de ciudades de la guerra europea del 14; otra cuestión es la de que la finalidad y alcance en origen del artículo hubiese sido mucho más restringida en la mente de los legisladores —la vivienda familiar— que la excesivamente generalizada —la actividad de construcción— que quedó plasmada en la letra y por ello hubieran tomado en consideración el puro dato fáctico de que el valor de la construcción es, de ordinario, mucho mayor que el del solar sobre el que se edifica. Además, con esta inversión de la accesión, se intentaba corregir el perjudicial e injusto tratamiento que a los reembolsos se venía dando en la antigua regulación de la sociedad legal de gananciales.

No obstante lo anterior, a mi personal juicio, en la nueva regulación debió haberse mantenido el tratamiento de la accesión invertida si bien reservado tan sólo para el supuesto de la construcción de la vivienda familiar con dinero ganancial sobre el solar privativo de uno de los cónyuges, en plena coherencia con lo dispuesto en el ar-

(2) Cossío, *op. cit.*, pág. 73.

título 1.357, 2 C. c. para la compra a plazos de la vivienda familiar con dinero ganancial que estudiaremos más adelante, consiguiendo con ello un tratamiento mucho más armónico de la regulación de la vivienda familiar en el régimen de sociedad de gananciales que con la inclusión de una mera excepción a la regla general de la accesión.

b) *El tesoro oculto*

La doctrina mayoritaria francesa y con ella los pocos tratadistas españoles que se han ocupado de la disciplina del tesoro oculto en sede de sociedad legal de gananciales —De Buen, Sánchez Román, Lacruz— no presentan importantes divergencias, cuando el hallador es uno de los cónyuges en fundo propio, en cuanto a declarar como común la parte adquirida *iure inventionis*, bien sea por su consideración de ganancia debida a la industria de uno de los cónyuges, bien como don de fortuna, bien —para los franceses y para su régimen legal anterior a 1965— por su consideración de bien mueble. Mas por cuanto hace referencia a la mitad adquirida *iure soli* no son ya tan unánimes los planteamientos formales del supuesto ni las soluciones doctrinales aportadas coinciden. En los manuales modernos y en los tratados franceses es ya tradicional la remisión en esta materia a la clasificación de posiciones doctrinales que presentaron Aubry y Rau (3): los autores que se incluyen en la primera —fundamentalmente Toullier y Battur— atribuyen la totalidad del tesoro al esposo descubridor-propietario, sin tomar en consideración que al menos la mitad atribuible a título *iure inventionis* debía constituir para la antigua comunidad legal francesa —bajo cuyo imperio escribían— una verdadera *acquêt mobilier*. Los que conforman la segunda corriente —Merlin, Bugnet, Troplong, Demolombe, Zachariae, etc.—, hacen recaer la totalidad del tesoro en la comunidad, entendiendo que como el tesoro no es fruto del fundo, ni tampoco un producto del mismo, y que el suelo no sufre minoración alguna en su valor objetivo, ni en el tráfico cuando el tesoro que estaba oculto se retira, debe considerarse la parte correspondiente *iure soli* como un verdadero don de fortuna y por consiguiente revertir a la masa común. La tercera corriente, por último, entiende debe atribuirse la mitad *iure inventionis* a la comunidad, en tanto que la otra mitad *iure soli* debe quedar en poder del cónyuge descubridor en su calidad de dueño del suelo, argumentando que si bien el tesoro oculto no constituye un fruto, ni un producto, ni tan siquiera una parte integrante del fundo en que aparece, si constituye un *emolumentum* ligado a la propiedad; no puede desconocerse, afirman los partidarios de esta tesis la existencia en cierta forma de un derecho de accesión, puesto que el hecho del descubrimiento no es la causa generativa de este derecho, sino simplemente la ocasión de su ejercicio y por el mero hecho de que el hallazgo tenga lugar constante matrimonio bajo régimen de comunidad legal, no debe seguirse como resultado el privar al propietario de este beneficio; esta argumentación ha sido mantenida,

---

(3) AUBRY y RAU, por BARTIN, vol. VIII, núm. 507, apartado d) y nota 28.

entre otros, por Chopin, Pothier, Delvincourt, Duranton, Marcadé y los mismos Aubry y Rau, convirtiéndose en la tesis dominante en la doctrina francesa.

En nuestro sistema y para la nueva estructura de la sociedad legal de gananciales, es evidente que la mitad del valor correspondiente a la cuota *iure inventionis* entra en la masa común, bien sea por aplicación del artículo 1.347, 1.º C. c. por tratarse de una búsqueda técnicamente organizada, es decir, por la industria de uno de los cónyuges, bien sea por aplicación del artículo 1.351 C. c. cuando el hallazgo es consecuencia de la mera casualidad como don de la fortuna que tal hallazgo comporta. Por lo que se refiere a la cuota *iure soli*, a mi personal entender, debe considerarse, conforme al criterio de la tercera tendencia de la doctrina francesa de entre las antes enunciadas, como *emolumentum* determinado por la norma e íntimamente ligado a la propiedad; este es el criterio que se pone de manifiesto en el artículo 471, inciso último C. c., según el cual el usufructuario «*respecto de los tesoros que se hallan en la finca será considerado como extraño*», cuya aplicación analógica a la sociedad de gananciales conviene plenamente. Por ello, aunque la adquisición del tesoro oculto constituya un supuesto especial que opera *ex lege* mucho más que una variedad más de accesión, como apuntaría De Buen (4) y ha elaborado con rigor y lujo de detalle Moreu (5), entiendo no por ello debe concluirse que el destino adecuado para la cuota correspondiente *iure soli* sea el de ingresar en la masa común con una asimilación más o menos analógica a los dones de fortuna, sino que, por el contrario, debe ser reputada como enteramente privativa, como derecho agregado al concepto mismo de propiedad y atraído por esta titularidad; se trata de una ganancia a la que no se le puede aplicar ninguno de los supuestos del artículo 1.347 C. c., por lo que no puede decirse *a priori* que deba ser ganancial, y no le es de aplicación el artículo 1.361 C. c., pues aquí la ley presta un título de pertenencia en los artículos 351, 352 y concordantes del C. c., que no pueden ser arbitrariamente modificados por la presencia de un régimen económico matrimonial —aquí de gananciales—, que no debería ser considerado más allá de un cuasi usufructuario.

c) *Acrecimiento de los bienes propios y la empresa privativa.*

La reforma de nuestro Derecho de familia de 1981 ha introducido un nuevo texto en el artículo 1.360, el cual, al disponer que «*las mismas reglas del artículo anterior se aplicarán a los incrementos patrimoniales incorporados a una explotación, establecimiento mercantil u otro género de empresa*», ha venido a extender las reglas de la accesión al ámbito de una unidad económica como es la empresa, lo que supone la admisión plena de la comunmente denominada *accesión económica* en la sociedad de gananciales, sujetándola a su vez a la especialidad que para las reglas generales de reembolsos y reintegros se establecen.

(4) DE BUEN, *Tratado*, vol. 4, pág. 220.

(5) MOREU, *Ocupación, hallazgo y tesoro*, págs. 276 y ss., Barcelona 1980.

La regla presupone así una generalización amplificadora de un concepto originariamente mucho más restringido, nacido en el seno del Derecho francés de costumbres, que permitía la formación de un «*corps de ferme*» consistente en la adquisición de instrumentos y equipos agrícolas, e incluso la nueva construcción de establos o graneros que devenían *proprios* del titular de la finca sin necesidad de declaración formal de empleo o reemplazo y que daban lugar, en su caso, a reembolso a la disolución de la comunidad (6). La institución encuentra acomodo en la codificación en el seno de la regulación de comunidad convencional francesa de sociedad reducida a las *acquêts* (antiguo artículo 1.437 C. c. francés, hoy derogado) y se contiene ahora, según la mejor doctrina francesa, en el vago término de *accesorios* del nuevo artículo 1.406, 1 C. c. francés, que recibe una interpretación amplísima siempre que vaya acompañado de la nota distintiva de *afectación* a otro bien del que, más que formar parte integrante, va a recibir una propia finalidad económica (7).

La concepción española sobre este mismo argumento (art. 1.360 con referencia expresa al 1.359, ambos del C. c.) es decididamente más amplia, podríamos decir que es omnicompreensiva, por cuanto a su formulación se refiere, respecto de sus antecedentes franceses y viene, además, a superar también el estrecho concepto tradicional de las *impensas*, con su secuela de calificación en «necesarias, útiles y suntuarias», tan sólo relativamente adecuadas para la antigua concepción legal de ser el marido el director de la economía familiar incluidos los bienes privativos de la mujer, que se ampliaba de hecho a la estrecha área de poder de ésta sobre los parafernales. El actual margen se extiende por norma a todo *incremento patrimonial incorporado* y, dados los términos del artículo 1.359, 2.º C. c. que examinaremos más adelante, debe entenderse como tal toda inversión que en los mismos se efectúe, así como la colaboración con el trabajo personal del propio cónyuge propietario o del otro no propietario, siempre que se preste tal colaboración sin retribución.

Dos problemas independientes entre sí dificultan, a mi modo de ver, la cuestión, no tanto por lo que se refiere a la inteligencia del propio precepto, cuanto hace a su propia aplicación práctica. Por lo que se refiere al primer aspecto, la lectura directa de los textos sugiere que para que la inversión o el incremento incorporado den lugar al nacimiento de un crédito en favor de la masa común es necesario que produzcan un aumento del valor de la explotación, establecimiento o empresa; no creo, por mi parte, que pueda acogerse tal interpretación, sugerida por los profesores Díez-Picazo y Gullón cuando al respecto dicen: «en lugar de reconocerse un crédito de reembolso sobre lo pagado o invertido, se le otorga un crédito por el aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, *si el aumento de valor existe al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado*» (8). Entiendo que debe volverse la vista a la

(6) POTHIER, *Traité de la Communauté*, núm. 635.

(7) CORNU, *Les Régimes Matrimoniaux*, págs. 349 y ss. P. U. F. 1974.



tradicional doctrina de las «impensas» y conforme a ella determinar que aquellas inversiones o incrementos incorporados que por la naturaleza de la empresa, explotación o bien privativos o cuando el propio estado físico o económico de éstos hacen que aquellas inversiones resulten *necesarias o útiles* a su propia conservación, desenvolvimiento o mejora, dan lugar en todo caso al nacimiento en sí mismo del derecho de crédito, siempre que tal aportación presuponga un aumento de valor. En términos rigurosos sería suficiente que dieran lugar simplemente a un mantenimiento de su valor; en tanto que para las denominadas tradicionalmente «*impensas suntuarias*» si sería necesario que llevasen aparejada como consecuencia directa un incremento de valor al tiempo la liquidación de la sociedad o de la venta de la explotación, empresa o bien.

La interpretación contraria supone tanto como admitir que una empresa privativa con dificultades de subsistencia puede atraer para sí todo el caudal común, lo que es verdaderamente posible y frecuente, y quedar al tiempo de la liquidación para el cónyuge propietario, libre de cargas para con la comunidad si su valor es inferior al que tenía al nacimiento de la sociedad de gananciales.

Por lo que respecta a la actividad de los cónyuges como inversión y la modalidad y naturaleza de este tipo de crédito, se estudian a continuación en el apartado dedicado al artículo 1.359, 2 C. c.

El segundo problema viene concatenado con el propio concepto de empresa privativa (9), pues al constituir ésta una unidad económica parte de la empresa privativa y como tales son bienes privativos por una unidad jurídica autónoma, resulta muy difícil, en la práctica, delindar los conceptos de «beneficio neto» y de «formación de capital» —necesario este último para la propia subsistencia de la empresa—, pues en tanto los beneficios salen de la misma para formar parte de la masa común como gananciales que son (art. 1.347, 2 C. c.); la masa destinada a formación de capital, bien como reinversión de amortizables bien como puras reservas líquidas, pertenecen y forman parte de la empresa privativa y, como tales, son bienes privativos por accesión económica, deviniendo la empresa deudora por su importe liquidado al terminar la comunidad. Para Lacruz se trata de «un crédito ganancial aplazado, inexigible en tanto no se liquide el régimen, y cuyo uso y disfrute por el consorcio produce una compensación a modo de rédito, puesto que el dinero dejado en la empresa es fuente de nuevos beneficios». Estos créditos están integrados por los beneficios «ocasionados por el giro y el tráfico, sus subrogados y accesiones, y además los debidos al trabajo del cónyuge».

El planteamiento del nuevo artículo 1.360 C. c. proporciona un alto grado de claridad respecto de la invariabilidad de la titularidad de la empresa cuanto ésta es originariamente privativa, con independencia de la reinversión de beneficios no separados, sobre los que opera la accesión económica prevista en el precepto; ahora bien, en su

(8) DÍEZ-PICAZO Y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. IV, pág. 238.

(9) LACRUZ-SANCHO, *Elementos de Derecho Civil*, IV, págs. 417 y 418.

necesaria relación con el artículo 1.359, C. c. el precepto aporta a su vez un alto grado de complejidad técnica, sobre todo para aquellas empresas o explotaciones, más bien negocios familiares de pequeña, cuando no de ínfima dimensión, en los que el necesario e inevitable entramado de relaciones económicas y de trabajo suelen conducir a una progresivamente creciente confusión patrimonial y para los que resultará difícil, frecuentemente imposible, llevar a la práctica su correcta liquidación, sobre todo cuando ésta, por circunstancias concatenadas a la disolución de la sociedad, se presente en forma litigiosa.

d) *El artículo 1.359, 2 C. c.*

Después de dejar claramente establecido en el primer párrafo la directa aplicación a la sociedad de gananciales de las reglas generales de la accesión y manifestar que ésta puede dar lugar al nacimiento de un correspectivo como derecho de reembolso, el artículo 1.359 C. c., en su párrafo segundo, modaliza este derecho en los siguientes términos: «*No obstante, si la mejora hecha en bienes privativos fuese debida a la inversión de fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, la sociedad será acreedora del aumento del valor que los bienes tengan como consecuencia de la mejora, al tiempo de la disolución de la sociedad o de la enajenación del bien mejorado*». Este precepto requiere un especial análisis pormenorizado tanto por su novedad en la regulación de la sociedad de gananciales, cuanto por su intrínseca complejidad teórica y práctica.

a') Tal vez por su contenido, el análisis de este artículo 1.359, 2 Código civil debiera emprenderse con más propiedad dentro del contexto del estudio de los reintegros y reembolsos como sistema de equilibrio entre las distintas masas patrimoniales que integran la sociedad de gananciales, pero entiendo que con tan ortodoxa sistemática quedaría el problema desplazado del contexto natural en el que presenta toda su operatividad y virtualidad, cual es el campo de las accesiones propiamente dichas y de las plusvalías debidas a la actividad de uno de los cónyuges, por lo que es aquí donde el precepto debe ser sometido a análisis complementario y siendo, a su vez, complementado por la disciplina general de las accesiones y plusvalías; de ahí que sea tratado en esta su natural *sedes materiae*.

b') En la sistemática de la reforma de 1981 este precepto fundamental destinado, como el siguiente, a resolver supuestos de accesión, se encuentra situado no inmediatamente detrás de los artículos que regulan la titularidad de los bienes adquiridos con precio aplazado, sino que entre éstos y aquél se intercala la disciplina general de reembolsos y reintegros. Esta sistemática es, desde luego, sumamente discutible, y personalmente me parece francamente desafortunada, pero creo que viene a explicitar a su manera lo que el precepto tiene de especial, mejor dicho, de excepción a la regla general de reembolsos y reintegros, y a subrayar que su alcance queda circunscrito y limitado a los supuestos de accesión natural y económica, sin que sea lícito extender su virtualidad y su sistema de cálculo a ninguna otra rela-

ción entre masas patrimoniales que dé lugar al nacimiento de un derecho de crédito entre ellas. Mucho más dudoso es que esta excepcionalidad suponga, como veremos, una limitación a la propia operatividad y alcance descritos en el precepto mismo y deba, en consecuencia, quedar excluida la aplicación al mecanismo o de aplicación divergente; entiendo más bien que su excepcionalidad, que lleva por principio general de derecho a una interpretación restrictiva del mismo, presupone que esta norma tan sólo es plenamente operativa y aplicable a los supuestos de accesión y, dentro de ésta, a los específicamente contemplados en los artículos 1.359 y 1.360 C. c. quedando excluidos en consecuencia aquellos otros supuestos de accesión económica que, como las compras con precio aplazado y satisfecho con numerario procedente de otra masa distinta de la inicialmente adquirente, se regulan y disciplinan en otros preceptos distintos a estos dos citados.

c') La mejora de un bien privativo, teniendo en cuenta los amplios márgenes en que se concibe y redacta el artículo 1.359, 2 C. c., puede tener lugar por uno de los siguientes supuestos:

- 1.—Inversión de capital común.
- 2.—Trabajo aplicado del cónyuge propietario privativo.
- 3.—Trabajo aplicado del cónyuge no propietario.
- 4.—Aplicación del trabajo del cónyuge propietario más inversión de capital común.
- 5.—Aplicación del mismo trabajo e inversión de capital privativo de este mismo cónyuge.
- 6.—Aplicación del mismo trabajo e inversión de capital privativo del cónyuge no propietario.
- 7.—Aplicación del trabajo del cónyuge no propietario e inversión de capital común.
- 8.—Trabajo de este mismo cónyuge e inversión de capital propio del cónyuge propietario.
- y 9.—Trabajo de este cónyuge no propietario e inversión de capital privativo del mismo.

La problemática, como puede apreciarse resulta abigarrada y las soluciones, de aplicar directamente el principio sustentado por el precepto, sumamente complejas y a la postre excesivamente ganancialistas, mucho más allá, creo, de lo que, en una visión de conjunto de la reforma pretendía el legislador. De ahí que resulte absolutamente necesario matizar.

La doctrina española se plantea la dificultad manifiesta en la interpretación conjunta del artículo 1.359 C. c. partiendo de la presencia de una auténtica contradicción entre los dos párrafos que lo integran, por lo que los diferentes intérpretes llegan, en sus respectivos análisis, a resultados claramente divergentes y por ellos sumamente discutibles. La cuestión planteada no es en modo alguno sencilla y dará lugar a las más variadas soluciones, pues a las dificultades de orden teórico, única referencia actual, habrá que adicionar las que en el futuro aportará la práctica, no sólo por lo que al cálculo de las mejoras se refiere y al

diferente sistema aplicable para las mismas, sino también y para el párrafo 2.º del mismo las referentes a la prueba del origen o mejor sobre la causa generativa de los incrementos de valor que se deben tomar en consideración al tiempo de la liquidación.

Así, para Martínez Calcerrada la distinción, para aplicación de uno u otro régimen en cuestión hay que situarla en si los incrementos de valor obedecen a «mejoras perceptibles», «ostensiblemente palpables» para el párrafo primero, en tanto que para el párrafo segundo deben incluirse la «mejora de gestión» «la que provenga de un constante trabajo, celo o mejor explotación del bien privativo» (10). Esta apreciación valorativa para la aplicación de los diferentes tipos de régimen de medida contenidos en el artículo 1.359 en sus dos párrafos no responde evidentemente a las realidades que contempla el difícil precepto y, como pone de manifiesto Torralba Soriano (11), esta interpretación no está de acuerdo con el sentido literal del precepto. La idea motriz del pensamiento de Martínez Calcerrada se orienta a dar un valor unívoco a los dos sistemas de valoración ínsitos en el precepto diferenciando en el tratamiento tan sólo los supuestos a que debe aplicarse uno u otro.

Parecida orientación monista tendrá la tesis de Vázquez Iruzubieta cuando la doctrina del régimen se quiere reducir a «un anticipo para mejorar», tesis para el párrafo primero, o a «un aporte a título de inversión», para el segundo (12). Esta interpretación no puede superar el escollo, que, en muchos autores se quiere considerar injustificado, de la existencia real de dos medidas de valoración para dos tipos de masa diferente, realidad que trasciende de la simple lectura del precepto.

Torralba Soriano, alineándose con la posición de Lacruz y Giménez Duart, entiende que el artículo 1.359 establece en su apartado primero una regla aplicable a cualquier tipo de mejoras realizadas en bienes gananciales o en bienes privativos, regla que el apartado segundo matiza «para el supuesto de que las mejoras se hagan en bienes privativos con cargo a fondos comunes o a la actividad de cualquiera de los cónyuges, en cuyo supuesto la sociedad de gananciales podrá exigir el reembolso del aumento del valor que los bienes tengan como *consecuencia de la mejora*», lo que concuerda plenamente con la letra y el espíritu del precepto (13).

Nos encontramos en presencia de una de esas normas que nos ponen de manifiesto, al igual que algunas otras repartidas por todo Capítulo destinado a la sociedad de gananciales, que el legislador tenía la convicción de que el régimen económico-matrimonial de participación era más adecuado, en términos de justicia, a la vida económica

(10) MARTÍNEZ CALCERRADA, *El nuevo Derecho de Familia*, T. II, págs. 210 y sigs.

(11) TORRALBA SORIANO, *Comentario al artículo 1.359 C. c.*, en «Comentarios a las Reformas del Derecho de Familia», vol. II, pág. 1651.

(12) VÁZQUEZ INZUBIETA, *Régimen Económico de Matrimonio*, EDERSA 1982, pág. 227.

(13) TORRALBA SORIANO *op. cit.*, pág. 1652.

actual que la tradicional sociedad de gananciales, y por ello rompe a veces con excepciones parciales, la regla de ser la comunidad ganancial una comunidad de bienes y no de valores, para enderezar e impedir determinados enriquecimientos unilaterales de difícil justificación cuando la sociedad de gananciales quiere seguir siendo un reflejo en lo económico del *consortium omnis vitae* en que se funda la idea de matrimonio en nuestra sociedad. De esta manera la falta de reciprocidad entre los supuestos a los que es aplicable uno u otro párrafo del artículo 1.359 C. c. no es explicable como una contradicción: planteamiento que entiendo estéril, sino como reforzamiento de la idea de que todo enriquecimiento proveniente del trabajo o de la inversión o de ambas conjuntamente tiene como destinatario único la masa ganancial, única que se configura con vocación de crecimiento en el régimen «legal». Ello, con ser así, no nos libera del examen pormenorizado de las posibles hipótesis, porque en ellas hay que valorar algunos aspectos de grado que, de no tenerse presentes, desviarían lo que es una mera corrección o matización, hacia una expropiación de las masas privativas gestionadas conforme corresponde al buen padre de familia por lo común, fenómeno que no padecería el cónyuge indolente, con efectos claramente contrarios a la finalidad perseguida.

a'') *La actividad del propio cónyuge propietario privativo*

Conforme a la letra del artículo 1.359, 2 C. c., cualquier mejora en bienes privativos debida a la actividad de cualquiera de los cónyuges, por tanto también las originadas por la acción del propietario privativo, hace a la sociedad acreedora por el aumento de valor que el bien experimenta. Ahora bien, esta expresión puede interpretarse bien de forma literal con efectos un tanto radicales y maximalistas, bien de forma sistemática y por ello con efectos mucho más matizados y menos traumáticos para la masa privativa que experimenta un incremento de valor.

La primera apreciación interpretativa se fundaría en el puro texto aislado del párrafo segundo del repetidamente citado artículo 1.359 y en la idea más bien moral que jurídica de que es el trabajo de cada uno de los cónyuges un bien ganancial, por lo que habría conceptualmente una accesión de trabajo ganancial a un bien privativo. Esta posición en la valoración del trabajo, que no es infrecuente en nuestra mejor literatura jurídica, me ha parecido siempre más una expresión pedagógica y literaria que una verdadera manifestación de un criterio jurídico, y aplicada sin más a la sociedad de gananciales supondría como ya he dicho antes, la penalización más injustificada para con el cónyuge que crea riqueza, además de encontrarse aislada de su natural contexto.

La segunda línea de interpretación haría nacer el crédito en favor de la sociedad cuando esta misma actividad del cónyuge propietario presupone un incremento de valor de un privativo por incorporación al mismo de nuevas edificaciones, plantaciones, u otras accesiones como las contempladas en el párrafo primero del 1359, y no cuando el au-

mento de valor proviene, en expresión de Martínez Calcerrada de una *mejora de gestión*; pues es evidente que cualquier bien fructífero cuando por una adecuada gestión incrementa sus naturales rendimientos incrementa su valor en el mercado, se revaloriza.

Creo al respecto que no puede perderse de vista que nos encontramos ante una *regula iuris* de contenido y alcance excepcional en la sociedad de gananciales y que debe interpretarse como tal y por tanto restrictivamente; no es fácilmente presumible que el legislador se haya propuesto normativamente ganancializar sin más todas aquellas «mejoras» que presupongan un incremento del valor de un bien privativo procedentes exclusivamente del trabajo del cónyuge propietario, pues, de una parte, es evidente que un trabajo directo que resulta capaz de mejorar un bien trae mucho antes como consecuencia directa e inmediata un acrecimiento en los rendimientos ordinarios del bien privativo de que se trate, y estos son por norma gananciales; si, además y de otra parte, debe ingresar en la masa común la diferencia de valor, se está regresivamente orientando a las masas privativas a la más absoluta inamovilidad en valor y como consecuencia condenándolas a un empobrecimiento real.

Como consecuencia de lo anterior, entiendo que el derecho de crédito a favor de la sociedad conyugal no debería nacer por la atención fructífera prestada al propio matrimonio sino cuando concurren, o una inversión adicional de fondos comunes, o cuando el trabajo se oriente a la transformación del objeto en el sentido que al término «mejora» se da en el párrafo primero del 1.359.

b") *La actividad del cónyuge no propietario*

También aquí deben ser matizados los efectos. No pueden entenderse incluidas aquellas actividades motivadas en la pura ayuda propias del matrimonio, tales como la colaboración en las tareas de recolección, la de consejo en la orientación del negocio, la de despachar en momentos de agobio en una tienda, etc.; presupongo más bien que debe tratarse de un auténtico trabajo u ocupación, en su acepción corriente, es decir, la de dedicarse prestando sus servicios en la explotación o empresa, constatándose una verdadera relación de causa a efecto entre la actividad del cónyuge no propietario y el acrecimiento del valor del bien o empresa propiedad del otro cónyuge, y, además, que esta prestación de trabajo no resulte retribuida salarialmente como trabajo por cuenta ajena, pues sería esta retribución junto con los frutos netos del bien los que entrarán como gananciales en la masa común y entender lo contrario sería dar lugar a un enriquecimiento injusto en favor de la comunidad.

c") *La inversión de fondos comunes*

Es este el supuesto ordinario que sirve de base a la *ratio* del precepto, puesto que, por normas expresas se impide, de una parte, la transformación de las empresas, explotaciones o bienes originariamente privativos en bienes de titularidad mixta (privativos y gananciales

por cuota) —según argumento *a contrario* de los artículos 1.347, 5.º y 1.354 C. c.— y, de otra, se aplican directamente a la sociedad de gananciales las reglas de la accesión, suprimiendo la reforma, a su vez, la accesión invertida del derogado artículo 1.404, 2 C. c. Y es lógico que la inversión de fondos comunes destinados a mejoras en los privativos dé lugar no solamente a un derecho de crédito en favor de la comunidad, sino que éste sea cualificado, evitando enriquecimientos indirectos de una masa privativa a costa de caudales de la comunidad que podían fructificar e incrementarse con plusvalías dedicándose a paralelas adquisiciones onerosas, esta vez comunes.

d") *La inversión de caudales privativos del otro cónyuge*

Aunque en el terreno de los principios, la inversión de un capital perteneciente a la masa privativa de un cónyuge en un bien que, a su vez, pertenece a la masa privativa del otro debería considerarse como un crédito ajeno y tratarse en sus consecuencias jurídico-económicas como tal, no puede en modo alguno desconocerse que el matrimonio, como *consortium omnis vitae*, aporta unas perspectivas propias que propenden a rechazar tan fría y distante asimilación y en la sociedad de gananciales, intento jurídico de plasmar patrimonialmente esa comunidad espiritual, mucho más. Por ello entiendo que el art. 1.359, 2 C. c., pese a su excepcionalidad ya puesta de manifiesto, puede dar lugar a una aplicación análogica cuya virtualidad trataré de aclarar en la exposición de la *ratio* interna que a mi juicio justifica el precepto, por lo que baste aquí dejar constancia de que entiendo que el precepto puede y debe aplicarse análogicamente a la inversión de referencia.

e") *Los otros supuestos*

Lo que acontece en los supuestos mixtos es que se llevan las posibilidades de hecho del precepto hasta sus propios límites, dando lugar a complicadas operaciones de deslinde que en la práctica pueden conducir a situaciones de solución imposible, mucho más si tenemos en cuenta que se parte en la construcción del precepto de un supuesto no objetivo —hasta qué punto una inversión o el trabajo acrecientan el valor sin tener en cuenta acrecimientos que dependen del puro azar, v. g., un fundo de cereal-secano convertido en viñedo vale más, en principio, pero no siempre, y algunas plantaciones de frutales pueden incluso dificultar una explotación racional de un terreno de regadío en función de la demanda del momento y hasta de la coyuntura internacional—, para aplicar después una división matemática proporcional; consecuentemente la interacción de factores diversos sobre un mismo objeto hace mucho más aleatoria la participación en una relación de causalidad de la que se deriva un incremento de valor, que en principio debería poderse medir para cada una de las variables aisladamente consideradas, lo que a todas luces resulta de hecho imposible.

d') La *ratio* del precepto reside, en un intento del legislador de evitar enriquecimientos injustificados y unilaterales de un cónyuge, o más exactamente de la masa privativa de un cónyuge, en detrimento

de la masa común —y a mi juicio de la otra masa privativa también— por desviación hacia aquella de recursos y de actividades laborales de los cónyuges y es, consecuentemente, en esa injustificada gratuidad del enriquecimiento unilateral de una masa en donde debe centrarse la atención del intérprete a la hora de admitir la existencia de créditos sobre el bien privativo mejorado, sea en favor de la masa común —supuesto expreso del artículo 1.359, 2 C. c.—, sea en favor de la masa privativa del otro cónyuge— extensión analógica que entiendo aplicable—; por ello para que el reembolso pueda girarse sobre el incremento de valor del bien debe exigirse que se dé efectivamente una relación de causa a efecto entre inversión o actividad e incremento real de valor. La excepcionalidad de la norma obliga a la restricción en su aplicación, no sólo en la admisión de posibles supuestos, que deben reducirse a los contemplados en los artículos 1.359, 1.º y 1.360 Código civil, sino también en las variables en que, dentro de éstos, pueden operar la regla.

Estas matizaciones me parecen importantes, por cuanto según creo, como ya he expuesto más arriba, este precepto no impide el nacimiento de un derecho de reembolso ordinario, frente a la opinión contraria de los profesores Díez-Picazo y Gullón. Entiendo, sumándome al pensamiento de Lacruz (14), que el precepto opera abriendo para el cónyuge no propietario una opción para, en el momento de la disolución de la comunidad o de la venta del bien presuntamente mejorado, elegir entre ejercitar en favor de la comunidad el derecho al reembolso conforme a las reglas del artículo 1.358 C. c. o hacer efectivas, también en favor de la comunidad, las plusvalías debidas a la inversión o a su actividad, lo que le coloca en una clara situación de seguridad —salvo por lo que se refiere a la prestación de su trabajo— respecto de las minusvalías que no le afectan; ya que de la inversión de los caudales comunes, pese a su destinación, responde todo el conjunto de la masa privativa del cónyuge que los recibió, pues de otra manera se perderían las inversiones en accesiones amortizables y percederas a medio o a corto plazo.

El precepto, fruto del intento de mantener a todo trance el equilibrio entre las distintas masas e impedir, consecuentemente, el enriquecimiento de una de las privativas por medio de una aplicación generalizada de la accesión, obliga a concluir que estamos en presencia de un intento fallido, de muy difícil aplicación pacífica, que aportará muchas más dificultades que beneficios en la correcta aplicación de las normas de liquidación de la sociedad de gananciales. Por ello hago mío el juicio del profesor Lacruz (15): «la intención del precepto es buena, mas no así su formulación».

---

(14) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 417.

(15) LACRUZ-SANCHO, *op. cit.*, pág. 367.





# LA UNIDAD DEL DERECHO

## Interrelación del Derecho Civil

### (Parte General) con otras disciplinas jurídicas

SIGFREDO HILLERS DE LUQUE

Dr. iur. Dr. rer. pol.

Profesor de Derecho Político  
Profesor de Intr. Ciencia Jurídica  
(Universidad Complutense)

Basándonos en el ejemplo de reconocidas grandes figuras del Derecho como Kelsen, Friedrich, Friedmann, Radbruch, Esser, Giese, etc., sería difícil, por no decir imposible, establecer dónde comienza y dónde termina en cada uno de ellos el tratadista de «Teoría del Estado»; «Filosofía del Derecho» o de «Introducción a la Ciencia Jurídica», ya que en todas y cada una de estas disciplinas son reconocidos maestros.

Como ejemplo ilustrativo de esta interdependencia, bastaría citar la obra de Josef Esser: *Einfuehrung in die Grundbegriffe des Rechts und des Staates* (Introducción a los conceptos básicos del Derecho y del Estado). Subtítulo: *Eine Einfuehrung in die Rechtswissenschaft und die Rechtsphilosophie* (Introducción a la Ciencia del Derecho y a la Filosofía del Derecho).

Como es sabido, la trayectoria histórica de la Teoría General del Estado (*Allgemeine Staatslehre*) corre paralela a la Teoría General del Derecho (*Allgemeine Rechtslehre*) hasta llegar a una completa unidad de tratamiento en las universidades alemanas. «Aun reconociendo la relatividad de la distinción entre Ciencia y Filosofía —dice Galán Gutiérrez— cabe asegurar que la Teoría del Derecho y la Teoría del Estado se definen hoy, tanto por el enfoque espiritual como por el método y tratamiento, como objeto de la actividad de la Filosofía del Derecho. Se concibe por tanto la Teoría del Estado y la Teoría del Derecho como una disciplina unitaria, o por lo menos susceptible de ser tratada unitariamente» (1). Para este autor, ambas disciplinas se nos presentan como hermanas de una misma madre, con la diferencia de

---

1) GALÁN GUTIÉRREZ, E., *Prólogo a la obra de G. DEL VECCHIO: Teoría del Estado*, Barcelona, Bosch, 1956.

que mientras la Teoría del Derecho surge como consecuencia de la corriente positivista, que pretende reemplazar la Ciencia del Derecho natural por una Ciencia *natural* del Derecho, la Teoría del Estado es de raíz directamente filosófica, más concretamente, iusnaturalista. Consecuentemente, considera injusto que la Teoría General del Estado se haya atribuido en España exclusivamente a los profesores de Derecho Político y Derecho Constitucional, cuando por su objeto —el Estado— forma parte de la Filosofía del Derecho.

Tanto Jellinek como Hermann Heller, a la hora de señalar la génesis de la Teoría del Estado, subrayan más la importancia del Derecho Natural *racionalista* (el *Vernunftrecht*). Por contra, C. J. Friedrich o Erik Wolf, subrayan más la importancia del Derecho natural *cristiano*. Troeltsch, en su obra *Die Soziallehren der christlichen Kirchen und Gruppen* («Las doctrinas sociales de las Iglesias y grupos cristianos») llama la atención sobre la proyección social que tuvo desde su inicio la teoría cristiana del Derecho Natural. Según Troeltsch, éste ha sido el instrumento de que la Iglesia se ha valido para realizar su ideal en el plano de la acción política y social. Friedrich por su parte, a la hora de analizar la influencia del Derecho Natural cristiano en la evolución del Derecho Constitucional, escribe desde su exilio en Estados Unidos: «Probablemente la raíz religiosa más destacada del constitucionalismo moderno es la creencia cristiana en la dignidad y valor de cada persona, de cada ser humano, sin importar lo bajo que esta sea... Se piensa que la Constitución es para proteger al individuo, pues se cree que el individuo es valor primario y último (2).

Dentro de esta misma línea, Erik Wolf nos advierte que «*No debemos olvidar con ingratitud los fundamentos de la moderna política jurídica puestos por el derecho natural clásico...*» (3). A tal efecto cita a George W. Constable, en su réplica al ataque de Goble al Derecho Natural tradicional: «¿No fue la teoría del Derecho Natural la que inspiró la garantía de los derechos inalienables en nuestra Constitución; que apeló a reyes y emperadores a responder a los derechos del pueblo?» (4), y concluye diciendo: «Y además, ¿no fue el Derecho Natural el que colocó las bases para el Derecho Internacional, estableció los principios de lo razonable en nuestra «Common Law» y compelió a nuestros jueces y legisladores a prescribir responsabilidades sociales y humanas para el prójimo menos afortunado?» (5).

---

(2) «*Probably the most distinctive religious root of modern constitutionalism is the Christian belief in the dignity and worth of each person, each human being, no matter how lowly (it may be)... The Constitution is meant to protect the self, for the self is believed to be —primary and ultimate value.*»

(3) *El problema del Derecho Natural*, Barceleona, Ariel, 1960, p. 31.

(4) «*Was it not Natural Law theory that inspired the guarantee of inalienable rights in our Constitution; that called kings and emperors to account to the rights of the people?*».

(5) «*Again, did not Natural Law lay the foundations for International Law, establish the principle of reasonableness in our common law, and prompt our legislators and judges to prescribe human social responsibilities toward less fortunate neighbours?*».

Desde el punto de vista de su contenido, es evidente que difícilmente podría encontrarse un tratado de Filosofía del Derecho que no incluya los temas fundamentales de la Teoría del Estado, y viceversa. Y si difícil sería hacer un reparto de temas con carácter de exclusividad, sin mutilar una u otra disciplina, más todavía lo sería hacer una división entre tratadistas. Sin necesidad de remontarse a Platón, Santo Tomás o Hegel, bastaría con citar a Kelsen, Friedrich, Radbruch, Bodenheimer, von Hippel, Josef Esser y un largo etcétera (dentro del cual incluiríamos incluso a Del Vecchio y a Jean Dabin) para recordar que son nombres imprescindibles para los estudiosos tanto de la Filosofía del Derecho como de la Ciencia Política. Por ello, y no por casualidad, tratadistas tan conocidos en ambas disciplinas como Larenz, Sauter o el español Truyol, a la hora de investigar este campo concreto del pensamiento, utilizan la denominación de «Filosofía del Derecho y del Estado».

Esta unificación conceptual no es algo que pueda atribuirse a un «canto de cisne» por parte de algunos representantes del iusnaturalismo. Recuérdese el título que elige Hegel para su famosa obra publicada en 1821: *Grundlinien der Philosophie des Rechtes* («Líneas básicas de la Filosofía del Derecho) *oder* —y aquí establece la equivalencia— *Naturrecht und Staatswissenschaft* (o Derecho Natural y Ciencia del Estado). Con Ahrens ocurre igual, sólo que a la inversa. Para él se unifica la Filosofía del Derecho y la Filosofía del Estado, y las hace equivalentes al Derecho Natural. De ahí el título que elige para su famosa obra: *Naturrecht oder Philosophie des Rechtes und des Staates* (Derecho Natural o Filosofía del Derecho y del Estado). Sauter, en su obra más conocida, unifica también la Filosofía del Derecho y del Estado, asimilándolas al Derecho Natural, v. gr., *Die philosophischen Grundlagen des Naturrechts. Untersuchungen zur Geschichte der Rechts- und Staatsphilosophie* (6).

Otro dato interesante a considerar es que en la Alemania anterior a la última guerra mundial, la denominación usual de las Facultades de Derecho —en concreto la de Friburgo— era la de «*Rechts- und staatswissenschaftlichen Fakultät*» (Facultad de Ciencia del Derecho y del Estado). Actualmente, en la Alemania Oriental y por razones obvias, no existen cátedras de Filosofía del Derecho (y mucho menos de Derecho Natural, por supuesto!). Ha sido sustituida por la disciplina «*Rechts- und Staatstheorie*» (Teoría del Derecho y del Estado). En las universidades de Alemania Occidental, la Filosofía del Derecho se imparte desde la disciplina «*Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*» (Introducción a la Ciencia Jurídica), si bien se inserta en el Departamento de «*Rechtsphilosophie*» (con sus múltiples variantes, de acuerdo con el sistema organizativo autonómico de las Universidades alemanas. Así, por ejemplo, en la Universidad de Friburgo, el Departamento —dirigido por el profesor Alexander Hollerbach— lleva el título de «*Semi-*

(6) «Las bases filosóficas del Derecho Natural. Investigaciones sobre la Historia de la Filosofía del Derecho y del Estado».

nar fuer Kirchen-und Rechtsphilosophie»). En la Universidad Libre de Berlín (*Freie Universitaet*) la asignatura «Introducción a la Ciencia Jurídica» estaba integrada en el «*Institut fuer Rechtsphilosophie*», cuyo director, Ernst Hirsch, era el titular de la cátedra de «*Einführung in die Rechtswissenschaft*» (Introducción a la Ciencia Jurídica), aunque su titulación oficial era la de catedrático numerario (*Lehrstuhlinhaber*) de Filosofía del Derecho (*Rechtsphilosophie*) (7).

Así, pues, la unidad de materia entre Filosofía del Derecho e Introducción a la Ciencia Jurídica no puede ser más completa en el área germánica. Si bien la denominación que ha prevalecido es la de «*Einführung in die Rechtswissenschaft*», su enseñanza se imparte por iusfilósofos y se inserta en el Departamento de Filosofía del Derecho.

Tema diferente es el caso del área francesa. También allí la Filosofía del Derecho ha sido sustituida por la «*Introduction l'étude du Droit*», pero con un planteamiento distinto al caso alemán. Desde un punto de vista jurídico-legal, el Decreto de 27-3-1954 asigna esta disciplina a los civilistas, al establecer que en las Facultades de Derecho, Economía y Ciencias Políticas se impartan dos cursos comunes de Derecho civil, a modo de «*Introduction Générale*» que debe contener: «... los principios generales del Derecho... vistos a través de sus fundamentos filosóficos y sociológicos, así como a través de su evolución histórica...» (8). No obstante, podría decir que este Decreto viene a sancionar una situación de hecho en Francia: el paulatino traspaso de la disciplina «Introducción a la Ciencia Jurídica» hacia la Parte General del Derecho Civil, debido, entre otros factores, al importante peso de civilistas como Colin, Capitant, Ripert, Bonnetant, los Mazeaud, Jacques Ghestin, etc. Este último, profesor de la Sorbona, lo justifica del modo siguiente: «Esta costumbre se justifica por la importancia del Derecho civil en Francia... Desde el plano teórico, su antigüedad hace de ella la rama del Derecho mejor elaborada. Es principalmente el Derecho civil el que ha forjado el vocabulario y los conceptos jurídicos...» (9). Prueba de ello es que en Bélgica, con una situación legal similar a Francia, en la Universidad de Lovaina se dedican dos cursos a la denominada «*Introduction aux sources et aux principes de Droit*». Sin embargo, su contenido y enfoque es netamente iusfilosófico. Entre otras razones porque, durante años, la enseñanza ha sido impartida por Jean Dabin.

También en el área española ha sido usual llegar al conocimiento de la Ciencia Jurídica a través del Derecho Civil (*Parte General*) (10).

(7) Hablo de la década de los años 60 que yo conocí.

(8) «... les principes généraux du Droit... vues à travers leurs fondements philosophiques et sociologiques ainsi qu'à travers leur évolution historique...».

(9) «Cet usage se justifie par l'importance du Droit civil en France... Sur le plan théorique, son ancienneté en fait la branche du droit la mieux élaborée. C'est principalement le droit civil qui a forgé le vocabulaire et les concepts juridiques...».

(10) Sobre todo, quienes tuvieron ocasión de cursar sus estudios en la Universidad Complutense en la época en que Federico de Castro ejerció su docencia. Gracias al planteamiento que daba al Derecho Civil (*Parte general*) era imposi-

Según nos explica el ilustre civilista Federico de Castro, «La parte general del Derecho civil es la más moderna de las disciplinas estudiadas en nuestras Facultades de Derecho..., nace de la extensión dada a dos de los capítulos preliminares del Digesto y al nacimiento durante el s. XVI de la doctrina del acto jurídico... En las obras del s. XVII se encuentra un libro preliminar más o menos extenso, con reglas sobre la naturaleza e interpretación de las leyes sobre las personas y las cosas, con su concepto y división. Fue sin embargo la doctrina, más o menos iusnaturalista, del s. XVIII la que recogió el concepto del acto jurídico como central a toda la dogmática jurídica y quien lo transmitió de nuevo a los romanistas. El grandioso desenvolvimiento que Savigny da a la Parte general asegurará su mantenimiento en la doctrina alemana, influyendo en todos los autores continentales...» (11).

Enlazando con este planteamiento podemos citar a Recaséns Siches, según el cual, en el último cuarto del s. XIX —cuando el problema valorativo del Derecho Natural se hallaba en crisis— empieza a predominar la idea de que la ciencia jurídica debía ser un conocimiento puramente positivo. Sin embargo, como reacción al hecho de que cada disciplina jurídica particular «poseía su *parte general* y sus conceptos básicos generales; y cada disciplina daba en su parte general nociones diversas del Derecho, del derecho subjetivo, del negocio jurídico, etc.», surge la necesidad de elaborar una teoría general del Derecho; «una disciplina en la cual se tratase de aclarar las nociones fundamentales, que son comunes a todas las ciencias jurídicas y a todos los sectores del orden jurídico» (12).

Diversos autores, entre ellos el destacado civilista Lacruz Berdejo, al tratar monográficamente la Teoría General del Derecho (13), coinciden en señalar que fue Merkel principalmente quien quiso «fundamentar la Ciencia del Derecho como una *ciencia unitaria*, poniendo fin, por un proceso de síntesis, a su desintegración en la parte general de las distintas disciplinas jurídicas, elevándose sobre ellas y formulando una *parte general* de la ciencia toda del Derecho, en la que éste hallaría la expresión y realización completa de *su unidad*». Así, pues, y en palabras de este mismo autor, la Teoría general del Derecho es *la parte general* no de esta o aquella disciplina jurídica, sino del Derecho; el sistema de conceptos fundamentales válidos para entender cualquier forma o sistema del Derecho. El planteamiento de García Maynez es coincidente en este punto: «La Teoría general del Derecho

---

ble acceder a cursos superiores sin conocer los pilares básicos sobre los que se asienta fundamentalmente el Derecho —con mayúscula—. Por su nivel de exigencia en los exámenes, era la verdadera «prueba de fuego» o «paso del Ecuador» de la carrera. Quien aprobaba «el Castro», había demostrado que era capaz de terminar la carrera de Derecho.

(11) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *Derecho Civil de España*. Valladolid, Ed. Martín, 1942, pág. 97.

(12) RECASÉNS SICHES, Luis, *Panorama del Pensamiento Jurídico en el s. XX*. Méjico, Ed. Porrúa, 1963, págs. 5-7.

(13) LACRUZ BERDEJO, José Luis, *Teoría General del Derecho*. Gran Enciclopedia Rialp, «Derecho/V», Madrid, 1972.

es la teoría jurídica fundamental: un conjunto de generalizaciones relativas a fenómenos jurídicos. Quiere descubrir lo que todos los sistemas tienen en común y elevarse inductivamente hasta los conceptos jurídicos fundamentales».

Aun cuando —como señala Recaséns— este propósito de estudiar analíticamente —sobre la base empírica de la comparación inductiva— las formas comunes a todas las ramas del Derecho (y en los distintos ordenamientos jurídicos de cada país) ha de ser atribuido en su inicio a la «Analytical School of Jurisprudence», encabezada por John Austin (1790-1859), fue la corriente germánica de la «*Allgemeine Rechtslehre*» («Teoría general del Derecho») la que intentó dar una solidez estructural a este planteamiento. Recaséns destaca los nombres de Merkel, Bergbohm y Bierling, junto con los de Thon, Binding —éste especialmente en el área del Derecho penal— Eisle y Bekker. A tal efecto debe destacarse la meritoria obra de Bierling: «*Juristische Prinzipienlehre*» —«Teoría de los principios jurídicos»— (5 volúmenes) publicados en 1894. Para Recaséns, Bierling fue de entre todos los autores de su época quien con su teoría jurídica de los principios o teoría de los principios jurídicos —«princiología», en expresión de Federico de Castro— dio mayor madurez a la Teoría general del Derecho, llegando casi a iniciar la superación del criterio positivista.

Hernández Gil, en un trabajo monográfico sobre Ciencia Jurídica (14), establece también el mismo paralelismo entre la parte general de cada disciplina jurídica y la Teoría general del Derecho: «La base inductiva del razonamiento alcanza sus manifestaciones o consagraciones más acabadas en la «parte general» de las diversas disciplinas jurídicas y en la Teoría General del Derecho...». En cita que este autor hace de Kelsen se comprueba el intento de este último de renovar el planteamiento de la «*Allgemeine Rechtslehre*», al establecer un parangón entre su «teoría pura del Derecho» y la «Teoría general del Derecho», v. gr., «La teoría pura del derecho es una teoría del derecho positivo; del derecho positivo en general, y no de un derecho en particular. Es una *teoría general del derecho*, y no una interpretación de tal o cual orden jurídico, nacional o internacional...».

Sin embargo, junto a este loable intento de explicar el Derecho desde su unidad; desde un enfoque unitario, al considerar que el Derecho es uno, y no plural, no debemos tampoco olvidar el hecho histórico que la «*Allgemeine Rechtslehre*» nace y se desarrolla fundamentalmente en mentes positivistas. Lacruz Berdejo no duda en llegar a afirmar a este respecto: «La Teoría general del Derecho ha sido, pues, históricamente, la Filosofía del Derecho del positivismo». Reforzando esta afirmación podríamos citar la tesis correspondiente de Hernández Gil: «Las concepciones positivistas rigurosas que niegan radicalmente la Filosofía (del Derecho), admiten una Teoría general del Derecho». Para Recaséns, los juristas alemanes de finales del s. XIX antes citados pretendieron elaborar una Teoría general del Derecho empleando úni-

(14) HERNÁNDEZ GIL, Antonio, *La Ciencia Jurídica y el problema de su transformación*. Madrid, Real Academia Jurisprudencia y Legislación, 1977.

camente métodos empíricos, basados en la observación y en la inducción. Sin percatarse de que «el concepto universal del Derecho y las categorías jurídicas fundamentales son previas a toda experiencia jurídica». En opinión de este autor, «sólo Bierling logró escapar de esta esterilidad, *por haber sido infiel* al empirismo anunciado al comienzo de su labor...».

Coincidente con este planteamiento, quisiéramos citar el juicio que este intento o pretensión merece a Federico de Castro: «La teoría general del Derecho (como antes la «princiología») ha tratado en vano de encontrar una sistemática conceptual del Derecho positivo, independiente y condicionante de todo contenido pensable».

Tomando como base la relación entre Filosofía del Derecho e Introducción a la Ciencia Jurídica, vamos a entrar en la complicada pero interesante temática de las interrelaciones entre Ciencia del Derecho-Derecho Natural; Filosofía del Derecho; Teoría General del Derecho y Sociología del Derecho.

Como sabemos, tradicionalmente y durante siglos, el Derecho Natural venía considerándose como la verdadera Ciencia del Derecho. La escuela racionalista de los siglos XVII y XVIII, al separar la Moral del Derecho y proclamar la autonomía de éste, convierte al Derecho Natural en disciplina propia con un amplio contenido. Surgen así los títulos con referencia expresa al «*ius naturae*» Pufendorf; Thomasius; Wolff). Theodor Viehweg fija en 1661 la creación de las primeras cátedras en Alemania de Derecho Natural. (Literalmente: *Lehrstuhl fuer neuzeitliches Naturrecht* —cátedra de Derecho natural moderno). A partir de finales del s. XVIII empieza a utilizarse la nueva expresión de Filosofía del Derecho. Diferentes tratadistas coinciden en fiarlo en la obra de Gustav Hugo: *Lehrbuch des Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, besonders des Privatrechts* (Lehrbuch eines civilistischen Cursus) —1789 (15). Como ya quedó dicho, en 1821 Hegel publica su obra «*Grundlinien der Philosophie des Rechts oder Naturrecht und Staatswissenschaft*», equiparando así Filosofía del Derecho con Derecho Natural/Ciencia del Estado. Ya en 1803 Krause había publicado su «*Grundlage des Naturrechts oder philosophischen Grundriss des Ideals des Rechts*» (16). En 1828 publica su «*Abriss des Systems der Rechtsphilosophie*», utilizando ya la rúbrica de «Filosofía del Derecho».

Refiriéndonos a la gran figura de Friedrich Carl von Savigny, y a la importancia de la «*Historische Rechtsschule*», la mayoría de los tratadistas de nuestra disciplina coinciden en atribuirle el auge de la Ciencia Jurídica, en pugna contra el Derecho Natural, que hasta entonces se había considerado como la verdadera Ciencia del Derecho. Efectivamente, Savigny, gran admirador de Kant, se planteó el objetivo de dar un giro copernicano al estudio del Derecho, sentándolo sobre unas nuevas bases. De todos modos, y refiriéndome a una conferencia es-

(15) «Tratado del Derecho Natural como de una Filosofía del Derecho Positivo, especialmente del derecho privado (Tratado de un curso civilista)».

(16) «Base del Derecho Natural o esquema filosófico del ideal del Derecho».



cuchada al profesor de la Universidad de Friburgo, Alexander Hollerbach (17), lo cierto es que si bien Savigny identifica Ciencia Jurídica con Historia del Derecho, literalmente dice: «La propia Ciencia Jurídica no es otra cosa que Historia del Derecho» (18), lo cierto es que en el curso que imparte en 1802/03 en la Universidad de Margburg —y que serviría de base para su obra *Juristische Methodenlehre*— afirmó que la Ciencia del Derecho debía ser tanto histórica como filosófica. (Literalmente: «La Ciencia Jurídica debe ser al mismo tiempo totalmente histórica y filosófica... Su carácter de totalidad radica precisamente en esta unión») (19).

De otra parte, y en contra de lo que normalmente se cree de Savigny, él no negaba el Derecho Natural, ni tan siquiera lo rechazaba como perturbador en el estudio del Derecho como ciencia, tal como lo demuestra el profesor Hollerbach, citando al propio Savigny: «La Jurisprudencia en sí puede ser estudiada tanto sin Derecho Natural como con él» (20).

Sin embargo, es lo cierto que los discípulos y continuadores de la «Escuela Histórica» —con excepción de Puchta— negaron el carácter científico del Derecho Natural, proclamando a la «Jurisprudenz» (o «*Rechtswissenschaft*») como la única Ciencia del Derecho, desprovista de todo enfoque filosófico.

Se alzan voces como la de Julius von Kirchmann negando a su vez el carácter científico de la «Jurisprudenz» o Ciencia Jurídica. En 1847 pronuncia su famosa conferencia: «*Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft*», conteniendo la frase que luego veremos reproducida en casi todos los tratados de las diferentes disciplinas jurídicas: «Tres palabras rectificadoras del legislador y bibliotecas enteras se convierten en papel de desecho» (21). Sólo dos breves puntualizaciones al respecto: 1) Stammler admite parcialmente la crítica de von Kirchmann, reprochándole sin embargo no analizar el concepto de «ciencia» dentro del campo jurídico, so pretexto de lo limitado del tiempo de una conferencia. Y añade Stammler: «Pero von Kirchmann vivió después treinta y seis años y no volvió a dar una definición de ese concepto fundamental» (22). 2) La crítica de von Kirchmann es válida respecto al dogmatismo de considerar al Derecho positivo como única y verdadera ciencia, y debe complementarse con la lectura de su obra posterior, a la que dedicó largos años, y que paradójicamente ha quedado casi

(17) Conferencia pronunciada en la «Goerres Gesellschaft» —Madrid, octubre 1979.

(18) «*Die ganze Rechtswissenschaft selbst sei nichts anders als Rechtsgeschichte*».

(19) «*Die Rechtswissenschaft muesse vollstaendig historisch und philosophisch zugleich sein ... der vollstaendige Charakter der Jurisprudenz beruht auf dieser Verbindung*».

(20) «... *Jurisprudenz an sich, kann ebensogut ohne Naturrecht als mit solchem studiert werden*...».

(21) «... *Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur*...».

(22) «... *Aber von Kirchmann hat nachdem 36 Jahre gelebt und eine Definition jenes Oberbegriffes nicht nachgeholt*...».

inédita para la mayoría de los tratadistas de nuestras disciplinas». Su título: *Die Grundbegriffe des Rechtes und der Moral als Einleitung in das Studium rechtsphilosophischer Werke* (23). Demuestra de forma patente su preocupación por la división kantiana entre Moral y Derecho, así como la importancia que atribuye a la Filosofía del Derecho.

En el área anglosajona puede decirse que la Ciencia Jurídica como tal disciplina, dadas las características del Derecho inglés, no ha sido muy cultivada desde la época de la «*Analytical School of Jurisprudence*» de John Austin. Parte del contenido tradicional de la disciplina «Introducción a la Ciencia Jurídica» (concepto del Derecho; derecho objetivo; derecho subjetivo; norma jurídica; la costumbre, etc.) se encuentra generalmente incluida en la primera parte de los tratados sobre derecho inglés, v. gr., la obra de Philip James, «*Introduction to English Law*», tratando temas como «*The nature of Law*»; «*classification and sources of Law*»; «*legal rights*»; «*public and private Law*», etcétera (24).

Después de las figuras más representativas de la antedicha «*Analytical School of Jurisprudence*», tales como Holland, Clark, Hearn, Lightwood, y sobre todo Salmond con su obra «*Jurisprudence of the Theory of Law*» (1902), no es mera casualidad que los tratados dedicados a la Ciencia Jurídica estén escritos por autores de origen germánico: Walter Friedmann, con su «*Legal Theory*»; Hans Kelsen, con su «*General Theory of Law and State*», junto con trabajos de Carl Joachim Friedrich o de Arnold Brecht, enfocados desde la «*political science*» que luego exportarían a Alemania, terminada la guerra. También añadir al respecto la figura algo más distante de Edgar Bodenheimer con su conocida obra «*Theory of Law*».

En cuanto a la terminología dentro del área anglosajona, la expresión «*legal science*» va abriéndose camino, si bien sigue predominando el término «*jurisprudence*» para denominar a la Ciencia del Derecho, con el inconveniente de que incluso a nivel erudito se identifica con el concepto estricto de Derecho, tal como lo recoge Cowan en su trabajo monográfico sobre Jurisprudencia: «El término jurisprudencia es una denominación general y honorífica utilizada en lugar del término más ordinario de «derecho» (25). En la misma Enciclopedia Británica se puede leer: «El equivalente más similar en inglés de este giro europeo lo tenemos cuando el término se emplea de una forma que no expresa esencialmente otra cosa que «derecho», a no ser en un sobretono de especial estima (26). De ahí que Friedmann haga distinción entre «*Anglo-American Jurisprudence*» y «*Continental Jurisprudence*»

(23) «Los conceptos básicos del Derecho y de la Moral como introducción al estudio de obras de Filosofía del Derecho» —1873—, 2.ª ed.

(24) «La naturaleza del Derecho»; «clasificación y fuentes del Derecho»; «Derechos subjetivos»; «Derecho público y privado».

(25) «*The term jurisprudence is a general honorific designation for the more ordinary term of "law"*».

(26) «*The nearest English equivalent of this continental usage is found when the term is used in a way that conveys essentially nothing more than "Law" except an overtone of special esteem*».

y de ahí también que sean equivalentes «*Philosophy of Law*» y «*Philosophical Jurisprudence*», o «*Sociology of Law*» y «*Sociological Jurisprudence*». También sería de destacar sobre este particular la conferencia pronunciada por Herbert Hart en la sesión inaugural del curso 1953 en la Universidad de Oxford, titulada «*Definition and Theory in Jurisprudence*».

En el área germánica y bajo el título específico de «Introducción a la Ciencia Jurídica» (*Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*) encontramos cerca de la veintena de títulos publicados por prestigiosos juristas. A esto habría que añadir aquellas otras obras con enunciados tales como «*Grundzuege der Rechtswissenschaft*»; «*Hauptelemente der...*»; «*Grundlinien der...*»; «*Wesen der...*»; «*Grundlage der...*»; «*Grundlegung der*»; «*Grundbegriffe der...*»; «*Einfuehrung in das Studium der...*»; «*Recht und R-W*»; «*Kritik der...*», etc. Es decir, cuando en lugar de la palabra «Introducción» se han empleado los términos «Principios básicos de la Ciencia Jurídica»; «Fundamentos de la C. J.»; «Elementos esenciales de...» «Introducción al estudio de...»; «Crítica de...», etc. Quede constancia, pues, que en el más de medio centenar de obras conocidas, ninguna lleva el título de Ciencias Jurídicas en plural. Evidentemente no por casualidad, sino ateniéndose a un planteamiento de lógica jurídica.

A modo de paréntesis, y como aportación a los razonamientos que puedan servir de base para una modificación del rótulo de la asignatura «Introducción a las Ciencias Jurídicas», tal como hoy figura en los planes de estudios de la Facultad de Ciencias de la Información (27), señalaría los siguientes datos:

1) En Alemania Occidental, en las carreras de Derecho, Económicas y Periodismo se imparte como asignatura obligatoria —y no optativa— la denominada «*Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*», i.e. «Introducción a la *Ciencia Jurídica*». (Cfr. plan de estudios de la «Freie Universitaet» de Berlín, década de los años 60).

2) Después de la II Guerra Mundial, las facultades de Derecho en Alemania Occidental son conocidas como «*Rechtswissenschaftliche Fakultät*» (Facultad de Ciencia Jurídica).

3) Asimismo, en Alemania Oriental, y sólo por citar dos casos específicos de la mayor relevancia, encontramos: a) «Akademie fuer Staats- und Rechtswissenschaft der DDR» (Academia para la *Ciencia Jurídica* y Ciencia del Estado de la RDA), y b) Deutsches Institut fuer *Rechtswissenschaft* (Instituto Alemán para la *Ciencia Jurídica*).

4) Tal como se indica más arriba, desde Savigny, a cuya «*historische Rechtschule*» se debe el auge de la moderna Ciencia Jurídica («*neuzeitliche Rechtswissenschaft*») —y como mínimo desde 1802, en el curso que imparte en la Universidad de Margburg, siempre se viene utilizando el término *Ciencia Jurídica* en singular.

(27) En este sentido, hace ya dos años, y en mi condición de profesor titular de esta asignatura, presenté en el Ministerio de Educación y Ciencia la correspondiente solicitud, debidamente razonada, para que se modificase su denominación. Nada he sabido hasta ahora.

5) En las enciclopedias jurídicas alemanas clásicas; ramas o colecciones de grandes editoriales, etc., siempre se utiliza el tratamiento de «*Rechtswissenschaft*» (Ciencia Jurídica) o el de «*Rechts- und Staatswissenschaft*» (tratamiento unitario de «Ciencia Jurídica y del Estado»).

6) Insignes tratadistas como Stintzing, Wieacker, Zweigert o Viehweg tienen publicados trabajos monográficos sobre Ciencia Jurídica («*Rechtswissenschaft*») en las más prestigiosas enciclopedias jurídicas. Siempre utilizan el término «Ciencia Jurídica» en singular, nunca en plural. Entre ellos, difieren en cuanto al enfoque de la Ciencia Jurídica, pero nunca en cuanto a su terminología.

7) La gran enciclopedia jurídica que bajo la dirección de Paul Hinneberg se publica en 1909, dedicada a la exposición sistemática de las grandes ramas o disciplinas que componen la carrera de Derecho (las ramas del árbol de la Ciencia Jurídica), y donde colaboran los más prestigiosos juristas alemanes de aquella época en cada disciplina específica: Stammler; Laband; Sohm; Anschuetz; von Liszt, etc., lleva el título de «*Systematische Rechtswissenschaft*» (*Ciencia Jurídica* sistemática), en singular. El propio director de la obra —Paul Hinneberg— explica el por qué de «Ciencia Jurídica» en singular y no en plural: «*La Ciencia Jurídica es una y no plural, aunque existan diversas áreas de Ciencia Jurídica*» («*Rechtswissenschaftsgebieten*»).

8) De entre las múltiples citas que a este respecto se podrían hacer de prestigiosos tratadistas germánicos, transcribir una de Hans-Martin Pawlowski: «Sólo existe un Derecho y una Ciencia Jurídica» («*Es gibt nur ein Recht und eine Rechtswissenschaft*»).

9) Dentro del área francesa, salvo quizá la obra de Lévy-Ullmann (1917), que emplea el término «Ciencias Jurídicas» como sinónimo de «Sistemas Jurídicos», prácticamente todos los autores franceses utilizan el término «Ciencia Jurídica» o «Ciencia del Derecho», v. gr. la obra de Gaston May (1920) titulada «*Introduction à la Science du Droit*» (aunque lo más usual en ese área sea el término «*Introduction à l'étude du Droit*»).

10) En el área italiana, y salvando quizá la excepción del título de una revista jurídica, desde la década de los años 50 se va haciendo predominante el enfoque conceptual de «*scienza giuridica*». Algunas obras a título de ejemplo: Norberto Bobbio: «*Teoria de la Scienza Giuridica*»; Pugliese: «*Diritto Romano e scienza del Diritto*»; Luigi Mosco: «*Scienza Giuridica e metodologia giuridica*», etc. Cita literal de Capograssi: «*La Scienza Giuridica deve avere in sè qualche cosa di certo, di vero, altrimenti non è Scienza*»).

11) En el área española, y salvo muy leves excepciones (28) de al-

---

(28) Federico DE CASTRO, en su conocida obra *Derecho Civil de España*, emplea el plural en los rótulos de dos epígrafes («Las Ciencias del Derecho» y «Puesto de las Ciencias jurídicas»). Sin embargo, a lo largo y ancho de esa misma obra —y como luego veremos en citas que hacemos— utiliza de forma inequívoca el término «Ciencia Jurídica», en singular. A título de ejemplo: «*La Ciencia del Derecho depende como toda ciencia de su objeto... El objeto de la Ciencia jurídica es la Justicia...*» (*op. cit.*, 1.ª ed., Valladolid, 1941, pág. 47).

Jaime GUASP, en su obra *Derecho* (Madrid, 1971) llega a afirmar que «al

gunas citas marginales, lo normal es que nuestros tratadistas hablan de «Ciencia del Derecho» en singular o genéricamente de «Derecho» (v. gr., Introducción al estudio del Derecho), etc. (29).

12) *Razones gramaticales*: Siempre que un sustantivo en caso genitivo se quiere utilizar en forma adjetivada, permanece invariable el número del sustantivo que adjetiva, i.e. el sustantivo «Ciencia» no puede variar por el hecho de que en lugar de «del Derecho» se utilice el adjetivo «Jurídica». A «Ciencia del Derecho» ha de corresponder necesariamente «Ciencia Jurídica».

A mayor abundamiento, añadiríamos todavía lo siguiente:

13) Giner de los Ríos, en su obra «Principios Elementales del Derecho», escrita en 1871, dedica el primer capítulo a la «*Ciencia del Derecho*», en singular, afirmando entre otras cosas: «La Ciencia del Derecho, so pena de ser incompleta e insuficiente debe abarcar su objeto todas las fases y aspectos que representa». La obra en cuestión fue traducida al alemán precisamente por uno de sus maestros: Karl Roeder, profesor de la Universidad de Heidelberg. Quien haya tenido ocasión de localizar uno de los raros ejemplares de la versión alemana, habrá podido comprobar que Roeder emplea efectivamente el término de «*Rechtswissenschaft*» («Ciencia Jurídica») o el más arcaico de «*Wissenschaft des Rechtes*» («Ciencia del Derecho»), siempre en singular. Cuando quiere expresar la pluralidad de las diversas ramas del Derecho dentro de esa unidad, emplea la expresión «*Gebiete der Wissenschaft des Rechts*» (literalmente: Campos de la Ciencia del Derecho). Dada la categoría del autor y del traductor, así como de la fecha en que escribieron, creemos que es un buen ejemplo para el tema que nos ocupa.

14) Gustav Radbruch, sin duda el tratadista alemán más citado —junto con Stammler— en el área específica de «Ciencia Jurídica», estructuró su obra «*Einfuehrung in die Rechtswissenschaft*» del mismo modo que lo hizo Paul Hinneberg con su antes citada obra enciclopedia («*Systematische Rechtswissenschaft*»). Es decir, capítulo por capítulo va estudiando las distintas ramas del Derecho, dedicando un capítulo por separado a la *Ciencia Jurídica* («*Rechtswissenschaft*»), lo cual podría inducir a creer erróneamente que la considera una rama más del Derecho. No es así. Su enfoque conceptual y el propio título de la obra no deja lugar a dudas: «*Introducción a la Ciencia Jurídica*». En singular.

---

ser la Ciencia del Derecho enormemente heterogénea quizá sea lícito rehusar por imprecisa la expresión Ciencia del Derecho y, en su lugar, hablar de Ciencias del Derecho, irreductiblemente plurales...». Sin embargo, más adelante matiza este criterio al señalar que «... la conclusión que se obtiene es la de que es posible e imprescindible hablar no ya de las ciencias particulares que se ocupan del Derecho más o menos indirectamente, sino que es posible e imprescindible —vuelve a repetir— hablar de una *Ciencia del Derecho* en sentido riguroso y estricto...» (*op. cit.*, pág. 448).

(29) Destacar muy especialmente a quien ocupó la primera cátedra de esta disciplina en la Facultad de Ciencias Políticas y posteriormente en la Facultad de Ciencias de la Información, en la Universidad Complutense de Madrid: MARÍN PÉREZ, Pascual, *Manual de Introducción a la Ciencia del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1968 (ediciones posteriores en Tecnos, Madrid).

Tratando ahora de centrarnos en el concepto «Ciencia Jurídica» *stricto sensu*, para establecer así sus analogías y diferencias con la Filosofía del Derecho, Derecho Natural, Teoría General del Derecho; Teoría General del Estado, etc., y aunque forzosamente hayamos de hacer una exposición incompleta, a veces telegráfica, empezaremos diciendo que cuando Josef Esser y otros ilustres tratadistas coinciden en señalar que fue Savigny con su «historische Rechtsschule» a quien fundamentalmente se debe el auge de la Ciencia Jurídica, en su lucha contra el Derecho Natural, que hasta entonces se había considerado como la verdadera Ciencia del Derecho, se están refiriendo a la moderna Ciencia Jurídica. Por el contrario, cuando Stintzing o Wieacker, al hablarnos del origen y evolución de la Ciencia Jurídica, se remontan al Derecho Romano, identificando los términos Ciencia Jurídica y Jurisprudencia, se nos está hablando de la «Ciencia Jurídica» *lato sensu*. De ahí la conocida y controvertida cita de Ulpiano definiendo a la Jurisprudencia como ciencia, y de ahí también el arraigo del término «*Jurisprudenz*» en Alemania. Por su parte Konrad Zweigert fija en el redescubrimiento del «*Corpus Iuris*» justiniano hacia el año 1100 el comienzo de la Ciencia Jurídica como disciplina científica propiamente dicha. Esto explica también el que Dífernan señale la obra de Duranti «*Speculum iuris*», escrita en 1275, como el primer tratado de «Introducción al Derecho».

Siguiendo la línea tradicional marcada por los mejores tratadistas de la disciplina denominada «Introducción a la Ciencia Jurídica», es obli-gado plantearse en primer lugar la duda metódica del carácter científico de la Ciencia Jurídica. Varios autores —Stammler, Radbruch, etc.— comienzan su planteamiento con la famosa frase de von Kirchmann, ya citada.

Sería apartarnos un tanto del tema el exponer aquí las tesis negativas —mucho más radicales que las de Kirchmann— de Lundstedt en su obra «*Die Unwissenschaftlichkeit der Rechtswissenschaft*» (30) o las de Theodor Jaehner en su obra «*Der Mythos vom Recht*», con un subtítulo harto significativo: *Ein Beitrag zur Begründung einer wissenschaftlichen Rechtslehre* (31). De todos modos, a través de una breve referencia a la naturaleza, objeto y cometido de la Ciencia Jurídica, podemos hacer un rápido repaso de las tesis contrarias, desde un doble enfoque, a veces contrapuesto: *el jurídico y el sociológico*.

Autores de muy distintas escuelas coinciden en afirmar que la Ciencia Jurídica tiene como misión el conocimiento científico del Derecho. Lo importante, sin embargo, no es tanto las definiciones como las matizaciones. Así, Federico de Castro señala que sólo partiendo de la verdadera naturaleza del Derecho será posible el conocimiento sistemático del mismo. Y afirma de manera rotunda: «*El objeto de la*

(30) «El carácter no científico de la Ciencia Jurídica».

(31) «El mito del Derecho: Contribución a la fundamentación de una teoría científica del Derecho».

*Ciencia Jurídica es la Justicia»* (32). La postura de Burckhardt es coincidente, pero más matizada: el objeto de la Ciencia Jurídica es el Derecho; el objeto del Derecho es la Justicia, ya que mientras el Derecho es un postulado, la Ciencia Jurídica es una teoría de exigencias prácticas (*praktische Forderungen*). Para ambos tratadistas, la Ciencia Jurídica se inserta en las ciencias teleológicas, que tienen por objeto la realidad social: interpretar los actos del hombre. Se utiliza como instrumento el motivo (*der Grund*). La Ciencia Jurídica no explica (*erklären*) la conducta del hombre, sino que la fundamenta y la justifica (*begründen*), que es algo muy distinto.

De otra parte, recordemos también el planteamiento de Kelsen, para quien el objeto de la Ciencia Jurídica es el Derecho positivo: *was rechtens ist; nicht was rechtens sein sollte»* (lo que es justo —positivamente hablando— no lo que debería ser). Radbruch y Burckhardt coinciden con Kelsen. La diferencia estriba en el desarrollo posterior de esta premisa. Así Burckhardt intercala un «*zunaechst*». Es decir: «El objeto de la Ciencia Jurídica es *en primer lugar* («*zunaechst*») el derecho realmente vigente» (*das tatsaechliche geltende Recht*). Y luego más adelante, recogiendo el planteamiento, mantiene que la Ciencia Jurídica es «*vornehmlich*» (principalmente) una ciencia práctica, ya que su objeto son las normas de conducta, las obligaciones impuestas por el Derecho a los hombres racionales. Prolongando este planteamiento, Burckhardt señala que para la Ciencia del Derecho lo más importante es precisamente *lo que la Ley no ha podido contestar*: lagunas, discordancias, ambigüedades, etc. Es decir, las carencias (*die Maengel*) del derecho vigente. Tiene pues un cometido ético y técnico a la vez. De un lado, la exposición sistemática del derecho vigente; de otro, llenar lagunas y aclarar oscuridades de la ley.

En cuanto a Radbruch, se resiste a circunscribir la Ciencia Jurídica al exclusivo estudio del derecho positivo, señalando la existencia tanto de un «*uebergesetzliches Recht*» (derecho suprallegal»), como de lo que él denomina «*gesetzliches Unrecht*» (el no-derecho positivo o lo anti-jurídico legalizado). Johannes Messner no duda en incluir al Radbruch de la última etapa de su vida en la corriente iusnaturalista de post-guerra, subrayando las palabras con que termina su tesis sobre la coacción jurídica: «So ergibt sich, dass diese Rechte *absoluter Natur* sind... («De ello se desprende que estos derechos son de carácter absoluto...») «... y no precisamente porque hayan sido recogidos —de tal o cual forma— en el Derecho positivo, sino porque nos son necesarios para posibilitar el cumplimiento moral de la obligación».

Josef Esser hace un planteamiento distinto, pero coincidente en esencia, cuando indica que la Ciencia Jurídica ha de observar la realidad social, pero no puede limitarse a la mera descripción de su objeto,

---

(32) DE CASTRO Y BRAVO, Federico, *op. cit.*, pág. 47. La frase completa dice: «La Ciencia del Derecho depende como toda ciencia, de su objeto. Solamente partiendo de su verdadera naturaleza será posible su conocimiento sistemático. El objeto de la ciencia jurídica es la Justicia, esto es, una realidad objetiva suprasensible, una esencia inmutable y eterna».

sino que ha de comprender sus relaciones (*das Verstehen seiner Zusammenhaengen*). La Ciencia Jurídica es tanto investigación de los hechos (*Tatsachenforschung*) como el conocimiento de lo espiritual (*Geistesteinsicht*).

J. Mazeaud lo resume de forma magistral en esta frase: «*Le rôle essentiel du juriste est, dans cette perspective, de préparer le droit de demain, plus encore que d'expliquer celui d'aujourd'hui...*» (33).

J. Esser da un giro copernicano al planteamiento positivista, al marcar cuál es el cometido de la Ciencia Jurídica: «No demostrando que es justo lo que según el derecho positivo es legal... (*Nicht indem sie beweist, dass das, was positiv rechtens ist, richtig sei...*) ... sino al contrario, contribuyendo a que aquello que objetivamente y según la idea de Derecho, es justo, también sea reconocido legalmente» («... sondern umgekehrt, *indem dazu behilft, dass das, was sachlich und nach der Rechtsidee richtig ist, auch positiv als Recht anerkannt werde*»).

Dentro del extenso grupo —y hoy cada vez más numeroso— de aquellos que conciben la Ciencia del Derecho como *Sociología del Derecho*, desterrando al limbo de las ideas el Derecho Natural y la Filosofía del Derecho, podríamos citar la postura radical de Eugen Ehrlich, para quien la única Ciencia del Derecho que merece tal nombre es la Sociología del Derecho, porque sólo le preocupa el conocimiento de los hechos (*Tatsachen*) y para quien —dicho en palabras suyas— «*Die gemeinbin sogenannte Rechtswissenschaft sei dagegen nur eine technische Kunstlehre*» («La comunmente denominada Ciencia Jurídica sólo es por el contrario una ciencia artificial y técnica»).

Philip Heck, el fundador de la «*Interessenjurisprudenz*» llegó a afirmar que sólo existía una única Ciencia Jurídica: la Ciencia Jurídica práctica, cuyo objeto *no* es aprehender el conocimiento del Derecho, sino facilitar al juzgador la aplicación del Derecho, descubriéndole los intereses actuantes detrás de la Ley.

Otto Brusiin, en un trabajo escrito en inglés, identifica plenamente la Sociología Jurídica con la Ciencia Jurídica —que él denomina alternativamente con los términos de «*jurisprudence*» y «*legal theory*». Literalmente dice: «Su objeto es la ley como fenómeno social general, e investiga no sólo estas relaciones lógicas, sino sobre todo las relaciones entre normas legales y comportamiento humano» (34).

Frederick Pallock, desde un enfoque plenamente behaviourista define el Derecho como «*a rule of conduct binding on members of a commonwealth as such*» (35) y, consiguientemente, a la Ciencia Jurídica como «un conjunto de normas de conducta».

Mención aparte merece la tesis de Franz Jerusalem, quien en su importante obra «*Kritik der Rechtswissenschaft*» nos expone lo que

(33) «El papel esencial del jurista es, desde esta perspectiva, preparar el derecho de mañana, más que explicar el derecho de hoy...».

(34) «*Its object is law as a general social phenomenon and investigates not only these logical relations, but above all, relations between legal norms and human behaviour*».

(35) «Una regla de conducta que vincula a los miembros de una comunidad como tal».



casi podríamos considerar como un intento de justificación jurídica del sociologismo. La esencia de la Ciencia Jurídica, desde su enfoque, es un saber colectivo (*kollektives Wissen*) de aquello que rige como justo en una determinada comunidad jurídica. La Ciencia Jurídica, a diferencia de otras ciencias, no está dirigida hacia un «*gegenstaendliches Sein*» sino a formular un comportamiento que ha de ser ejercido dentro de una comunidad jurídica por parte de los súbditos. En consecuencia, para la Ciencia Jurídica no rige el principio de la «Verdad», die *Wahrheit*, sino el de la *Richtigkeit* colectiva (lo que es correcto o acertado frente a lo que es Verdad). F. Jerusalem termina afirmando que lo decisivo en la Ciencia del Derecho nunca es lo que un individuo reconoce como cierto, sino «*was herrschende Meinung sei*». Es decir, lo que sea la opinión dominante en una sociedad determinada, «o en todo caso —añade Jerusalem— la opinión de una autoridad reconocida...» («... oder jedenfalls die Meinung einer anerkannten Autoritaet»).

Como se ve, esto es sencillamente elevar el Sociologismo a la categoría máxima, acomodando las normas legales a la realidad social. Es el imperio de la Sociología frente al Derecho en el campo de la actividad jurídica y política. Es elevar a categoría suprema la máxima de que es menester legalizar todo aquello que sea normal a nivel de calle. Es, sencillamente, la entronización del agnosticismo de que no existe el ius, la justicia, la norma superior, sino simplemente la *lex*. La norma jurídica se convierte así simplemente en el resultado de una transacción. Es la antítesis de la formulación de Smend, según la cual «la norma jurídica no es una mera descripción del comportamiento social —la descripción de lo que es— del «Sein», sino sobre todo, la indicación de lo que debe ser, del «Sollen». Es la antítesis de la corriente iusnaturalista tradicional afirmando que por encima del Derecho positivo, por muy consensual que éste sea, está el Derecho Natural, que a su vez tampoco es absolutamente, sino armonizado y completado en el Derecho divino.

J. Esser, por su parte, afirma que en un orden justo las normas jurídicas no vienen explicadas por el comportamiento externo del hombre: «No se obtienen inductivamente del comportamiento real de los hombres, como muchos sociólogos nos quieren hacer creer...» (36). Y añade como ejemplo: «Cuando un hombre estafa a otro, por este hecho perfectamente constatable sociológicamente, no queda refutada la norma jurídica de que nadie deba estafar a otro...». Carbonnier —en cita que subraya Renato Treves— indica muy gráficamente: «Si el informe Kinsey llega a la conclusión que la mayor parte de los maridos son infieles, no por ello es una razón de Derecho permitir la poligamia...».

Así, pues, cuando la tipificación como delito de un determinado acto humano o su despenalización, no se realiza por el método inductivo, ateniéndose al dato sociológico del número de personas que lo

(36) («... werden nicht induktiv abstrahiert aus dem tatsaechlichen Verhalten der Menschen, wie viele Soziologe uns glauben machen wollen...»).

cometen, sino que por el contrario, se legisla ajustándose a una serie de verdades —*juristische Wahrheiten*, en expresión de Burckhardt —estamos ante un enfoque ius-filosófico de la Ciencia Jurídica; estamos dando primacía al Derecho —al *ius*— sobre la Sociología.

Capograssi, desde su enfoque iusfilosófico de la Ciencia Jurídica, afirma: «*La scienza giuridica deve avere in sé, ed essere cosciente di avere in sé, qualche cosa di certo, di vero, di assoluto... altrimenti non è scienza...*». En efecto, si la interpretación del Derecho fuese simplemente la explicación de los hechos sociales, señala Burckhardt, el Derecho no sería otra cosa que «*nackte Tatsachen*» —hechos desnudos— y no habría sitio para la «*Verbindlichkeit*», esa «*atadura moral*» que tan importante es en el campo de lo jurídico. Quien intenta explicar el Derecho de un modo causal, no está interpretando el Derecho en su «*geistiges Wesen*» —en su naturaleza espiritual—, sino simplemente el proceso psicológico en el cual los hombres adoptan sus decisiones legislativas. Con el enfoque sociológico del Derecho, igual se justifica lo jurídico que lo anti-jurídico (*das Recht und das Unrecht*), ya que se excluye el sentido del Derecho. Lo que interesa a la Filosofía del Derecho, coinciden en afirmar los grandes tratadistas de la Ciencia Jurídica, es la esencia del Derecho (*das Wesen des Rechtes*). Cuando se explica otra cosa —y seguimos citando a Burckhardt— es simplemente Sociología.

A este respecto convendría recordar la acertada objeción de Jean Dabin sobre el método sociológico en la Ciencia Jurídica: «Cuando el pueblo tiene una opinión sobre un problema jurídico, nada indica que esa opinión esté adecuada a la verdad jurídica». Recogiendo este planteamiento, un ilustre civilista español, Beltrán de Heredia, añade: «El Derecho no es una cuestión de voluntad, de masa o de número. Es asunto de razón... Y el pueblo no siempre tiene razón. E incluso hay prácticas en el pueblo que lejos de merecer ser convertidas en Ley, están pidiendo su condena y rectificación».

Finalmente, para subrayar aún más la interrelación entre Ciencia Jurídica, Derecho Político y Filosofía del Derecho, quisiéramos añadir unas breves notas comunes a estas disciplinas con respecto a la metodología jurídica. Un jurista de la talla de R. Stammler, al abordar el tema del método jurídico, y queriendo resaltar su complejidad, lo comienza con la siguiente cita de Zittelmann: «*Wer darf denn heute wagen von juristischer Methode zu reden, von der ja doch offen gestanden, niemand etwas Zureichendes weiss?*» («¿Quién se atreve hoy a hablar de método jurídico, del que —confesado abiertamente— nadie sabe ni siquiera lo suficiente?»).

Frente a la tesis mantenida por la escuela de Margburgo de que el método crea el objeto, Burckhardt, si bien lo considera exagerado, opina que cada método indica la especial idea que se tiene del objeto, y que un método inadecuado supone la deformación de su objeto. Método y objeto se condicionan mutuamente, pero el concepto que se tenga del Derecho determinará la naturaleza de la ciencia que sobre él se base, cualquiera que sea el método que se utilice.

Consecuente con la tesis de que las funciones del método jurídico se derivan de la especial naturaleza de su objeto, Federico de Castro construye la siguiente definición de método: «Método significa dirección dada al conocimiento respecto a un objeto; camino para conseguir un saber teórico o para poder convertir en realidad una teoría». Para este ilustre jurista —maestro de juristas, añadiríamos—, el colocar en primer plano la cuestión metodológica es relegar la cuestión fundamental y decisiva de la naturaleza y fin del Derecho, plegándose así al postulado escéptico y relativista de la doctrina positivista; es reducir la metodología jurídica a la tarea de «técnica y manejo de las normas», expuesta por Heck en su obra *«Gesetzesauslegung und Interessenjurisprudenz»*. «Lo importante —continúa diciendo Federico de Castro— es saber *a dónde* se va, antes de preguntarse cómo se va. Se requiere partir de la idea del *ser*, de la esencia del Derecho, para poder determinar con exactitud el método jurídico a seguir».

En este punto creo interesante recoger el planteamiento que hace Kelsen en una obra monográfica dedicada al método jurídico: *Ueber Grenzen zwischen juristischer und soziologischer Methode* (37). Ya de entrada, advierte contra la tendencia de algunos juristas a dedicarse a la investigación metodológica *como un fin en sí mismo (Selbstzweck)*; como especulaciones lógico-formales, dirigidas simplemente al «*Wie*», al «cómo»; sin preocuparse del «*Was*», del «qué», del contenido. Es digno de admiración el planteamiento que ya en 1911 es capaz de hacer Kelsen: «*Vielleicht ist das Verhaeltnis zwischen Weg und Ziel wissenschaftlicher Forschung ein Umgekehrtes...* («Quizá sea la relación entre camino y objetivo en la investigación científica, algo de sentido inverso...)... *indem es nicht der Weg ist, der zum Ziele fuehrt, sondern das Ziel, das sich irgend einen Weg bahnt*» (... en el sentido de que no es el camino —el método— el que conduce al fin, al objetivo, sino este último, el objetivo, el que de algún modo abre el camino»). Kelsen resume su planteamiento con una cita de Hamerling, que contrasta con la imagen agnóstico-positivista que algunos insisten en reflejar sobre su persona: «*Was Dich fuehrt zum Gotte, ist der Weg nicht; ist das Wandern*» («Lo que te conduce a Dios no es el camino; es el caminar»).

Es, ciertamente, una frase de gran contenido teológico, (y que particularmente considero de mucha mayor profundidad que la ya manida cita de Machado). Describe perfectamente la relación método-objeto.

---

(37) *Sobre los límites entre el método jurídico y el sociológico*. Viena, 1911.

# Información Legislativa (\*)

A cargo de PEDRO DE ELIZALDE Y AYMERICH

## I. DERECHO CIVIL

### 1. *Parte General*

1. ASOCIACIONES ILICITAS. Disolución por colaborar con bandas armadas y elementos terroristas.

Ley Orgánica 8/1984, de 26 de diciembre («B. O. E.» del 3 de enero de 1985).

Podrá declararse judicialmente la ilicitud, disolución y clausura de las asociaciones, sociedades, centros de actividad política cultural o social, tengan o no personalidad jurídica, cuyos dirigentes o miembros activos hayan sido condenados por delitos de terrorismo. Para ello será preciso que la comisión de los delitos haya sido inducida, amparada o encubierta por dichos entes o bien, que se haya utilizado su organización, cobertura legal y medios materiales, con su conocimiento.

2. FUNDACIONES. Se regulan las de interés gallego.

Ley del Parlamento de Galicia, de 22 de junio de 1983 («B. O. E.» de 15 de enero de 1985).

#### A) Exposición:

1. Ambito de aplicación: La Ley se aplica a las fundaciones, constituidas por personas naturales o jurídicas que destinen y afecten un patrimonio a la realización, sin ánimo de lucro, de fines generales de interés gallego y desarrollen sus funciones en Galicia en beneficio de personas no determinadas individualmente.

2. Constitución de las fundaciones: Se regula la constitución por actos «inter vivos» y «mortis causa», detallándose el contenido de la carta fundacional y de los estatutos.

Estas fundaciones habrán de tener una finalidad lícita y duradera, servir al interés general de Galicia y beneficiar a personas indeterminadas. El patrimonio fundacional, requisito esencial, se integrará por la dotación inicial y sus incrementos ulteriores.

---

(\*) Comprende las disposiciones publicadas en el «Boletín Oficial del Estado» durante el primer trimestre de 1985.

La carta fundacional habrá de otorgarse en escritura pública e inscribirse en el Registro de Fundaciones de la Junta de Galicia, previo su reconocimiento por ésta. Desde su registración, la fundación tendrá personalidad jurídica y asumirá todos los actos realizados anteriormente por los órganos de gobierno de la entidad.

3. Régimen de funcionamiento: La dirección de las fundaciones debe corresponder al órgano de gobierno establecido por el fundador que ostentará también su representación y podrá delegar facultades en sus miembros.

A la Junta de Galicia corresponde ejercer el Protectorado sobre estas fundaciones.

La Ley regula especialmente ciertas actuaciones, como:

- a) Aceptación de herencias por las fundaciones, siempre a beneficio de inventario.
- b) Repudiación de herencias, legados y donaciones, que precisan autorización del Protectorado, así como la aceptación de legados y donaciones con carga.
- c) Percepción de cantidades de los beneficiarios.
- d) Enajenación de bienes (con obligación de reinversión del precio).

El órgano de gobierno de las fundaciones queda sujeto al régimen de contabilidad que la Ley establece.

#### B) Observaciones:

La atribución de competencias en materia de fundaciones que hacen los Estatutos de Autonomía en favor de las Comunidades Autónomas plantea la dificultad de determinar cuál es su alcance, ya que es preciso tener en cuenta el régimen general de competencias sobre el Derecho civil establecido básicamente por el artículo 149, p. 1, n. 8 de la Constitución.

La cuestión suscita dudas mayores en el caso de Galicia, pues su Estatuto atribuye competencia exclusiva a la Comunidad sobre «el régimen de las fundaciones de interés gallego» (art. 27, n.º 26). Esta determinación de significado impreciso, se considera, por el Preámbulo de la Ley reseñada, que encomienda a la Comunidad gallega competencias más amplias que las contenidas en otros Estatutos de Autonomía. Tal criterio no resulta convincente. Debe tenerse en cuenta, a este respecto, que el Derecho autonómico es, por naturaleza, de alcance territorialmente limitado (por eso el art. 1 de la Ley limita su aplicación a las fundaciones que desarrollen sus funciones en Galicia), de modo que el interés gallego de la fundación debe entenderse que actúa, cualquiera que sea su significado, como factor delimitador del ámbito competencial autonómico.

Aparte de ello, y como ocurre en general para las competencias autonómicas sobre fundaciones, parecería correcto distinguir en la materia los aspectos civiles, que podrían regularse por las Comunidades Autónomas sólo en cuanto lo permitiese el art. 149, p. 1, n.º 8 de la Constitución, y los aspectos administrativos, de posible atribución a las autonomías por sus Estatutos en todo caso.

Estos criterios no han sido, sin embargo, aplicados por las Comunidades Autónomas y el Estado tampoco ha planteado la cuestión ante el Tribunal Constitucional.

3. ISLAS BALEARES. Régimen jurídico de la Administración de la Comunidad Autónoma.

Ley del Parlamento balear de 24 de octubre de 1984 («B. O. E.» de 1 de marzo de 1985).

En ejercicio de sus competencias sobre organización de sus instituciones de autogobierno, la Comunidad Autónoma regula su Administración. La Ley aprobada es similar a las vigentes en otras Comunidades, debiendo destacarse los siguientes aspectos:

1) Personalidad de la Administración autonómica:

La Administración de la Comunidad Autónoma de las Islas Baleares, constituida por órganos integrados jerárquicamente, actúa con personalidad jurídica única para el cumplimiento de los fines que le son propios.

2) Publicación de las Leyes autonómicas:

Corresponde al Presidente de la Comunidad Autónoma promulgar, en nombre del Rey, las leyes aprobadas por el Parlamento y ordenar su publicación.

3) Publicación de las normas reglamentarias:

Para que surtan efectos generales las disposiciones administrativas deberán publicarse en el «Butlletí Oficial de la Comunidad Autónoma» y entrarán en vigor conforme al art. 2.1 del Código civil.

4) Aplicación del Derecho autonómico:

En materia de competencia exclusiva de la Comunidad Autónoma, el derecho propio de las Islas Baleares es aplicable en su territorio con preferencia a cualquier otro, en los términos del Estatuto de Autonomía.

5) Derecho supletorio:

En todo lo no regulado por el derecho propio, será de aplicación supletoria el derecho del Estado. Especialmente se considera aplicable con este carácter la legislación estatal sobre régimen jurídico del Estado, contratos, bienes, responsabilidad patrimonial, funcionarios y demás aspectos no regulados en esta Ley mientras no se dicte la legislación autonómica.

6) Fuentes del Derecho civil especial:

La Ley repite el texto del Estatuto de Autonomía (art. 47, p. 2), disponiendo que «en la determinación de las fuentes del Derecho civil especial de las Islas Baleares se respetarán las normas que en el mismo se establezcan». El precepto es evidentemente superfluo en esta Ley y, como ya tuvo ocasión de señalarse respecto al Estatuto, su redacción es confusa.

## 2. Derecho de obligaciones

4. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO. Daños causados en transporte internacional.

Ley 52/1984, de 26 de diciembre («B. O. E.», del 3 de enero de 1985).

La presente Ley regula la responsabilidad estatal en los daños y perjuicios producidos a medios de transporte extranjeros que se hallen en territorio nacional

realizando viajes de transporte internacional; y es resultado de la tramitación parlamentaria del Real Decreto-ley 11/1984, de 18 de julio, cuyo contenido reproduce (véase la reseña de este último en este ANUARIO, XXX, VII-IV., disposición núm. 3 de la «Información legislativa»).

5. CATALUÑA. Se regulan los contratos de integración.

Ley del Parlamento de Cataluña de 28 de noviembre de 1984 («B. O. E.» del 16 de enero de 1985).

A) Exposición:

1. Concepto:

El contrato de integración es un contrato civil por el que una de las partes (integrador) se obliga a proporcionar ganado, suministros y dirección técnica para la obtención de productos pecuarios; y la otra parte (integrado), a facilitar los espacios, instalaciones y servicios necesarios a cambio de una remuneración, que el integrador deberá satisfacer según la producción obtenida.

2. Características:

No tendrá esta calificación el contrato en que la remuneración del integrado consista en una cantidad fija, independiente de la producción obtenida.

Serán nulos los contratos en que se disponga una participación del integrado en las pérdidas superior a su participación en las ganancias.

3. Regulación:

Los contratos de integración se regirán por los pactos y la costumbre del lugar, en cuanto no contradigan a normas imperativas, y, supletoriamente, por las normas dispositivas.

4. Inscripción de los contratos:

Quando los contratos consten por escrito, podrán presentarse al Registro administrativo especial, que se crea, por cualquiera de las partes.

La inscripción será requisito necesario para gozar de los beneficios que concede la Generalidad.

5. Clasificación: La Ley distingue:

a) Integración para el engorde de ganado:

Se regula con detalle, señalándose las obligaciones del integrador y del integrado.

Por este contrato no se transfiere la propiedad del ganado al integrado, que permanece como depositario mientras dure el mismo.

El contrato podrá comprender más de un engorde.

Si parte del ganado perece, el integrador tendrá derecho a percibir las indemnizaciones que puedan corresponder, pero el integrado deberá ser compensado en la parte correspondiente.

En especial el contrato se extinguirá por defunción o extinción de cualquiera

de las partes y una vez acabado el engorde en curso. Pero si los sucesores del premuerto son ganaderos y colaboradores de la explotación, tendrán derecho a sucederle en el contrato.

b) Otras variedades de integración:

Se refieren a la obtención de crías u otros productos pecuarios, pudiendo consistir la remuneración del integrado en una parte de la producción o del precio de venta, o en una cantidad por unidad de producto.

B) Observaciones:

La presente Ley de la Generalidad se configura como desarrollo de las tradiciones e instituciones del Derecho civil foral de Cataluña. Concretamente, el preámbulo del texto fija como precedente de la nueva modalidad contractual los contratos de «soccita» o «soccida» y de «conlloc», aludidos por el artículo 339 de la Compilación catalana. Al igual que éstos, el contrato de integración se funda en la colaboración de las partes para, en forma cuasi-asociativa, desarrollar una explotación pecuaria.

Configurado así el nuevo contrato, no ofrece dificultad su encaje en las competencias de la Comunidad Autónoma de Cataluña sobre el Derecho civil, como desarrollo de sus instituciones peculiares (arts. 9, p. 2 del Estatuto de Autonomía de Cataluña y 149, p. 1, n.º 8 de la Constitución).

6. MEDIDAS Y PESAS. Metrología.

Ley 3/1985, de 18 de marzo («B. O. E.» del 19).

La presente Ley regula el Sistema Legal de Unidades de Medida, ejercitando la competencia exclusiva en la materia atribuida al Estado por la Constitución (art. 149, p. 1, núm. 12). El Sistema aplicado es el llamado Sistema internacional de Unidades, a cuyas definiciones se remite la Ley, previendo también la incorporación por el Gobierno de las futuras unidades que adopte la Conferencia General de Pesas y Medidas.

Como regla general será obligatorio el uso de estas unidades en todas las disposiciones y actuaciones oficiales, operaciones comerciales, transacciones y documentos privados y actuaciones publicitarias en que se expresen magnitudes físicas.

El Estado controlará la aplicación del Sistema, devengándose una tasa por la prestación de los servicios de control.

Además, la disposición adicional segunda introduce una prohibición de exportación de las pesas, balanzas y demás instrumentos de medida que posean significación histórica o antigüedad superior a cincuenta años.

La nueva Ley deroga expresamente la de Pesas y Medidas de 8 de noviembre de 1967 y declara transitoriamente compatible el empleo de las unidades autorizadas por la Ley de 8 de julio de 1892.



## II. DERECHO REGISTRAL

7. **REGLAMENTO HIPOTECARIO.** Se modifican determinados artículos. Real Decreto 2.388/1984, de 10 de octubre («B. O. E.» del 31 de enero de 1985).

El Real Decreto 3.215/1982, de 12 de noviembre, llevó a cabo una extensa reforma del Reglamento Hipotecario, con el fin de acomodar su contenido a las reformas introducidas en el Código civil en 1981 (véase en este ANUARIO, XXXVI-I, disposición núm. 9 de la «Información Legislativa»). Dicha reforma, centrada en el nuevo régimen sustantivo de Derecho común, prescindió en algún precepto de la atención debida a los Derechos forales, lo que motivó el requerimiento de incompetencia planteado por la Generalidad de Cataluña y, en definitiva, la reforma que ahora se realiza.

Las modificaciones son limitadas y afectan a los siguientes puntos:

1) **Modificación de los Registros** (circunscripción, capitalidad, denominación): La referencia a la Ley (Hipotecaria) se extiende a otras Leyes, con lo que se comprende a los Estatutos de Autonomía, que disponen la participación de las Comunidades Autónomas en estas actuaciones.

2) **Circunstancias de las inscripciones** (art. 51, regla 9.ª): Constancia del nombre y apellidos del cónyuge cuando el acto o contrato que se inscriba afecte a los derechos presentes o futuros de la sociedad conyugal.

3) **Vivienda habitual de la familia:** Las normas especiales sobre disposición de derechos sobre ella (art. 91, p. 1) o embargo (art. 144, p. 5) sólo se aplicarán cuando la Ley aplicable exija el consentimiento de ambos cónyuges para disponer (antes se aplicaban cualquiera que fuese el régimen económico matrimonial).

4) **Hipoteca dotal:** Se restablece la vigencia de los arts. 250 a 258 del Reglamento, indebidamente suprimidos, pues la supresión de los preceptos del Código civil sobre dote no afecta, obviamente, a las normas forales que regulan la institución.

## III. DERECHO MERCANTIL

8. **MERCADO HIPOTECARIO.** Se dictan medidas para el control y cobertura de las emisiones de títulos hipotecarios.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 7 de diciembre de 1984 («B. O. E.» del 12 de enero de 1985).

El mercado hipotecario, regulado por la Ley 2/1981, de 25 de marzo y el Real Decreto 685/1982 de 17 de marzo, principalmente, ha experimentado un notable desarrollo desde su creación. Esta disposición incorpora la regulación de algunos extremos de su funcionamiento, como son:

1) **Emisión de títulos hipotecarios:**

Requiere la previa comunicación al Ministerio de Economía y Hacienda, a través del Banco de España, y la información periódica al mismo de sus resultados.

2) Reinversión de los fondos obtenidos:

Quando los préstamos hipotecarios que cubran las emisiones sean cancelados, el producto obtenido habrá de reinvertirse en préstamos que cumplan los requisitos legales y en el plazo que se fija.

3) Operaciones singulares:

Contempla la Orden la posibilidad excepcional de que las Sociedades de Crédito Hipotecario emitan cédulas y bonos con la cobertura de participaciones hipotecarias regulando las emisiones cubiertas por participaciones en operaciones de crédito sindicadas, y las coberturas precisas para cédulas y bonos de interés variable.

4) Sociedades de Crédito Hipotecario:

Podrán abrir oficinas con arreglo a los mismos límites aplicables a las Cajas de Ahorros.

Por último, la Orden se refiere a las cuentas de Ahorro-Vivienda y a las condiciones de los préstamos que habilitan.

9. INDUSTRIAS. Condiciones de los créditos participativos para la reconversión industrial.

Orden del Ministerio de Economía y Hacienda de 2 de enero de 1985 («Boletín Oficial del Estado» del 16).

La Ley de Reconversión Industrial (Ley 27/1984, de 26 de julio; véase su reseña en este ANUARIO XXXVII-IV, y sobre todo la del Real Decreto-Ley 8/1983, de 30 de noviembre, al que sustituyó). Contempla en su artículo 11 la concesión de créditos o préstamos participativos a las empresas en reconversión. Esta modalidad de financiación carece de una regulación general en nuestro derecho y la presente disposición viene a limitar sólo un aspecto de ellas, el tipo de interés fijo. Además se reserva a este fin una parte del coeficiente de inversión que debe obligatoriamente cubrir la Banca privada.

10. CASTILLA Y LEON. Ordenación ferial.

Ley de la Comunidad Autónoma de Castilla y León de 5 de octubre de 1984 («B. O. E.» del 23 de enero de 1985).

En ejercicio de las competencias sobre ferias interiores que le atribuye el Estatuto de Autonomía (art. 26, p. 11), la Comunidad de Castilla y León aprueba la Ley de Ordenación Ferial.

Comienza la Ley definiendo las ferias comerciales o certámenes feriales, ámbito de aplicación de la misma, como: «Manifestaciones de carácter comercial que tengan por objeto la exposición de bienes y servicios, sin que pueda realizarse la venta directa de los productos exhibidos con retirada de mercancía durante el período de celebración, sin perjuicio de perfeccionar contratos de compraventa sin retirada de productos». Para realizar excepcionalmente venta directa se requiere autorización especial.

Las ferias podrán organizarse por cualquier entidad y especialmente por las instituciones feriales. Se configuran éstas como entidades con personalidad jurídica

ca y sin ánimo de lucro cuyo objeto es realizar estos certámenes. Deberán inscribirse en un Registro administrativo y se registrarán por sus estatutos.

La intervención administrativa en este ámbito corresponde a la Conserjería de Transportes, Turismo y Comercio de la Comunidad Autónoma, que otorgará las autorizaciones, llevará el Registro y velará porque los organizadores cumplan con las obligaciones que la Ley les impone. El control se realizará mediante la presencia de un delegado de la Administración en las Instituciones feriales y con la posibilidad de suspender la celebración de los certámenes.

Como ocurre con otras normas autonómicas, se advierte en ésta el influjo de la pionera legislación catalana, dictada con fecha 5 de marzo de 1984 (Ley de Ferias Comerciales; véase su reseña en este ANUARIO, XXXVII-III, disposición núm. 9 de la «Información Legislativa»).

11. COOPERATIVAS DE CATALUÑA. Se regula el funcionamiento de sus Secciones de Crédito.

Ley del Parlamento catalán, de 14 de enero de 1985 («B. O. E.» del 9 de febrero).

La Comunidad Autónoma catalana ya reguló las cooperativas, mediante la Ley de 9 de marzo de 1983, ejerciendo las competencias que, en la materia, le asigna su Estatuto de Autonomía (véase en este ANUARIO, XXXVI-III, disposición núm. 5 de la Información Legislativa»). La presente Ley regula las Secciones de Crédito que pueden constituirse dentro de las cooperativas sujetas a la legislación catalana.

Estas Secciones, que no gozan de personalidad jurídica independiente, deberán limitar sus operaciones a la propia Cooperativa en que se integran y a los socios y miembros de su comunidad familiar afectos a la actividad económica de aquéllos. Se someten a la Ley las entidades que ejercen sus funciones en el territorio de Cataluña.

El Consejo Ejecutivo de la Generalidad ejercerá su autoridad sobre las cooperativas y podrá dictar normas sobre su funcionamiento, inversiones, operaciones de préstamo y control de su liquidez.

Se crea un Fondo Cooperativo de Garantía de las Secciones de Crédito, engrosado por aportaciones de las Cooperativas y de la Generalidad para asegurar los depósitos en las Secciones, reforzar la solvencia y mejorar su funcionamiento. El Fondo podrá ser dotado de personalidad jurídica.

Aunque la Ley no hace referencia a ello, debe tenerse en cuenta que la competencia estatal sobre las bases de la ordenación del crédito (art. 149, p. 1, núm. 11 de la Constitución) ha de incidir sobre las actuaciones de la Generalidad sobre las cooperativas.

12. CATALUÑA. Se crea el Instituto Catalán de Finanzas.

Ley del Parlamento catalán de 14 de enero de 1985 («B. O. E.» del 9 de febrero).

Para el ejercicio de las competencias ejecutivas que corresponden a la Generalidad sobre el sistema financiero (arts. 10, núms. 4 y 12, núm. 6 del Estatuto de Autonomía) y para actuar como instrumento de la política de crédito público

de la Generalidad, se crea el Instituto Catalán de Finanzas; entidad autónoma de carácter financiero, con personalidad jurídica propia y capacidad de obrar pública y privada.

El Instituto actuará con sometimiento a las bases de ordenación de la actividad económica general, del Crédito, y la Banca, y la política monetaria del Estado.

Se atribuyen a la nueva entidad funciones coordinadoras de las Instituciones públicas de crédito dependientes de la Generalidad y de representación en materias financieras e informativas.

El Instituto prestará los servicios de Tesorería a la Generalidad y podrá concederle anticipos de tesorería en cuantía anual no superior al 12 por 100 de los gastos anuales presupuestados.

Además, actuará como intermediario financiero y como delegado de la Generalidad para la inspección de entidades de este tipo.

La Ley regula la composición del Instituto y sus recursos económicos.

#### IV. DERECHO PROCESAL

13. POSTULACION PROCESAL. Se regula la comparecencia en juicio de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha.

Ley de las Cortes de Castilla-La Mancha de 29 de diciembre de 1984 («Boletín Oficial del Estado» de 9 de febrero de 1985).

Ante la falta de una regulación general que determine el régimen de postulación de las Comunidades Autónomas, éstas han comenzado a dictar normas sobre la materia, considerando que forma parte de la organización de sus instituciones de autogobierno.

La presente Ley considera extensivo a la Comunidad castellano-manchega el régimen procesal del Estado en cuanto a la comparecencia con dirección unificada, sin necesidad de Procurador, la utilización de papel de oficio y la exención de tasas judiciales, así como sus actuaciones judiciales.

La representación y defensa en juicio de la Administración autonómica corresponderá al Gabinete Jurídico y a los letrados de su plantilla o habilitados. El ejercicio de acciones en vía jurisdiccional se promoverá por el Consejo de Gobierno.

Por las Cortes de Castilla-La Mancha actuará el miembro o comisionado que designen, o bien el letrado al que confieran su representación.

Como antecedente de esta disposición, véase la Ley de la Generalidad Valenciana de 29 de junio de 1984, reseñada en este ANUARIO, XXXVII-IV, disposición núm. 10 de la «Información Legislativa».

14. PROCESOS PENALES. Modificación de la Ley de Enjuiciamiento Criminal.

Ley 6/1985, de 27 de marzo («B. O. E.» del 30).

La reforma de la Ley de Enjuiciamiento Civil por Ley 34/1984, de 6 de agosto (reseñada en este ANUARIO, XXXVIII-IV, disposición núm. 9 de la «Información Legislativa») ha supuesto una reformulación de los motivos del re-

curso de casación, que ahora se realiza también en el ámbito procesal penal, suprimiendo la referencia del artículo 849 núm. 2 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal al documento auténtico. Este motivo para interponer recurso de casación por infracción de Ley queda redactado así:

«Cuando haya existido error en la apreciación de la prueba, basado en documentos que obren en autos, que demuestren la equivocación del juzgador, sin resultar contradichos por otros elementos probatorios».

15. GALICIA. Regulación provisional de los Servicios Jurídico-contenciosos de la Junta de Galicia.

Ley del Parlamento gallego de 26 de junio de 1984 («B. O. E.» de 30 de marzo de 1985).

A falta de una disposición estatal que regule el régimen procesal de las Comunidades Autónomas, éstas van abordando esta materia dentro del ámbito de sus competencias de autoorganización, aunque rozando la competencia estatal sobre el Derecho Procesal.

La presente Ley expresa tres criterios principales:

1.º La competencia del Consejo de la Junta de Galicia para ordenar el ejercicio de acciones en vía jurisdiccional.

2.º La representación y defensa en juicio de la Administración autonómica por los letrados de los Servicios Jurídico-contenciosos y

3.º La aplicación de las reglas de competencia territorial relativas al Estado (competencia de los Juzgados de poblaciones donde exista Audiencia) cuando sea demandada la Junta. Como excepción, en casos de competencia dispositiva podrá ser demandada en Santiago de Compostela.

## V. OTRAS DISPOSICIONES

16. FUNCIONARIOS PUBLICOS. Se regulan sus incompatibilidades.

Ley 53/1984, de 26 de diciembre («B. O. E. del 4 de enero de 1985»)

Esta Ley regula nuevamente el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas siendo sus aspectos fundamentales los siguientes:

1) Ambito de aplicación:

Es muy amplio, comprendiendo al personal civil o militar de la Administración del Estado, Administraciones de las Comunidades Autónomas y sus Asambleas legislativas», órganos institucionales, Corporaciones locales y sus organismos, Entes Públicos Seguridad Social, Entidades de Derecho Público dotadas en más del 5 por 100 de su presupuesto por la Administraciones Públicas, Empresas con participación pública mayoritaria, Banco de España e instituciones financieras públicas

También se incluyen: el personal que desempeñe funciones públicas y perciba sus retribuciones mediante arancel, el personal sujeto al régimen estatutario fun-

cionarial y el personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, Poder Judicial, Administración de Justicia y Consejo de Estado (por la Ley Orgánica 1/1985, de 18 de enero).

2) Desempeño de actividades públicas:

Como regla general no podrá compatibilizarse el desempeño de dos puestos de trabajo en el sector público ni percibirse más de una remuneración de procedencia pública o que resulte de la percepción de arancel. Igualmente se veda el ejercicio de cualquier cargo, o profesión, o actividad que pueda impedir o menoscabar el cumplimiento de los deberes o la imparcialidad e independencia.

También se impone la incompatibilidad del desempeño de un puesto de trabajo en el sector público con la percepción de pensiones por jubilación, retiro y orfandad (más amplia que la establecida por la Ley de Presupuestos para 1984).

Sólo se permite una compatibilidad restringida para un segundo puesto o actividad pública respecto a funciones docentes, sanitarias y para los puestos que determine el Consejo de Ministros o los órganos de gobierno autonómicos.

Por excepciones se permite compatibilizar la actividad pública con la pertenencia a Asambleas legislativas autonómicas y Corporaciones locales, así como el ejercicio de funciones de investigación o asesoramiento en ciertas condiciones.

En todo caso la compatibilidad supone una limitación de las remuneraciones a percibir.

3) Desempeño de actividades privadas:

Se prohíbe el ejercicio de actividades que se relacionen con el puesto público desempeñado, especialmente las diversas formas de participación en empresas con vinculaciones especiales con la Administración.

Además la compatibilidad será negada a quienes desempeñen las funciones o puestos que fije el Gobierno y a quienes ocupen ya dos puestos públicos. No podrá reconocerse compatibilidad al personal que perciba complementos específicos ni al retribuido por arancel, salvo para ejercer como profesor universitario asociado o para las funciones de investigación o asesoramiento excepcional.

4) Actividades libres:

La Ley sólo exceptúa de su régimen, la administración del patrimonio familiar, la dirección o participación no permanente en seminarios, cursos, Tribunales de exámenes, coloquios, congresos, conferencias..., la pertenencia a Juntas rectoras de Mutualidades o Patronatos y la producción literaria, artística, científica y técnica.

La Ley contiene una serie de disposiciones finales, transitorias y adicionales que regulan el complejo proceso de su entrada en vigor y su incidencia sobre las situaciones de los afectados por ella.

17. PRESTACIONES PERSONALES OBLIGATORIAS. Se regula la Protección Civil.

Ley 2/1985, de 21 de enero («B. O. E.» del 25).

La protección civil tiene por objeto la protección física de personas y bienes en casos de grave riesgo colectivo, comprendiendo también las medidas preven-

tivas de tales situaciones. Así, se configura como un servicio público en el que participan las Administraciones Públicas y los ciudadanos.

Todos los ciudadanos mayores de edad estarán obligados a colaborar en la protección civil, a requerimiento de las autoridades competentes. Esta obligada colaboración es más intensa para quienes perciban prestaciones por desempleo y para quienes están prestando actividades sustitutorias del servicio militar o son excedentes de cupo.

En situaciones de emergencia que lo requieran, las autoridades podrán disponer la requisita temporal de bienes necesarios, abonándose la pertinente indemnización (véase el art. 120 de la Ley de Expropiación Forzosa, que ya recoge esta situación).

Las actuaciones en esta materia se reflejarán en las distintas modalidades de plan de protección civil, que regulan la Ley.

18. EXTRADICION. Se regula la extradición pasiva.  
Ley 4/1985 de 21 de marzo («B. O. E.» del 26).

La Ley regula las condiciones, procedimientos y efectos de la extradición pasiva, sustituyendo a la vigente de 26 de diciembre de 1958 e introduciendo en nuestro Derecho los criterios plasmados en los Convenios internacionales suscritos por España.

La extradición se concederá por el Gobierno, con aplicación al principio de reciprocidad y previa resolución judicial, sólo por hechos sancionados, con las penas o medidas mínimas que se señalan, por las leyes españolas y las del requirente.

No se concederá la extradición de españoles, ni de extranjeros cuando deban ser juzgados en España, ni por delitos políticos, entre otras causas enunciadas por el texto legal.

La Ley regula también los trámites del procedimiento, tanto para conceder o no la extradición como para realizarla.

19. GALICIA. Gestión económica y financiera de la Comunidad Autónoma.  
Ley del Parlamento Gallego de 3 de abril de 1984 («B. O. E.» de 26 de marzo de 1985).

Esta Ley, al igual que otras equivalentes promulgadas por las Comunidades Autónomas, establece el régimen general de la actividad económico-financiera autonómica, tomando como modelo la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977, de la que se traslada buena parte de su articulado.

De esta forma, se proclama el principio general de que la Comunidad Autónoma gozará de las mismas prerrogativas y trato fiscal que el Estado, regulándose también las operaciones de endeudamiento y el régimen presupuestario y contable.

Debe destacarse el artículo 1 que establece la prelación de fuentes en la materia, de la siguiente forma:

1.º La presente ley y demás leyes especiales dictadas por el Parlamento de Galicia.

2.º La Ley Presupuestaria anual de la Comunidad Autónoma.

3.º La legislación general del Estado a que se remita la legislación autonómica.

4.º Normas reglamentarias.

5.º Tendrán carácter supletorio las restantes normas jurídico-administrativas y, en su defecto, el Derecho privado, respetando la prelación de las normas del Derecho civil gallego.

Obviamente, la última referencia a las fuentes del Derecho gallego y su prelación sólo será aplicable cuando se trate de materias forales.

20. GALICIA. Regulación de las Cámaras Agrarias.

Ley del Parlamento gallego de 4 de mayo de 1984 («B. O. E.» de 27 de marzo de 1985).

La Comunidad Autónoma de Galicia tiene encomendada por su Estatuto de Autonomía la competencia exclusiva sobre Cámaras Agrarias (art. 27, núm. 29), cuyo régimen desarrolla en esta Ley, considerando incluidas tales corporaciones en el artículo 52 de la Constitución (organizaciones profesionales que contribuyen a la defensa de los intereses económicos).

Se configuran las Cámaras Agrarias como entidades consultivas y profesionales del sector agrícola, ganadero y forestal, colaboradora con la Administración y prestadora de servicios a sus miembros. Son Corporaciones de Derecho Público dotadas de personalidad jurídica y plena capacidad de obrar para cumplir sus fines.

Las Cámaras, según su ámbito, podrán ser locales, comarcales y provinciales, y desarrollarán funciones administrativas de interés general para las comunidades rurales.

21. GALICIA. Regulación del Valedor del Pueblo.

Ley del Parlamento gallego de 5 de junio de 1984 («B. O. E.» de 30 de marzo de 1985).

En desarrollo del artículo 14 del Estatuto de Autonomía de Galicia, se regula el Valedor del Pueblo, como alto comisionado del Parlamento de Galicia para la defensa, en el ámbito territorial de la Comunidad Autónoma, de los derechos comprendidos en el Título I de la Constitución y el ejercicio de las demás funciones que la Ley le atribuye.

Esta institución, como otras semejantes reguladas en otras Comunidades Autónomas, sigue el modelo del Defensor del Pueblo, aunque en el ámbito autonómico.





# BIBLIOGRAFIA

## LIBROS

**AUBERT, Jean-Luc:** «Introduction au droit et thèmes fondamentaux du droit civil», Editorial Armand Colin, París, 1984, 272 páginas.

En casi todos los países son los juristas dedicados al Derecho civil los que, tradicionalmente, se ocupan de la importante y grata misión de explicar en las Facultades los temas esenciales del Derecho, y ello no es, como advierte el profesor Aubert, producto del puro arbitrio, sino que es la consecuencia de que el Derecho civil se haya desarrollado antes y de forma más completa que los otros sectores del Derecho, lo que ha determinado que sea el crisol de los principales conceptos jurídicos. Lo afirmado es evidente en el Derecho francés, ya que los tratados y manuales de Derecho civil se inician con un volumen consagrado a la introducción general al Derecho y al Derecho civil (1). En este marco hay que situar el presente volumen del profesor Aubert, de la Universidad de París I (Panthéon-Sorbone), al que los lectores de este ANUARIO conocerán por las excelentes **Crónicas de Derecho privado francés** que publica anualmente en el mismo. Además, ha publicado numerosos estudios sobre temas concretos de Derecho civil y, en particular, la importante obra **Les obligations**, vol. 1.º, **L'acte juridique**, en colaboración con el profesor Flour, y **Le fait juridique**, vol. 2.º, París, 1981, que fue ampliamente reseñada en este ANUARIO (2).

La obra que comentamos constituye, a la vez, una introducción al Derecho y al Derecho civil. En la primera parte se examina el Derecho objetivo, que es el conjunto de normas destinadas a organizar la vida social. Ello conduce inexorablemente al análisis de la norma jurídica. El mismo se efectúa desde tres puntos de vista, complementarios entre sí. En primer lugar, el de su identificación. Se trata de precisar cuáles son las características de las normas que, dentro de las que aparecen en una concreta sociedad, constituyen elementos del Derecho objetivo. En segundo lugar, el de su creación. Es el tema de las fuentes del Derecho, que conduce a investigar sobre las formas y las condiciones de elaboración de la norma jurídica. En tercer lugar, el de su interpretación. La finalidad de la norma jurídica no es otra que su aplicación en la vida social. Es necesario pasar de la fórmula general e

---

(1) Vid. CARBONNIER, *Droit civil*, t. 1, *Introduction - Les personnes*, 14.ª ed., 1982; CORNU, *Droit civil, Introduction - Les personnes - Les biens*, París, 1980; COULOMBEL, *Introduction à l'étude du droit*, 1969; GHESTIN y GOUBEAUX, *Traité de droit civil*, t. 1, *Introduction générale*, 2.ª ed., París, 1983; MARTY y RAYNAUD, *Droit civil*, t. 1, *Introduction générale à l'étude du droit*, 2.ª ed., París, 1972; MAZEAUD y CHABAS, *Leçons de droit civil*, t. I, vol. E.º, *Introduction à l'étude du droit*, París, 1972; WEILL y TERRE, *Droit civil. Introduction générale*, 4.ª ed., París, 1979.

(2) ANUARIO DE DERECHO CIVIL, 1982, fasc. 2.º, pp. 453-461, a cargo de Cabanillas.

impersonal —norma abstracta— al caso particular que ha de regir. Este tránsito sólo puede producirse con la ayuda de la interpretación de la norma jurídica.

La segunda parte se consagra al análisis de los derechos subjetivos y la personalidad jurídica. Los derechos subjetivos evidencian la cualidad de sujeto de derechos implícita en la personalidad jurídica, es decir, la toma en consideración de la persona por el Derecho. Se expone, por tanto, la problemática jurídica existente en torno a la noción general de derecho subjetivo los sujetos y la personalidad jurídica, los principales derechos subjetivos, las fuentes de los derechos subjetivos y la prueba de los derechos subjetivos.

La tercera parte está destinada a mostrar los rasgos esenciales del Derecho civil, ya que éste es el pilar central del Derecho privado. Constituye la disciplina básica del Derecho francés; lo cual justifica que determinados temas de una introducción general al Derecho sean dedicados a presentar las líneas maestras del Derecho civil. Desde esta óptica se muestran sus fuentes y su objeto. Se hace referencia especial al Código civil francés de 1804 y a sus sucesivas reformas, así como a la personalidad jurídica, examinada con detenimiento anteriormente, al Derecho civil económico y a la familia.

Esta obra está adornada por las cualidades y virtudes que señalamos al anotar los volúmenes escritos por los profesores Flour y Aubert sobre las obligaciones (3). Su lectura será sumamente provechosa para el lector español, pues, además de examinarse detenidamente cuestiones de la teoría general del Derecho, con gran rigor y claridad expositiva, se muestran en ella los rasgos fundamentales del Derecho francés y, en especial, de su Derecho civil, al exponerse, en una excelente síntesis, la regulación de las principales instituciones (propiedad y posesión, obligaciones contractuales y extracontractuales, garantías, familia y sucesiones) y un ilustrativo análisis de la organización jurisdiccional francesa, la práctica y la doctrina.

ANTONIO CABANILLAS SÁNCHEZ

**CORTES, Luis Javier:** «Funciones de la sociedad anónima: Legislación y práctica española». Cuadernos de los «*Studia Albornotiana*», 1985. Un volumen de 80 páginas.

Con este cuaderno se inicia una labor científica y divulgadora de los grandes temas e instituciones en el mundo del Derecho y viene a llenar una laguna en la bibliografía jurídica española en la que junto a los grandes tratados o a los rigurosos estudios monográficos hace falta un conjunto de trabajos de síntesis y expositivos que estén al alcance tanto del profesional y especialista como del lector culto e interesado por temas que despiertan su curiosidad o información. La visión y estímulo de este tipo de publicaciones viene de la mano de un gran promotor humanista como es el conocido e ilustre profesor Evelio Verdura, ex Rector del Colegio de España en

(3) Loc. cit. ant.

Bolonia y que no necesita ser presentado a los juristas españoles, puesto que de él tantos aprenden desde su Cátedra.

La elección del tema para iniciar esta serie de cuadernos no pudo ser mejor, ya que la sociedad anónima española es una pieza clave dentro de las estructuras formales del ámbito jurídico privado, uno de los cauces más caudalosos para la trabazón de cuantiosos intereses patrimoniales a la consecución de fines y lucros concretos.

El autor, en su breve y compacta exposición, logra el impacto deseado y su análisis es claro, sugestivo y crítico. Así, comienza analizando las exigencias de la gran empresa y el modelo de sociedad anónima, por lo que se refiere a la financiación, la organización y la institucionalización de esa gran empresa bajo dicha forma anónima.

Al análisis anterior, le sigue una exposición de la sociedad anónima en el ordenamiento jurídico español desde la codificación mercantil hasta la regulación especial por la Ley de 17 de julio de 1951, así como la disciplina bursátil y la legislación complementaria en el ámbito de dicha sociedad anónima. Su crítica se concreta en la «sociedad anónima cerrada» y en la insuficiente regulación legal española ante las nuevas perspectivas financieras y económicas de nuestra sociedad nacional e internacional.

De aquí que su análisis lo dedique en un apartado correspondiente a la reforma del Derecho español de sociedades anónimas, su necesidad y caracteres, y, en especial, al Anteproyecto de Ley de Sociedades Anónimas de 1979, actualmente ya corto, ante el ingreso de España en la Comunidad Económica Europea.

José BONET CORREA

**FERNANDEZ NOVOA, Carlos y GOMEZ SEGADE, José Antonio: «La modernización del Derecho español de patentes». Madrid, 1984. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 347 págs.**

El profesor Fernández Novoa es una de las autoridades máximas en el tema de patentes; su maestría cuenta con una acrisolada serie de publicaciones monográficas de prestigio nacional e internacional. A él se han unido compañeros y discípulos para lograr la renovación y actualización de nuestro viejo ámbito legislativo, que, desde 1929, cuenta hasta hoy con su «Estatuto sobre la Propiedad Industrial».

Al volumen publicado en 1967 sobre la «Reforma del Derecho de patentes español», seguido del que continuaba «Hacia un nuevo sistema de patentes», en 1982, aparece el actual que aporta nuevos puntos de vista en esa constante tarea de los autores por modernizar y reformar la ya obsoleta normativa vigente. Para ello han traído el Proyecto de Ley de Patentes de 1982, realizando su examen y valoración crítica con objeto de sentar las bases en que debe de colocarse el nuevo ordenamiento español de patentes.

La obra está concebida en ocho capítulos y concluye con unas «Bases para la Ley de patentes». Los tres primeros capítulos, a cargo del profesor Gómez

Segade abordan las «Consideraciones generales sobre la Ley de patentes», la «patentabilidad» y el «derecho a la patente».

Los capítulos cuarto y quinto corren a cargo del profesor Fernández Novoa, sobre «La concesión de la patente» y «Los efectos de la patente», para volver a tratar el profesor Gómez Segade «la patente como objeto del tráfico jurídico» y concluir Fernández Novoa en los capítulos séptimo y octavo con la «obligación de explotar y licencias obligatorias» y la «nulidad y caducidad».

José BONET CORREA

**LANGNER, Dirck: Eheschließung und Ehescheidung nach spanischen Recht, Europäische Hochschulschriften», serie II, tomo 413, Editorial Peter Lang, Frankfurt am Main, Bern, New York, Nancy, 1984, 226 páginas.**

El Dr. Langner, discípulo del profesor Weyers, que colabora en este ANUARIO con una importante crónica de Derecho civil alemán, lleva a cabo un detallado análisis de la reciente reforma operada en nuestro Código civil por la Ley de 7 de julio de 1981 sobre el matrimonio. El autor muestra en el capítulo I la evolución de la normativa sobre el matrimonio en nuestro Derecho, con una adecuada referencia a la legislación anterior a la Ley de 1870 y sobre este importante texto legal, el Código civil, la legislación de la Segunda República, el desarrollo legislativo desde 1936 a 1967, año en que se produce una liberalización en materia religiosa por la Ley de 28 de junio de 1967, la publicación de la Constitución de 1978, que incide de manera decisiva en el tema del matrimonio, y el Concordato entre el Estado español y la Santa Sede de 1979, llegando de esta forma a la reforma del Código civil sobre el matrimonio por la citada Ley, cuya discusión parlamentaria es expuesta así como una visión sociológica de la familia en España.

En el capítulo II se examina la normativa sobre el matrimonio, distinguiéndose entre la forma civil y la forma religiosa. En relación con el matrimonio civil, el autor se refiere a los esponsales, los requisitos del matrimonio, el consentimiento matrimonial, la forma del matrimonio, la nulidad del matrimonio y la situación del Derecho español sobre el matrimonio civil en el panorama europeo. Por lo que respecta al matrimonio en forma religiosa, se muestran las diversas cuestiones que surgen en torno al mismo, con especial atención al matrimonio canónico.

El capítulo III se destina al tema de la separación matrimonial, mostrándose sus principios esenciales, los supuestos en que procede la separación, los efectos de la sentencia de separación y la reconciliación.

En el capítulo IV se aborda el debatido tema del divorcio, partiéndose, como en el caso anterior, de los principios en que se basa nuestro Derecho. El cese efectivo de la convivencia conyugal es la condición fundamental del divorcio. Se exponen con rigor las diversas causas que justifican legalmente el divorcio y se concluye con la determinación de los efectos del divorcio.

En el capítulo V se evidencian las consecuencias de la nulidad, la separación y el divorcio, con atención preeminente al interesante problema del con-

venio regulador y las medidas que puede adoptar el Juez en defecto de acuerdo de los cónyuges. Se tiene muy en cuenta el derecho a la pensión a que se refiere el artículo 97 de nuestro Código civil.

La monografía concluye con dos interesantes capítulos, en los que se exponen las normas sobre el proceso de divorcio y una amplia muestra de la normativa existente en numerosos países europeos sobre el divorcio. Además, se reproduce en alemán el texto íntegro de los artículos 42 a 107 de nuestro Código civil, procedentes de la Ley de 7 de julio de 1981, así como las disposiciones transitorias y adicionales de la misma.

A la vista de esta obra, realizada en España durante los años 1981 y 1982, contando el autor con las valiosas sugerencias del profesor Lacruz y del Senador Barderas, cabe augurar un brillante futuro universitario al Dr. Langner, que demuestra un conocimiento profundo de nuestro Derecho, como evidencia la amplia bibliografía consultada, en un tema sobre el que su maestro, el profesor Weyers, publicó precedentemente un importante trabajo, *Die Eheschließung nach spanischem Recht*, Karlsruhe, 1960.

Antonio CABANILLAS SÁNCHEZ

**MARTINEZ CALCERRADA, Luis:** «Estudios de Derecho patrimonial». Madrid, 1984. Editorial Montecorvo, S. A. Un volumen de 479 páginas.

Este ilustre Magistrado y profesor universitario viene realizando una intensa labor jurídica en diversos ámbitos de la interpretación del Derecho. Ahora se destaca su faceta doctrinal y científica con la reunión de sus estudios de Derecho patrimonial, tarea ésta que lleva a cabo con tesón y prestigio a través de varios trabajos monográficos, estudios y comentarios en el ámbito del Derecho civil.

Agrupados en siete títulos, el primero aborda el tema de la buena fe y el abuso del derecho, concretándose al aspecto de su interrelacionalidad y delimitación conceptual. El segundo trata la responsabilidad jurídica del subnormal, haciendo un especial estudio de su modalidad civil. El tercero plantea la problemática de las obligaciones naturales hasta presentarnos unas observaciones de «lege ferenda». El cuarto título comprende el cumplimiento defectuoso de la prestación, donde hace una justificación del tema y concluye con una aclaración conceptual. El quinto título examina una vez más el debatido tema de la adquisición de la posesión de bienes muebles del artículo 464 del Código civil, haciendo una síntesis de las teorías hasta ahora esbozadas para terminar exponiendo su propio criterio. El sexto, se concreta a las servidumbres personales discontinuas y el Registro de la Propiedad, donde aborda los señoríos patrimoniales relativos a montes, las servidumbres discontinuas y la concreción de la realidad registral. Por último, el título séptimo entra en el detalle de la eficacia del artículo 207 en el procedimiento del 41 de la Ley Hipotecaria con sus conclusiones.

Este volumen logra así reunir todos estos aspectos tratados que, con an-

terioridad estaban dispersos, por lo que es de agradecer a su autor presentarlos ensamblados, sobre todo de este sector, que es de los más conflictivos para los intereses patrimoniales actuales.

José BONET CORREA

**RODRIGUEZ-ARIAS B, Lino: «De la propiedad privada a la propiedad comunitaria». Monte Avila Editores, Caracas, 1 vol., 427 páginas.**

El autor, una de las más prestigiosas figuras de la ciencia jurídica de hispanoamérica, da en esta obra, en su tercera edición, una configuración definitiva a ideas sobre el mismo tema tratadas en publicaciones anteriores, algunas de ellas aparecidas en revistas españolas (así: «De la propiedad institucional a la propiedad comunitaria», RGLJ. Madrid, 1970; «Jacques Maritain y la participación comunitaria», en la misma Revista, junio 1979, págs. 493-544, y «¿Qué es el comunitarismo? (Por una sociedad más humana, más justa y más libre)», en la citada Revista, noviembre de 1981, págs. 465-483).

La obra se abre con un Prólogo del Doctor Vivas Terán, al que siguen las notas explicativas a la segunda y tercera edición, y se divide en cuatro capítulos. El primero es de introducción a las materias desenvueltas en los posteriores; contiene una apretada síntesis del pensamiento cristiano sobre la propiedad, tal como resulta del Nuevo Testamento, la Patrística, la Escolástica, Vitoria, Vives y Soto, en todos los cuales resalta el principio «de que los bienes sean usados en beneficio de todos los integrantes de la comunidad». Sigue una interesante consideración de la evolución histórica de la propiedad desde los tiempos prehistóricos, el Código de Hammurabí y la Ley de Manú, Roma, pueblos germánicos, feudalismo, Renacimiento, Revolución francesa y las nuevas doctrinas sobre la función social de la propiedad. Especial interés reviste la exposición de la doctrina social de la Iglesia a través del magisterio de León XIII, Pío XI, Pío XII, Juan XXIII y Pablo VI, que reconociendo la legitimidad del derecho de propiedad «pide que su disfrute alcance a todos los hombres de modo que éstos no queden alienados dentro de la sociedad, sirviéndoles de garantía a su persona y de apertura a sus semejantes, subrayando la función social de la propiedad como una característica intrínseca de la misma». A continuación estudia la orientación colectivista en los regímenes comunistas (sus orígenes, U.R.S.S., Checoslovaquia, Hungría, Rumanía y China). Termina la introducción considerando el pensamiento cristiano contemporáneo, y una variedad suya: la propiedad institucional.

El capítulo II lleva por rúbrica «La propiedad comunitaria». Se exponen en él sus líneas directrices. Entra dentro de la economía de grupo, de antecedentes cristianos y corresponde a las formas de vida cooperativas, que fusionan en manos del socio los conceptos de capital y trabajo; pero es sólo su punto de arranque, pues la propiedad comunitaria trata de establecer un régimen de personas colectivas integradas por un individuo libre y responsable en su acción económica y coexiste con la propiedad personal,

familiar, pública y mixta, siendo una modalidad de la propiedad colectiva en la que hay un patrimonio de afectación, integrado por bienes destinados a un fin social, con la característica de que pertenecen a los titulares y a la comunidad de trabajadores. En ella el capital lo proporciona una institución intermedia llamada Fondo, y los propios trabajadores; el equipo dirigente viene determinado por la combinación del máximo de democracia con el de eficiencia, por lo que las decisiones en principio se toman al nivel inferior y en los niveles superiores se toman las más complejas, siendo de escasa importancia el papel del sindicato, al desaparecer la oposición en el interior de la empresa. Los propietarios trabajadores no pueden disponer de su titularidad personal a título particular, habiendo una titularidad comunitaria que recae sobre los bienes comunes de la empresa que les pertenece en común y de la que pueden disponer en forma total o parcial, lo que a mi juicio aproxima a esta propiedad a la comunidad **Zur gesamtem Hand** o en mano común. Adoptada la propiedad comunitaria, el papel del Estado queda en un segundo plano, teniendo una función subsidiaria de control. La propiedad comunitaria supone una estructura social del mismo tipo, siendo expresión de la totalidad del pueblo institucionalizado, que no puede quedar a merced de que lo soliciten o no un grupo de trabajadores, sino que debe responder a una organización global de la sociedad.

En los capítulos tercero y cuarto hace el autor una exposición de los modelos históricos y vigentes en que se ha encarnado la propiedad comunitaria y un balance de lo que nuestra sociedad conseguiría con ella.

Es ésta una apretada síntesis de las sugestivas ideas que el autor vierte a lo largo de esta obra y que como él demuestra no son una simple utopía, sino que están teniendo impacto, entre otros, en los pueblos iberoamericanos.

Rafael ALVAREZ VIGARAY

**TREITEL, G. H.: «An outline of The Law of Contract», 3.ª ed., Butterworths, Londres, 1984, 366 páginas.**

Una nota que destaca en los libros de Derecho inglés es, como se sabe, un marcado carácter profesional; hechos por especialistas, se dirigen a un público especializado, casi exclusivamente, en el ejercicio práctico de la abogacía. Por eso son un tanto herméticos, incluso para juristas que no son ajenos del todo al **Common law**. Sin embargo, el libro de G. H. Treitel, profesor de la Universidad de Oxford, constituye una señalada excepción, ya que, si bien está redactado por un consumado especialista, como lo demuestran sus obras extensas sobre el contrato y la responsabilidad civil, está destinado a un público más amplio e intenta introducir al lector en la compleja disciplina del contrato en el Derecho inglés. Se trata, para nosotros, de una introducción buena e interesante. Buena porque el lenguaje técnico es claro y directo, y proporciona, además, una información abundante y actual; e interesante porque se refiere a la doctrina general del contrato, en el doble sentido de recoger las reglas comunes aplicables a los singulares tipos con-



tractuales y de estudiar todas las normas civiles y mercantiles atinentes a la materia, teniendo muy en cuenta las innovaciones previstas por la **Unfair Contract Terms Act 1977** y la **Sale of Goods Act 1979**, entre otros textos legales que protegen al consumidor.

Como es habitual en los juristas ingleses, el autor se ocupa, en primer término, de los aspectos que podemos considerar objetivos del contrato; y, tras unas generalidades referidas al concepto, importancia del acuerdo, libertad contractual y fundamento de la obligatoriedad del contrato, estudia la formación del consentimiento, la **consideration** y la **intention** —equivalentes aproximadamente a nuestra causa en sentido objetivo y subjetivo—, la forma, el contenido, los vicios del consentimiento y la que denomina «ilegalidad» del contrato, comprensiva de los contratos contrarios a la ley y al orden público y de los que restringen la libre concurrencia en el mercado. Seguidamente, examina el autor los aspectos subjetivos, a saber: la capacidad contractual, las partes contratantes, la cesión del contrato y la representación. Y por último, estudia el cumplimiento, el incumplimiento, la resolución, la imposibilidad sobrevenida o **frustration** y las consecuencias que se derivan de la ruptura del contrato.

Por contraste con nuestro Derecho, no aparecen en el libro ni el objeto ni la interpretación del contrato, aspectos que quedan englobados —significativamente— en el «contenido», que el profesor Treitel examina en dos capítulos, uno referido a los términos expresos e implícitos del contrato y otro relativo a las condiciones generales y cláusulas limitativas de responsabilidad contractual, aparte de que se ocupa de los acuerdos vagos o incompletos», lo mismo en tema de consentimiento que de **intention**. Lo que nos parece significativo porque pone de relieve que la hermenéutica contractual tiene un carácter decididamente sustantivo y no puramente formal, y se rige por normas de contenido preceptivo normal y no de índole procesal o procedimental. Es claro que esto mira, ante todo, al resultado de la interpretación, el cual fija no sólo el contenido exacto del contrato, sino el grado y extensión de las obligaciones que asumen las partes, tanto **ex voluntate** como **ex lege**. Y nos muestra que existe una vinculación estrecha, en último término, entre la interpretación y la eficacia del contrato, lo que en ocasiones se olvida por un dogmatismo excesivo, como cuando se separa de forma tajante la interpretación, la calificación y la integración del contrato, aun en contra de lo que disponen los artículos 1.286 a 1.289 de nuestro Código civil y de lo que sucede en nuestra práctica jurisprudencial (cfr., p. ej., la S. de 5 de enero de 1980, cdo. 10.º). No se nos escapa la diferencia de sistemas jurídicos, pero tampoco confundimos aquí la interpretación con la llamada **construcción** del contrato, que han divulgado autores italianos recientes, puesto que esta última se refiere únicamente, según advierte el autor, a la eficacia restringida y controlada por el juez de las **exemption clauses** (vid., p. 74 y ss.).

Finalmente se deben resaltar las innovaciones introducidas por el profesor Treitel en esta tercera edición de la obra por cuanto, separada por cinco años de la edición anterior, ilustran las preocupaciones y tendencias últimas sobre el tema en el Derecho inglés. Como él mismo explica en el **Preface**, tales

innovaciones están referidas a la aplicación del **promissory stoppel** y del **proprietary stoppel** en materia de contrato; a la discutida eficacia de las cláusulas limitativas de responsabilidad o **exemption clauses**; a la noción amplia de **duress**, que abarca incluso la presión económica ejercida por un contratante sobre el otro, pero no la simple desigualdad del **bargaining power**; y, en fin, al cumplimiento, ruptura y frustración del contrato y sus consecuencias.

En suma, estamos ante un buen libro de introducción al estudio del contrato en el Derecho inglés, cuya lectura es recomendable a quienes deseen asomarse al mismo.

Carlos VATTIER FUENZALIDA

**PUBBLICAZIONI DELL'UNIVERSITA DEGLI STUDI DI SALERNO: «Persona e comunità familiare». Atti del Convegno di Salerno 5-7 novembre 1982, cargo de Pasquale Stanzione. Edizioni Scientifiche Italiane. Napoli, 1985. Un volumen de 488 páginas.**

Es éste un interesante volumen en el que se contienen las contribuciones de ilustres juristas italianos al tema de la persona humana en la familia y en la sociedad, con unas aportaciones españolas de nuestros colegas José Luis de los Mozos y Luna Serrano. Según advierte el Rector de la Universidad de Salerno, el profesor Buonocore, la ciencia y la técnica actuales han cambiado las condiciones de vida e, incluso, la vida misma; el contraste entre la avanzada civilización técnica y la cultura menos evolucionada invitan a preocuparse por el progreso de la sabiduría, como recuerda Bergson para la cultura católica. Al ser la familia un lugar de encuentro de generaciones, contribuye al desarrollo de los derechos de la persona y las exigencias de la vida social, por lo que constituye el fundamento de la sociedad.

El volumen recoge y sistematiza, primero, las contribuciones que tratan los problemas generales, como la de Ferri, «La persona en la vida asociada», la de Rescigno, «Relaciones entre individuo y la comunidad familiar» y la de J. L. de los Mozos, «Persona y comunidad familiar en el Derecho español». A continuación se añaden ciertos aspectos personales concretos, como los de Furgiuele, «Libertad y familia: del sistema al microsistema», de Patti, «Familia e inmunidad», de Tommasini, «Derecho a la intimidad, comunidad familiar, tutela de la intimidad de los sujetos convivientes», de Iannelli, «Naturaleza y contenido del derecho al nombre y el derecho a la identidad» y el de Morozzo della Rocca, «El juez italiano y la comunidad conyugal». Entre las comunicaciones e intervenciones están las de Lener, Barbiera y Lisella sobre «Enfermedad mental y tutela de la persona en la familia», así como la Di Majo. Otros aspectos personales son los tratados por Scalisi, «Divorcio persona y comunidad familia», por Majello, «Filiación natural» y por Belvedere, «Intereses y libertad de los menores en la comunidad familiar», así como las comunicaciones e intervenciones de Gabriella Antorino Stanzione, «Crisis conyugal y tutela de la persona», de Procida Mirabelli di Lauro,

«Sobre los derechos del menor en la perspectiva de la reforma de la adopción», de Dogliotti, «Adopción, acogimiento, filiación: apuntes para una reforma», de Barbiera, de Stanzione, «Contrastes entre progenitores e hijos respecto a los intereses del menor» y de Puccini.

Los aspectos patrimoniales fueron abordados por Barbiera a propósito del «Principio personalista y estructura normativa en el nuevo régimen patrimonial», Luna Serrano, «La posición del particular en la comunidad agraria familiar», por Russo, «Necesidades e intereses de la familia: el problema de los gastos familiares» y por Perchinunno, «Obligaciones e intereses familiares respecto al mantenimiento y las aportaciones». Las comunidades e intervenciones a estos aspectos son de Spinelli, Comporti y el de Fauceglia, «Estatuto de la empresa familiar cultivadora: perfiles sistemáticas y disciplina de los intereses del grupo en la Ley núm. 20 del año 1982», así como las de Rosapepe, «Empresa conyugal y Sociedad entre cónyuges en régimen de comunidad legal» y de Alagna, «Apuntes al tema de las relaciones entre los miembros conyugales y la banca».

Por último, en el apartado sobre cuestiones procesales, presididas y sintetizadas por Pietro Perlingieri, intervienen Montesano, Acone, «Sobre los aspectos sustanciales del Derecho respecto al artículo 148, 2.º, C. C.» y Constantino, «Para la ejecución de las providencias en el acogimiento de la prole».

José BONET CORREA

**INSTITUTO DE DERECHO INDUSTRIAL DE LA UNIVERSIDAD DE SANTIAGO DE COMPOSTELA: «Actas de Derecho industrial». Tomo 9 (1983). Madrid, 1984. Colegio Universitario de Estudios Financieros. Consejo Superior Bancario. Un volumen de 587 páginas. ...**

Este tomo noveno, como los anteriores, contiene siete secciones. La primera doctrinal, que se abre con un estudio de Mr. Arpad Bogsch sobre el «Primer centenario del Convenio de París para la protección de la propiedad industrial» y le siguen los del profesor Ernesto Aracama Zorraquín, «La nueva Ley argentina de marcas y designaciones», del profesor Gómez Segade, «Problemas y perspectivas del futuro Derecho español de patentes», del Doctor Alberto Casado Ceruño, «Relieve del control en la licencia de marca», de doña Sol Bacharach de Varela, «Legitimación activa de asociaciones de consumidores para entablar la acción de cesación» y el de D. Jesús Gómez Montero, «Nuevas normas de admisión de publicidad en Radio-televisión Española».

La segunda sección está dedicada a los comentarios de jurisprudencia española y se contienen los del profesor Carlos Fernández Novoa, «Negativa de venta y abuso de posición dominante» y del profesor Manuel Botana Agra, «Notas sobre el concepto de invención y procedimiento».

La sección tercera aborda la jurisprudencia europea, con los comentarios del profesor Carlos Fernández Novoa, «La venta con regalo desde la perspectiva del Mercado Común» y del profesor José A. Gómez Segade, «La patentabilidad de la segunda indicación médica de un producto farmacéutico».

La sección cuarta, sobre jurisprudencia española, recoge las producidas sobre patentes, modelos de utilidad, dibujos y modelos industriales, marcas, otros signos distintivos, publicidad, así como las resoluciones del Registro de la Propiedad Industrial.

La sección quinta abarca textos y documentos como el «Anteproyecto de Ley de Patentes y Modelos de Utilidad de 1970 (ACO)» y las «Normas de admisión de publicidad en RTVE».

La sección sexta de crónica, recoge noticias sobre «La Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», «El Acuerdo entre España y las C. E. sobre patentes», «Disciplina de la competencia desleal y regulación de determinadas prácticas comerciales en España», «Repercusión penal del artículo 8, 3 de la Ley general para la defensa de los consumidores y usuarios», «Marcas de garantía: el Decreto 33/1983, de 10 de febrero, del Gobierno Autónomo de Cataluña, sobre denominaciones genéricas de calidad», «Crisis de las marcas farmacéuticas», «El tercer período de sesiones de la Conferencia diplomática de revisión del C. U. P.», «Modificación del Reglamento P C T: la incorporación del idioma español y la documentación de patentes en castellano dentro del sistema P C T», «El Reglamento de la C E E sobre las licencias de patentes», «Los acuerdos de exclusiva en el Derecho comunitario europeo de la libre competencia», «El Parlamento europeo dictamina probablemente el proyectado Derecho comunitario de marcas», «La actividad de la Oficina Europea de Patentes en el año 1983», «Significativas alterações ao Código da Propriedade Industrial (C P I) português», «El Tribunal Supremo norteamericano delimita el ámbito de aplicación de la Robinson-Patman A C T», «Las marcas de servicio en la Ley Uniforme Benelux de Marcas», «La República Popular China regula la publicidad» y la «Inovadora legislação de defesa de concorrência em Portugal».

Con la sección séptima se concluye este tomo que contiene reseñas de obras extranjeras, noticia de libros nacionales e internacionales y una selección de revistas.

José BONET CORREA



# JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL SUPREMO

## I. SENTENCIAS COMENTADAS

### **LA ACTUALIZACION DE LA RENTA URBANA SOBRE LA RENTA OBTENIDA DE LAS REVISIONES PRECEDENTES Y NO EN BASE A LA INICIAL**

(Comentario a la Sentencia del T. S. de 22 junio 1984)

**SUMARIO:** 1. El caso de autos y los fallos judiciales.—2. El pacto de las partes de una cláusula de estabilización de la renta arrendaticia.—3. La base del cálculo para la actualización sucesiva de la renta arrendaticia urbana.

#### 1. EL CASO DE AUTOS Y LOS FALLOS JUDICIALES

La Sociedad Anónima I. R. R. celebra un contrato de arrendamiento urbano con la sociedad anónima A. J., el día 2 de noviembre de 1965, que comprende un conjunto de inmuebles con destino industrial, pactándose por un plazo de veintiséis años y una renta de veintisiete mil doscientas cuarenta y cinco pesetas mensuales; además, en la cláusula contractual tercera, se añade que al paso de cada año sucesivo la renta se adecuará al índice general del coste de la vida, de forma que «a toda variación que experimente el mismo, corresponda otra variación proporcional de la renta».

Al producirse una desavenencia entre las partes, respecto a cuál de las rentas debía ser tomada como base de la actualización, si a la inicial o si a la posteriormente obtenida por anteriores aplicaciones del índice del coste de la vida, el Juez de Primera Instancia no atiende a una ni otra manera de actualización, por lo que desestima íntegramente la demanda y absuelve a la parte arrendataria.

Por ello, la sociedad arrendadora interpone recurso de apelación ante la Audiencia Territorial, que dicta Sentencia revocando la anterior del Juzgado y admite, en parte, la demanda, por lo que dispone se abonen las sumas que correspondan en base a la cláusula estabilizadora del contrato, que tiene vigor a partir de enero de mil novecientos setenta y ocho, según el índice pactado y sobre la base de la renta inicial, cantidades a determinar en período de ejecución de Sentencia.

La Sociedad arrendadora, no contenta con la decisión de esta Sentencia, interpone recurso de casación por infracción de ley ante el Tribunal Supremo, por discrepar concretamente sobre la forma de aplicación práctica de la cláusula estabilizadora y no fijar las bases para su determinación en ejecución de Sentencia.

El Tribunal Supremo, en Sentencia de 22 de junio de 1984, ante la interpretación de lo pactado por las partes en el contrato de arrendamiento sostiene que «Basta la simple lectura de la cláusula tercera para llegar a la conclusión clara e indubitada, sin necesidad de acudir a otras reglas interpretativas que, lo realmente querido por los contratantes, de lo que es expresión contundente el texto de la propia estipulación que se examina, es que la fijación del módulo estabilizador de la renta pactada, sea acomodado a las variaciones que se produzcan del índice del coste general de la vida que determine para el mes en curso el Instituto Nacional de Estadística u Organismos que lo pudiera sustituir, «bien entendido que a toda variación que experimente el mismo corresponde otra variación proporcional de la renta», expresión que a todas luces denota que lo pretendido no es otra cosa que mantener la equivalencia entre la renta pactada y las incidencias del coste de la vida, durante toda la duración del contrato, preservando tales prestaciones, que entrañan la merced arrendaticia, de futuras y previsibles alteraciones dinerarias, como acertadamente señala la recurrente; a lo que cabe añadir también, que la exégesis de la instancia pugna con toda lógica desde el momento en que, si se tomara como base la renta establecida en el contrato y se multiplicara por el índice de vida referido al mes de diciembre de mil novecientos setenta y ocho y su resultado se dividiera por el índice correspondiente al de noviembre de mil novecientos sesenta y cinco, la cantidad obtenida sería notoriamente superior a la suplicada en la demanda, y en una correcta interpretación de la tan repetida cláusula, también hubiera sido estimable tal fijación si hubiera sido oportunamente postulada; razonamientos todos que justifican la acogida del motivo».

El Tribunal Supremo, al determinar la casación de la Sentencia recurrida, en segunda Sentencia, añade que «por los propios razonamientos de la sentencia de casación precedente, al resultar de la interpretación de la cláusula contractual tercera del contrato suscrito entre las partes, la existencia de un pacto válido y eficaz, en orden a la aplicación de la cláusula de estabilización, en los términos hereméticos que en la dicha resolución quedaron determinados, es visto que procede la acogida de la demanda en los términos postulados por la parte actora, siendo asimismo dables las repercusiones de los aumentos habidos por contribuciones y arbitrios que gravan la finca arrendada, en los términos que la ley locativa urbana establece».

El Tribunal Supremo, en vista de todo, falla que revocando la sentencia dictada en diez de septiembre de mil novecientos ochenta por el Juez de Primera Instancia y estimando íntegramente la demanda, declara «la validez y eficacia de la cláusula de estabilización contenida en la condición tercera del contrato que liga a las partes y, en consecuencia, la obligación de la sociedad arrendataria a admitir cuantas aplicaciones de dicha cláusula».

sula pretenda la arrendadora y le sean notificadas en las condiciones de tiempo y oportunidad concertados y la consiguiente obligación de ajustar la renta a las variaciones resultantes de la aplicación de tal cláusula, aplicable en cada ocasión sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes siempre que el porcentaje tenido en cuenta por la arrendadora abarque precisamente el período comprendido entre la última revisión de renta y la nueva que se pretenda, condenando a la dicha demandada a estar y pasar a partir de enero de mil novecientos setenta y ocho por la renta que le señaló la comunicación recibida en diciembre de mil novecientos setenta y siete y a estar y pasar a partir de enero de este año mil novecientos setenta y nueve por la nueva renta o alquiler comunicada en diciembre de mil novecientos setenta y ocho, de importe ochenta y cuatro mil trescientas ochenta pesetas mensuales para los doce meses de mil novecientos setenta y siete, y de importe noventa y siete mil ochocientas y seis pesetas, también mensuales, a partir de enero inclusive de mil novecientos setenta y nueve en adelante, con más el añadido en ambos casos de las cinco mil pesetas mensuales que por consentirle determinadas obras fueron convenidas en mil novecientos setenta y tres y con más la repercusión de los aumentos habidos en las contribuciones y arbitrios que gravan la finca arrendada y le han sido notificados».

## 2. EL PACTO DE LAS PARTES DE UNA CLAUSULA DE ESTABILIZACION DE LA RENTA ARRENDATICA

Una vez más, con esta sentencia, el Tribunal Supremo reconoce la validez y eficacia de las cláusulas de estabilización de la renta en los contratos de arrendamientos urbanos de un modo general, incluso, sin la referencia concreta a la norma del artículo 100 de la Ley de Arrendamientos Urbanos.

En el caso de autos, al contemplar cómo «lo realmente querido por los contratantes, de lo que es expresión contundente el texto de la propia estipulación que se examina, es que la fijación del módulo estabilizador de la renta pactada, sea acomodado a las variaciones que se produzcan del índice general de la vida que determine para el mes en curso el Instituto Nacional de Estadística», su interpretación definitiva es la de concluir que efectivamente habían querido que se aplicase a la renta contractual una cláusula de estabilización.

Las cláusulas de estabilización, según las tiene expuestas la doctrina civilista española (1), son convenidas por las partes contratantes en sus nego-

---

(1) Cfr. PELAYO HORÉ: *Cláusulas de estabilización*, en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, II (1946), p. 47. ROCA SASTRE y PUIG BRUTAU: *Cláusulas de estabilización*, en *Estudios de Derecho privado*, I (1948), p. 258. FENECH: *Las cláusulas estabilizadoras en la jurisprudencia española y francesa*, en *Revista del Instituto de Derecho Comparado*, 2 (1954), p. 141. COSSO: *Cláusulas de escala móvil*, en *Revista de Derecho Privado*, XXXIX (1955), página 963. BONET CORREA: *Los arrendamientos con cláusulas de escala móvil*, en *ANUARIO DE DERECHO CIVIL*, VIII-1 (1955), pp. 89 ss. MARTÍNEZ SARRIÓN: *Las*



cios jurídicos a plazos, a largo plazo, o en los de tracto sucesivo, en que por ser el objeto de su prestación una suma de dinero, la cuantía inicial pactada va a sufrir las alzas y bajas de valor que produzcan las alteraciones monetarias. Ante las posibles pérdidas del valor adquisitivo de la moneda por la inflación o la deflación —en estas últimas décadas más por la primera que por la última— y ante la ausencia de medidas económicas correctoras por parte de las autoridades responsables del tesoro público, han de ser los propios particulares quienes se comprometan a establecer el remedio corrector que estabilice la equivalencia patrimonial en sus prestaciones; es decir, que lo pretendido por ellas es mantener —según el propio Tribunal Supremo confirma— «la equivalencia entre la renta pactada y las incidencias del coste de la vida, durante toda la duración del contrato, que entrañan la merced arrendaticia, de futuras y previsibles alteraciones dinerarias».

Las cláusulas de estabilización, al ser de un efecto plural para ambas partes contratantes, no resultan en beneficio exclusivo de una de ellas, sino de ambas. Ante la constante inflación de nuestra época puede parecer que sólo benefician al acreedor, debido a que la renta deberá alterarse en un sentido alcista de su cuantía; sin embargo, al menor movimiento corrector de detención o rebaja de la inflación, el deudor verá también corregido el valor y cuantía de la renta debida. Tal efecto bilateral, conmutativo y estabilizador para ambas partes es el fundamento jurídico de su validez y eficacia, ya que las distingue de otros pactos o cláusulas de carácter unilateral y exclusivo en beneficio de alguno de los contratantes (2).

Las cláusulas de estabilización pueden establecerse de diferentes modos. La modalidad más frecuente actualmente es la que contempla el caso de autos, la conocida o denominada «cláusula de escala móvil» o «valor índice»; por ella se trata de adecuar la renta contractual según un índice, que, en el caso de autos, es concretamente, el del coste general de la vida del Instituto Nacional de Estadística (actualmente el «índice de precios de consumo» = I. P. C.) (3).

En la práctica, este tipo de cláusulas estabilizadoras tan sólo suelen presentar ciertas dificultades de aplicación y de cálculo, bien ante medidas

*cláusulas de estabilización monetaria*, en Estudios de Derecho Privado, I (Madrid, 1962), p. 544. RAJOY: *Doctrina del Tribunal Supremo sobre el problema de la validez de las cláusulas de escala móvil y de elevación de renta en los arrendamientos urbanos*, en Anuario de Derecho Civil, XXVI-4 (1973), p. 1027. VATTIER FUENZALIDA: *Problemas de las obligaciones pecuniarias en el Derecho español*, en Revista Crítica de Derecho Inmobiliario, 536 (1980), p. 62. BONET CORREA: *Las deudas de dinero*, Madrid, 1981, pp. 423 ss., y *Arrendamientos urbanos con renta actualizada. Cláusulas de estabilización y de elevación ante el Tribunal Supremo*, 4.ª ed., Pamplona, 1982.

(2) El aumento del 10 por 100 de la renta por el arrendador viene a constituir la modificación del contrato original, por lo que se considera nulo, al tratarse de una elevación de la renta y no de una cláusula de estabilización, pues supone un aumento constante, fijo e indefinido. (Sentencia de 31 de octubre de 1984).

(3) Cfr. IÑIGO: *El nuevo sistema de números índices de precios al consumo del Instituto Nacional de Estadística*, en Boletín de Estudios Económicos de la Universidad de Deusto, XXXII-101 (agosto 1977), pp. 353 ss. INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA: *Indicadores de coyuntura*, 182 (enero 1984) ap. 1.

normativas restrictivas, como ocurrió en el último quinquenio de 1975 a 1980 (4), o ya cuando las partes no precisaron bien el modo de cómo se debe proceder a su cálculo, si sobre la base inicial de la renta pactada, o si ha de ser considerada sobre la base de la renta obtenida de las precedentes revisiones.

### 3. LA BASE DEL CALCULO PARA LA ACTUALIZACION SUCESIVA DE LA RENTA ARRENDATICIA URBANA

La base del cálculo para la actualización sucesiva de la renta viene determinada, en primer lugar, por la modalidad convenida por las partes; a sus precisiones y modo concreto en que fue especificada habrá que atenerse para obtenerla. Las dificultades comienzan cuando los contratantes nada expresaron respecto al modo de calcular las rentas que se han de estabilizar posteriormente o sus declaraciones y expresiones son ambiguas.

En cuanto a la primera actualización que han de llevar a cabo las partes, en todo caso, es sobre la base de la renta inicial establecida por las partes y el índice de valor últimamente obtenido por el Instituto Nacional de Estadística.

En el caso de autos, si bien se eligió por las partes el índice concreto de estabilización de la renta, en cambio, no se hicieron otras concreciones para las actualizaciones de períodos sucesivos. De aquí que, para proceder a la actualización de la renta en cada nueva ocasión, se plantease si el cálculo debía realizarse sobre la renta inicialmente fijada, o si debía hacerse sobre la renta ya obtenida y resultante de la precedente revisión.

La actual Sentencia del Tribunal Supremo, de 22 de junio de 1984, rechaza la interpretación de la Audiencia que había elegido el primer criterio de realizar el cálculo para cada nueva revisión sobre la renta inicial y se decide por la segunda, argumentando que ello es así porque «pugna con toda lógica, desde el momento en que, si se tomara como base la renta establecida en el contrato y se multiplicara por el índice de vida referido al mes de diciembre de 1978 y su resultado se dividiera por el índice correspondiente al de noviembre de 1965, la cantidad obtenida sería notoriamente superior a la suplicada en la demanda». Por tanto, añadirá en segunda Sentencia que el ajuste de la renta se haga según las variaciones resultantes de la aplicación de tal cláusula, «aplicable en cada ocasión sobre la renta obtenida de la aplicación de las variaciones precedentes siempre que el porcentaje tenido en cuenta por la arrendadora abarque precisamente el período comprendido entre la última revisión de la renta y la nueva que se pretenda».

---

(4) Cfr. GONZÁLEZ PORRAS, *Limitaciones legales a posibles aumentos de las rentas urbanas*, en Revista de Derecho Privado (julio-agosto 1978), pp. 583 ss. FUENTES LOJO: *El nuevo Real Decreto-Ley de 26 de diciembre de 1978 sobre limitaciones de rentas*, en Administración Rústica y Urbana, 33 (abril-junio 1979), p. 40. BONET CORREA: *La nueva normativa sobre el aumento y la liberalización de las rentas actualizadas en los contratos de arrendamientos urbanos*, en ANUARIO DE DERECHO CIVIL, XXXIV-2 (1981), p. 377.

Este mismo criterio fue el mantenido por el propio Tribunal Supremo en sus Sentencias de 30 enero 1981 y de 20 de septiembre de 1983, por lo que, si las partes no lo han pactado de otro modo específicamente, se convierte en doctrina legal el criterio interpretativo de que el cálculo, para la estabilización de la renta de las sucesivas revisiones, no se hará sobre la suma de la renta inicial, sino sobre el total de la posteriormente actualizada.

Por su parte, los autores (5) también habían advertido y confirmado cómo las variaciones porcentuales del índice de precios al consumo tiene que aplicarse sobre la última renta revisada y no sobre la que figura inicialmente en el contrato, en el caso que no se haya especificado otra modalidad concreta.

José BONET CORREA

---

(5) Así, TRUÁN DE PINEDA, R.: *Las cláusulas de estabilización de los contratos de arrendamiento de fincas urbanas*, en Boletín Informativo de la Cámara Oficial de la Propiedad Urbana de Valencia, 351 (abril 1982), p. 6. FUENTES LASTRES, J. J.: *Actualización de rentas*, en Administración Rústica y Urbana, 52 (abril-junio 1984), p. 28.

## II. SENTENCIAS

A cargo de: Ricardo de ANGEL YAGÜEZ  
María Luisa APARICIO GONZALEZ  
Diego ARENAS GOMEZ  
Antonio CABANILLAS SANCHEZ  
Gabriel GARCIA CANTERO  
Pilar MOLINA HERREZUELO  
Luis Felipe RAGEL SANCHEZ

### I. DERECHO CIVIL

#### 1. Parte general

#### 2. Derecho de la persona

#### 3. Obligaciones y contratos

1. *Venta de un camión. Defectos que lo hacen inservible para la finalidad a que se destina.*—Como muy bien ha estimado el Tribunal de instancia, siguiendo la doctrina sentada por esta Sala entre otras en sentencia de 22 de diciembre de 1971, 14 de abril de 1978, 12 de marzo y 1 de junio de 1982, el supuesto aquí contemplado ha de calificarse, no de vicios ocultos sujetos al ejercicio de la acción redhibitoria y sí de incumplimiento del contrato por inhabilidad o ineptitud del objeto adquirido para el desempeño de la función que motivó su adquisición.

*Prescripción de la acción.*—Es evidente la aplicación del artículo 1.964 en lugar del artículo 1.484 del Código civil en orden a la prescripción. (Sentencia de 20 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un camión grúa que presentaba graves defectos de fabricación, que lo hacían inservible para la finalidad a que estaba destinado. Por este motivo el comprador solicitó la resolución del contrato e indemnización de daños y perjuicios. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial confirmó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—Parece acertada la sentencia que anotamos, puesto que es admisible la compatibilidad entre las acciones edilicias y las generales de incumplimiento, especialmente cuando el vendedor se ha encargado previamente de la fabricación de la cosa vendida y ésta es defectuosa, pues en este caso puede evidenciarse una cierta impericia en la fabricación que sirva de fundamento a la aplicación de los artículos 1.101 y siguientes del Código civil. Véase el amplio análisis de MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 654 ss.

A. C. S.

2. *Compraventa de pisos. Incumplimiento de contrato. Instalación de contadores de agua y medidor de fuel oil.*—El hecho de haber concedido a los actores, compradores de varios pisos, que se les abonen los gastos de instalación del aparato medidor de fuel oil, no supone dejar a su arbitrio la implantación y pago de una mejora, sino que es consecuencia de la adecuada y objetiva valoración que de las pruebas practicadas realizó el Tribunal *a quo*, habiendo contribuido a tal consecuencia de forma directa e inmediata la entidad constructora al ubicar el depósito de combustible en forma tal que lo hace de utilización prácticamente imposible.

*Prueba.*—El proyecto de calefacción del edificio, sellado por el Colegio Oficial de Peritos e Ingenieros Industriales, no tiene carácter de auténtico a efectos de la casación, y, por otra parte, siendo indiscutible la necesidad de algún instrumento de medición, la prueba practicada netamente puntualiza que, aunque en términos generales pueda utilizarse el sistema manual instalado para controlar la existencia de combustible en el depósito, las dificultades que presenta su manejo hacen necesario el medidor a cuya instalación se condena.

*Actos propios. Requisitos.*—Según doctrina de esta Sala, con la que coincide un considerable sector de la científica, para la virtualidad del principio de derecho *neminem licet adversus sua pacta venire*, se requieren: a) Que el propio acto que se pretende combatir haya sido adoptado y realizado con plena libertad de criterio y voluntad no coartada (S. de 30 septiembre 1960). b) Necesidad de un nexo causal eficiente entre el acto propio y su incompatibilidad con lo que se solicita; y c) Que se trate de actos concluyentes e indubitados que definan de modo inalterable la situación del que los realiza; en el presente caso no puede admitirse que de la instalación de un contador único para todos los pisos del inmueble haya de extraerse la consecuencia de que los copropietarios renunciaron a su derecho a la instalación centralizada de los contadores, como lo prueba el acuerdo tomado en Junta posterior, en la que después de aprobarse la contratación del contador colectivo, se hace constar que ello es debido a la conducta de los promotores que incumpliendo las Ordenanzas Municipales no realizaron en el cuarto de contadores existente en el inmueble, la instalación centralizada de los individualizados, facultándose además al presidente para ejercitar las acciones que procedieran a fin de reclamar los daños y perjuicios derivados de dicha conducta incumplidora. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

3. *Compraventa de una finca. Intervención de un corredor. Prueba pericial.*—La petición de la prueba pericial no vincula al Juez, quien puede prescindir de esta prueba si no la estima necesaria o conveniente, como se deduce de los artículos 610 y 613 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. El Juez con sus conocimientos personales puede suplir la falta de proposición o práctica del mismo dictamen pericial.

La pericia no es un medio de prueba como los demás sino un medio auxiliar del Juez cuando éste no posee determinados conocimientos técnicos para proporcionárselos debidamente, aunque el dictamen pericial opere en nuestra práctica

como medio de prueba cuando el perito observa directamente los hechos, lo que no obsta en modo alguno para que el Juez si posee el conocimiento especializado propio decida con arreglo a su propia especialidad. La misión del perito es únicamente la de auxiliar al Juez, ilustrándole sin fuerza vinculante sobre las circunstancias, sin que en ningún supuesto se le puedan negar al Juzgador las facultades de valoración del informe que reciba (SS. 31 de marzo de 1967).

*Fijación de la indemnización de daños y perjuicios y casación.*—La fijación de una indemnización por daños y perjuicios verificada por el Tribunal de Instancia ha de impugnarse en casación por error en la apreciación de la prueba fundado en el número 7 y no en el 1, como aquí sucede, del artículo 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. 15 de octubre de 1911; 9 de diciembre de 1949).

*Realidad del daño.*—El principio de que el incumplimiento de un contrato no implica la existencia de perjuicios, al objeto de relevar de la prueba de los mismos, no es de aplicación tan absoluta que en los casos en que de los hechos demostrados y reconocidos se deduzcan fatal y necesariamente la existencia del daño, sea preciso acreditar también la realidad de éste (SS. 2 de abril de 1960; 28 de abril de 1969).

*Lucro cesante e inflación monetaria.*—Para determinar el lucro cesante hay que atenerse a la probabilidad objetiva de realizar la ganancia teniendo en cuenta la resultante del decurso normal de las cosas y de las circunstancias especiales del caso concreto, singularmente de la elevada inflación monetaria, conforme es hecho notorio.

*Determinación de daños y perjuicios.*—Conforme al articulado de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el Tribunal viene obligado en primer lugar a fijar su importe en cantidad líquida, facultad judicial cuyo ejercicio sólo puede ser impugnada en casación cuando el Juzgador de Instancia resuelva en forma caprichosa, desorbitada o evidentemente injusta. (Sentencia 30 de marzo de 1984; no ha lugar).

(D. A. G.)

4. *Venta de un piso defectuosamente construido. Resolución del contrato.*—El vendedor que no cumplió, al que le fue opuesta la excepción «non adimpleti contractus», no ha de tener éxito en su reclamación ya que el párrafo 1 del artículo 1.124 citado sólo permite pedir dicha resolución cuando «uno» de los obligados (es decir, el demandado) no cumpliera lo que le incumbe, pero no cuando, como en el caso debatido, son los dos los que incumplieron, siendo el primero el demandante vendedor, que no reunió, por tanto, uno de los requisitos esenciales que la doctrina de esta Sala ha exigido reiteradamente para ser estimada la acción resolutoria. (Sentencia de 22 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de compraventa de un piso que presentaba graves defectos de construcción. El comprador sólo pagó una parte del precio debido. Por tal motivo el vendedor demandó la resolución de la compraventa

e indemnización de daños y perjuicios. El comprador se opuso a la demanda y en reconvencción solicitó que el vendedor procediese a la subsanación de todos los vicios y defectos existentes en el piso. El Juez de Primera Instancia acogió la demanda. La Audiencia Territorial revocó este fallo y admitió la reconvencción. No prospera el recurso de casación interpuesto por el vendedor.

NOTA.—Se sigue en esta sentencia la constante doctrina del Tribunal Supremo sobre la legitimación para ejercitar la acción resolutoria, que mantiene igualmente de forma unánime la doctrina (véase una amplia referencia jurisprudencial en nuestra anotación a la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de abril de 1982, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, p. 950; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, vol. 2.º, Madrid, 1983, p. 333).

(A. C. S.)

5. *Compraventa de inmueble. Artículo 1.504 del Código civil.*—El artículo 1.504 no prohíbe que antes que la resolución se intente el cumplimiento, y que cuando éste fracasó, como ocurrió en el caso debatido, sólo quede la resolución como viable. Hay que entender que el pacto resolutorio envuelve el establecimiento de una condición resolutoria potestativa por parte del vendedor impagado, porque el efecto resolutorio solamente se produce si el vendedor decide optar por la resolución y no por el cumplimiento del contrato, ya que en todo caso, como declaró la S. de 5 de noviembre de 1979, el pacto comisorio expreso es un derecho potestativo que actúa el vendedor para resolver el contrato como garantía convenida del aplazamiento del precio.

*Conducta del comprador.*—Ha de calificarse como de reiterada y decididamente rebelde al cumplimiento de su obligación de pago, por sí sola suficiente para acordar la resolución del contrato.

*Inaplicación del artículo 1.124 del Código civil.*—No puede invocarse con éxito cuando se discute la resolución de un contrato de compraventa de inmuebles por incumplimiento de la obligación de pago, materia que por tener su regulación específica en el artículo 1.504, hace inaplicable aquel precepto. (Sentencia de 19 de julio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En virtud de documento privado se vendió un piso y un local de oficina, abonando el comprador una determinada suma de dinero al celebrarse el contrato, pactándose el pago del resto del precio por medio de letras de cambio. El comprador no pagó ninguno de los plazos pactados, por lo que el vendedor demandó la resolución del contrato de compraventa. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron íntegramente la demanda. No prospera el recurso de casación interpuesto por el comprador.

NOTA.—Aunque nuestro Tribunal Supremo afirma constantemente la inaplicación del artículo 1.124 del Código civil cuando es aplicable el artículo 1.504 de este texto legal, dado el carácter especial que tiene este precepto, como precisa la sentencia que anotamos, nuestro Tribunal Supremo exige, al igual que en el supuesto de aplicación del artículo 1.124 la concurrencia de una voluntad reiteradamente rebelde al cumplimiento de sus obligaciones por parte del vendedor, como afirman las SS. de 1 de diciembre de 1983 (la anotamos en este ANUARIO, 1984, fasc. 3.º, pp. 892-893) y 7 de marzo de 1983 (también reseñada en este ANUARIO, 1984, fasc. 2.º, pp. 595-596).

(A. C. S.)

6. *Retracto de colindantes. Carácter rústico de la finca.*—La sentencia recurrida se limita a tener en cuenta, sin citarlo, el criterio jurisprudencial que califica de finca rústica, atendiendo a su aprovechamiento primordial, a la que no está emplazada dentro de la zona o plan de ensanche de alguna población (SS. de 4 de abril 1968 y 14 noviembre 1961 entre otras), aun cuando dentro de su perímetro exista alguna edificación (S. 10 junio 1954); habiendo de atenerse el intérprete a la situación de la finca al momento de verificarse la transmisión, sin que puedan influir modificaciones posteriores, no siendo aplicable la legislación de arrendamiento rústicos dictada para supuestos distintos (SS. de 8 junio 1956, 29 noviembre 1958, 15 abril 1971 y otras).

*Conocimiento de la transmisión por el retrayente.*—Ha de ser un conocimiento completo, cumplido y cabal, abarcando una noticia exacta de todos los extremos de la transmisión, no bastando ciertas referencias de la misma o datos incompletos de sus condiciones (SS. de 6 marzo 1973, 15 febrero 1974, 20 febrero 1975 y 30 octubre 1978), y en el presente caso el acto de conciliación se intentó precisamente para llegar a ese cabal conocimiento dado que el retrayente sólo tenía una noticia hipotética e insegura de algunos extremos, negándose el comprador a dar dichos datos completos; por lo demás el conocimiento de la transmisión es cuestión de hecho, debiendo estarse al criterio del Tribunal de Instancia que aquí no ha sido impugnado.

*Documento auténtico. No lo es la papeleta de conciliación.*—Es criterio jurisprudencial negar el carácter de auténticos a los documentos judiciales, e incluso a las certificaciones del acto de conciliación (SS. de 15 marzo 1974 y 4 y 30 diciembre 1972), por lo que tampoco lo posee la papeleta de conciliación. (Sentencia de 9 de febrero de 1984; no ha lugar.)

7. *Responsabilidad solidaria del arquitecto y del constructor.*—Siempre que no sea claramente distinguible la atribución de la responsabilidad respectiva por vicios que, a veces, se involucran etiológicamente, acaso interaccionan entre ellos, y concurren siempre en indiscriminada conjunción a la originación, inescindible por todo ello, del efecto único de la ruina, ha de declararse la solidaria.

*Aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Concepto de ruina.*—Los defectos de la fachada llegaron a perturbar gravemente la convivencia en los pisos afectados «id est», los hicieron inhabitables; pero es que las deficiencias no se reducen a la construcción de los muros de fachada sino que alcanzan también a las instalaciones de saneamiento a las que para nada se refiere el recurso, y tales vicios merecen el concepto de ruina a la luz de la jurisprudencia de esta Sala, inscribiéndose en el supuesto del artículo 1.591 la ruina parcial del edificio y cuantos graves defectos constructivos hagan temer su pérdida o la hagan inútil para la finalidad que le es propia.

*Norma técnica de aplicación.*—No se cumple ni en cuanto a pendientes ni en cuanto a sección de los tubos la Norma Técnica de aplicación, siendo que, aun no resultando obligatorias, con todo y serlo únicamente las Normas Básicas de



la Edificación, autoriza su olvido la conclusión de constituir las omitidas soluciones el mínimo exigible cuando las soluciones distintas adoptadas no sólo no aparecen con la idoneidad justificada sino convictas de acarrear la inutilidad de la edificación. (Sentencia de 17 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Con posterioridad a la adquisición de las viviendas del edificio construido, aparecieron graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de Propietarios demandó al constructor, al arquitecto y al aparejador. El Juez de Primera Instancia los condenó solidariamente a indemnizar de daños y perjuicios a la Comunidad actora. La Audiencia Territorial absolvió al aparejador y confirmó en todo lo demás la sentencia del Juez de Primera Instancia. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con la constante doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad solidaria de técnicos y constructores y el significado de la ruina, en cuanto que es presupuesto de aplicación del artículo 1.591 del Código civil. Véanse las anotaciones a las SS. de 6 de octubre de 1982, 22 de noviembre de 1982 y 11 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 649-655) y las de 5 de marzo y 16 de marzo de 1984 que anotamos en este fascículo del ANUARIO.

(A. C. S.)

8. *Responsabilidad del promotor.*—La responsabilidad a que se refiere el artículo 1.591 del Código civil recae sobre el promotor del edificio en totalidad, a lo que no es obstáculo su cualidad de propietario, que no le puede exculpar o liberar de la responsabilidad que establece el citado artículo para el constructor o ejecutor de la obra.

*Sociedades del mismo grupo económico.*—El artículo 1.591 fue rectamente interpretado por la sentencia recurrida, habida cuenta, además, de que en el momento de llevarse a efecto la construcción las sociedades anónimas implicadas lo eran del mismo grupo económico, lo que inequívocamente venía a determinar que no se pudiera establecer una diáfana separación entre los varios elementos personales intervinientes. (Sentencia de 1 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se construyó un edificio que el promotor vendió por pisos a los diversos propietarios que integran la Comunidad actora. Debido a que el edificio presentaba graves defectos de construcción, la Comunidad de propietarios demandó al promotor, al contratista y a los arquitectos. El Juez de Primera Instancia condenó al contratista y al promotor a indemnizar a la Comunidad de propietarios los daños sufridos. La Audiencia Territorial consideró solamente responsable al promotor. No prospera el recurso de casación interpuesto.

NOTA.—Esta sentencia es conforme con la constante doctrina del Tribunal Supremo sobre la responsabilidad del promotor, que hemos comentado en el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos* (en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 878 ss.) y también en la anotación a la S. de 23 de febrero de 1983 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 1029 y ss.). Véase también MORALES, *El dolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa* (en este ANUARIO 1982, fasc. 3.º, pp. 657 ss.), y CADARSO, *La responsabilidad decenal de arquitectos y constructores*, Madrid, 1976, pp. 239 ss.

(A. C. S.)

9. *Responsabilidad del promotor-vendedor. Aplicación del artículo 1.591 del Código civil.*—Habida cuenta de que las normas habrán de interpretarse, según dispone el artículo 3 del Código civil, atendiendo a la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, así como a su espíritu y finalidad, amén de la procedencia de la aplicación analógica cuando el precepto no contempla un supuesto específico, aunque regule otro semejante entre los que aprecie identidad de razón —artículo 4, número 1 del propio cuerpo legal— hace que, como también hubo de sentar la sentencia de esta Sala el 1 de marzo de 1984, la asunción de la figura de «promotor», llevando a efecto la construcción de un edificio sobre solar de su propiedad y enajenándolo en régimen de propiedad horizontal, no determina aunque fuera otra sociedad o sociedades las que materialmente y por encargo de la promotora ejecutaran el oportuno proyecto, la exoneración de esta última de la responsabilidad que el artículo 1.591 del Código civil atribuye al contratista, puesto que en esta expresión hay que entender que se comprende al «promotor-constructor», y que ostenta tal cualidad el que por su cuenta y en su beneficio encarga la realización de la obra a un tercero.

*Solidaridad.*—Cuando no pueda determinarse la responsabilidad que individualmente corresponda, en razón de la aplicación del artículo 1.591 del Código civil, a los causantes de la misma, se impone que dicha responsabilidad tenga carácter solidario, cuestión bien distinta a la que podría determinar la aplicación de la doctrina del litisconsorcio pasivo necesario a que inexplicablemente se hace referencia en el desarrollo del motivo. (Sentencia de 13 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Antes de estar terminado el edificio, el promotor vendió los diversos pisos y locales del mismo, que presentaban graves defectos de construcción. Por este motivo la Comunidad de propietarios demandó al promotor y a los arquitectos que intervinieron en la obra. El Juez de Primera Instancia no entró a conocer del fondo del asunto, ya que estimó la excepción de falta de litisconsorcio pasivo necesario. La Audiencia Territorial revocó este fallo, condenando solidariamente a los demandados. No prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se sigue la constante doctrina mantenida por nuestro Tribunal Supremo a partir de la sentencia de 17 de octubre de 1974 para configurar la responsabilidad del promotor-vendedor, que he examinado en el trabajo *La responsabilidad del promotor que vende pisos y locales defectuosamente construidos*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 878 ss.; también MORALES, *El áolo como criterio de imputación de responsabilidad al vendedor por los defectos de la cosa*, en este ANUARIO, 1982, fasc. 3.º, pp. 591 ss. En esta línea se pronuncia también la reciente sentencia del Tribunal Supremo de 23 de febrero de 1983, que anoté en este ANUARIO (1983, fasc. 3.º, pp. 1029-1030).

El carácter solidario de la responsabilidad por defectos de construcción que provocan la ruina del edificio, es igualmente admitido de forma constante por la jurisprudencia. Véanse en este sentido las anotaciones hechas en este ANUARIO a las recientes sentencias de 5 de octubre de 1983 (1984, fasc. 3.º, pp. 898-899), 6 de octubre y 22 de noviembre de 1982 (1983, fasc. 2.º, pp. 649-655), así como la sentencia de 16 de junio de 1984, que se anota en este fascículo del ANUARIO. Esta doctrina se apoya en el dato cierto de que no pueda determinarse la responsabilidad que individualmente corresponda a los causahabientes de la ruina del edificio, porque si ello es posible, no existe solidaridad, tal como claramente afirma

La sentencia de 8 de junio de 1984, que se anota en este fascículo del ANUARIO. En este sentido, también, la sentencia de 30 de abril de 1982, anotada en este ANUARIO (1982, fasc. 3.º, pp. 957-959).

(A. C. S.)

10. *Ruina del edificio colindante por excavación. Responsabilidad profesional del arquitecto director de la obra.*—Como tiene declarado esta Sala en sentencia de 29 de marzo de 1966, la normal previsión exigible al técnico arquitecto director de la obra no cabe confundirla con la simple diligencia de un hombre cuidadoso, sino que es aquélla obligada por la especialidad de sus conocimientos y la garantía técnica y profesional que implica su intervención en la obra, siendo esta especial diligencia la que debe serle exigida, incluyendo en sus deberes el conocimiento del estudio de las peculiares condiciones del terreno.

*Responsabilidad del contratista.*—En el supuesto examinado el contratista actúa con conocimiento de que el arquitecto director, cual era su obligación, no intervenía efectivamente en la obra, asumiendo el contratista una función que no le corresponde, generándose un comportamiento culposo, que en cuanto a los daños a terceros le hace responsable, y más en cuanto que ninguna culpabilidad mayor hay que la de asumir actividades para las que no se tiene el título adecuado y que el que lo tiene le confía, pero que en modo alguno debe aceptar.

*Asunción por el contratista de actividades para las que no tiene un título adecuado.*—Implica una conducta totalmente negligente, por lo que ninguna violación ha producido la Sala sentenciadora de instancia al aplicar el artículo 1.104 del Código civil.

*Inexistencia de responsabilidad del promotor en base al artículo 1.903 del Código civil.*—El dueño o promotor de la obra no es ninguna de las personas a que se refiere el artículo 1.903 del Código civil a efectos responsabilizadores por causa de culpa extracontractual, desde el momento en que hizo el encargo a personas que por su profesión técnica eran las objetivamente adecuadas al respecto y ha empleado toda la diligencia exigible a un buen padre de familia para prevenir un posible daño. (Sentencia de 7 de octubre de 1983; ha lugar.)

HECHOS.—A consecuencia de las obras de excavación y vaciado de un terreno se produjo la ruina de un edificio colindante. El Juez de Primera Instancia condenó solidariamente al promotor, al arquitecto y al contratista a indemnizar de daños y perjuicios a los propietarios del edificio en situación de ruina. La Audiencia Territorial confirmó este fallo salvo en lo que afecta a la cuantía de la cantidad que solidariamente habían de satisfacer los demandados. Prospera el recurso de casación interpuesto por el promotor.

NOTA.—Esta sentencia es importante desde diversos puntos de vista. En primer lugar, es concorde con las numerosas sentencias del Tribunal Supremo que configuran la responsabilidad del arquitecto director de la obra como profesional, tal como hemos señalado en las anotaciones a las sentencias de 11 y 22 de noviembre de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 651-655) y la de 19 de abril de 1982 (en este ANUARIO, 1983, fasc. 1.º, p. 330). En segundo lugar, es evidente la responsabilidad del contratista, toda vez que ha tenido lugar un com-

portamiento gravemente negligente del mismo. Sólo puede ponerse en cuestión la responsabilidad del contratista cuando actúa siguiendo las órdenes del arquitecto director, lo cual no acontecía en la sentencia que anotamos. En tercer lugar, la exoneración de responsabilidad del promotor parece lógica de conformidad con el último párrafo del artículo 1.903 del Código civil, no pareciendo incluso que existiera una relación de dependencia que pudiese justificar la aplicación de este precepto. Véanse las importantes observaciones de RUBIO y DE CASTRO en torno al artículo 1.903 (*La responsabilidad del empresario*, Madrid, 1971) y más recientemente DE MIQUEL (*Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, en este ANUARIO, 1983, fasc. 3.º, pp. 1501-1514).

(A. C. S.)

11. *Aumento de obra. Consentimiento tácito del comitente.*—La sentencia impugnada al no basarse en el contrato inicial referido a las obras en cuestión, sino en el aspecto de las posteriores complementarias de ellas referentes a lo que es objeto de controversia, en manera alguna puede entenderse que la Sala de instancia ha incumplido dicho contrato, ni que ha dejado tal contrato al arbitrio del demandante, a que se refieren los artículos 1.091 y 1.256 del Código civil y sentencias con ellos relacionados.

*Nueva valoración probatoria.*—No puede ser planteada en este especial y extraordinario recurso.

*Declaraciones testificales.*—Este medio probatorio está sometido en su apreciación al arbitrio judicial, tratándose de una manifestación de prueba de carácter admonitivo.

*Error de hecho y de derecho.*—Es incorrecta su alegación en un solo motivo. (Sentencia de 9 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato para la construcción de diversas viviendas. Durante la ejecución de las obras fueron sustituidos los cercos de madera y tapajuntas que figuraban en los proyectos. Por este motivo el contratista reclamó al comitente la diferencia del precio motivada por dicha alteración, a lo que se opuso el comitente. No prospera la demanda de reclamación de cantidad interpuesta por el contratista ante el Juez de Primera Instancia. Prospera, en cambio, el recurso de apelación interpuesto por el mismo ante la Audiencia Territorial, ya que se había producido el consentimiento tácito del comitente respecto de la variación introducida. El Tribunal Supremo desestima el recurso de casación.

NOTA.—Esta sentencia es concorde con otras precedentes que admiten el aumento del precio pactado cuando se produce la ampliación de la obra si ha mediado consentimiento expreso o tácito del comitente. En el caso de la sentencia de 28 de enero de 1983 la autorización del comitente al aumento de obra se deduce del hecho de permitir y autorizar la continuación de la obra con su frecuente presencia en ella y solicitar del arquitecto la certificación final de obra sin reparo alguno, actos que son considerados como concluyentes. Véase nuestra anotación a esta sentencia en este ANUARIO (1983, fasc. 3.º, pp. 1025-1026), donde mencionamos a otras sentencias que siguen esta orientación, también anotadas en este ANUARIO.

(A. C. S.)

12. *Arrendamiento de duración indefinida. Nulidad.*—Como tiene reiteradamente declarado esta Sala el contrato de arrendamiento es incompatible con la intemporalidad, en cuanto desnaturaliza la esencia del vínculo jurídico, lo cual claramente conduce a la ineficacia de la cláusula octava del contrato de arrendamiento de que se trata.

*Violación del artículo 1.256 del Código civil.*—Al no venir condicionada en su aspecto temporal la prórroga contractual, se somete a la exclusiva voluntad del arrendatario la duración del vínculo arrendatício cuestionado, conculcando la prohibición sancionada por el artículo 1.256 del Código civil de que el cumplimiento de los contratos quede al arbitrio de uno de los contratantes. (Sentencia de 15 de octubre de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se celebró un contrato de arrendamiento de una finca, donde figuraba una cláusula que establecía, como término de vigencia, que el contrato se prorrogaba a instancia del arrendatario con un determinado aumento de la renta. Acogiendo la demanda, el Juez de Primera Instancia declaró nulo el contrato. La Audiencia Territorial estimó la apelación. Prospera el recurso de casación.

13. *Arrendamiento de un terreno. Inaplicabilidad de la Ley de Arrendamientos Urbanos. Requisito de habitabilidad. Calificación jurídica. Obras posteriores. Prórroga del contrato. Prueba testifical.*—La habitabilidad es requisito indispensable para la configuración jurídica del local de negocio en la forma exigida por el número uno del artículo 1 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, a cuyo tenor debe tratarse de una «edificación habitable cuyo destino primordial no sea la vivienda» (SS. de 24 de marzo de 1982 y 12 de abril de 1983).

Siendo el momento del contrato el decisivo para determinar la calificación jurídica, son inoperantes a efectos de aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos, las obras posteriores realizadas (SS. de 4 de enero de 1971 y 23 de diciembre de 1972).

No puede aplicarse el artículo 57 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, el cual hace referencia a la prórroga legal del contrato de arrendamiento, habida cuenta de la naturaleza del objeto contractual y la consiguiente normativa aplicable.

Conforme al artículo 1.659 de la Ley adjetiva al que se remite el artículo 1.248 del Código civil, la apreciación de la fuerza probatoria de los testigos se hará conforme a las reglas de la sana crítica cuyo concepto no se contiene en una norma legal que pueda decirse infringida, dejándose a la apreciación discrecional del Tribunal sentenciador que, justo por ello, no es impugnabile en casación. (Sentencia de 22 de diciembre de 1983; no ha lugar.)

El recurso de casación se interpone contra la sentencia de la Audiencia Territorial que deniega la aplicación de la Ley de Arrendamientos Urbanos al arrendamiento de un terreno que no reúne los requisitos de la habitabilidad al tiempo de celebrarse el contrato.

14. *Despojo en la posesión como arrendatario. Naturaleza de la obligación de indemnizar.*—La precedente indemnización por despojo del que ocupaba un local como arrendatario, efectuado por el arrendador —que venía percibiendo la renta sin protesta— fuera de las vías jurídicas, en virtud de maniobras punibles —por las que resultó procesado en causa sobreseída por razón de amnistía— se trata más bien, como en el caso de la sentencia de 5-7-1983, de una obligación derivada de delito, aunque la demanda en que se ejercita la acción se funda formalmente en el incumplimiento contractual.

*Idem. Legitimación para ejercitar la acción indemnizatoria.*—En consecuencia, debe reconocerse derecho a reparación a quien efectivamente ocupaba el local de negocio, haciendo abstracción de la regularidad y eficacia de la sustitución en la relación arrendaticia (obvia en el caso, por lo demás). La legitimación corresponde al mero ocupante antijurídicamente despojado. La regularidad de la subrogación arrendaticia y efectiva cualidad de arrendatario únicamente dice relación al aspecto de la cuantía de la indemnización, pues debe recibirla mayor el verdadero arrendatario de quien posea sin título. (Sentencia de 5 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La demandante despojada era viuda del inicial arrendatario, quien de facto había sucedido en el arrendamiento, a la vista y con expreso conocimiento del arrendador, que siguió percibiendo la renta mediante recibos a nombre del fallecido. El arrendador, demandado y recurrente, aprovechando el despido, con consiguiente providencia de lanzamiento, de una empleada de la arrendataria que habitaba una dependencia del local, pactó con ella (que se atribuyó la cualidad de subarrendataria), la entrega del local que a seguido transmitió a un tercero, a quien previamente se lo había vendido. Por estos hechos se abrió causa criminal en la que los procesamientos decretados quedaron sobreseídos por razón de amnistía.

Ante la posterior demanda en vía civil, el arrendador cuestionó la condición de arrendataria de la demandante, y ahora recurrida, arguyendo la existencia y términos del testamento de su marido, inicial arrendatario, del que concluía que la sustitución en el arrendamiento se había operado conjuntamente a favor de la viuda y de los hijos del matrimonio, todos los cuales eran, en su caso, los legitimados *ad causam* en el presente pleito.

(J. C.)

15. *Arrendamiento de local de negocio. Arrendataria de buena fe.*—Los motivos del recurso han de parecer forzosamente, por cuanto que el aquí recurrente olvida que la repulsa de la demanda se asienta en la intervención en el contrato locativo y en sus consecuencias de una tercera persona, como arrendataria, totalmente extraña a las relaciones comunitarias que pudieran existir entre los hermanos, a la que reiteradamente se califica de «arrendataria de buena fe», a la que no se puede acusar de fraude, pues para ello hace falta demostrarlo, lo que en autos en manera alguna se obtuvo, declaraciones hechas en la instancia que se mantienen intangibles en este trámite de casación, y que impiden la acogida de los motivos sustentadores del recurso, en los que sólo se contempla la ac-

tución de los arrendadores, pero haciendo total abstracción de que en el contrato interviene otra parte, la arrendataria, a quien a la vista de su condición declarada en la instancia, y no combatida adecuadamente en el recurso, de su participación en el fraude, ante la ausencia de prueba que lo corrobore, de contratante de buena fe, razones de seguridad jurídica impiden dar el mismo trato que a los codemandados arrendadores, todo ello sin perjuicio de las acciones que al demandante pudieran asistir de entender ha sido perjudicado por aquéllos, pero sin que las consecuencias de tales excesos puedan hacerse extensivos a quin amparado en una situación de buena fe fue parte en el contrato cuya ineficacia se pretende. (Sentencia de 18 de junio de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Acogiendo la demanda el Juez de Primera Instancia declaró nulo el contrato de arrendamiento de local de negocio, porque no había mediado el acuerdo mayoritario exigido por el artículo 398 del Código civil, y haberse incumplido los requisitos exigidos por la Ley de Arrendamientos Urbanos para la existencia y eficacia del contrato de traspaso, impidiendo así al demandante coheredero la posibilidad de ejercitar los derechos de tanteo y retracto. La Audiencia Territorial revocó este fallo. No prospera el recurso de casación interpuesto.

16. *Arrendamiento rústico. Desabucio por expiración de plazo. Si el contrato no señala la duración debe entenderse la legal.*—Aunque el artículo 1.128 C. c. en relación con el 1.256 del mismo cuerpo legal, está dictado para supuesto de otra clase de obligaciones, permite llegar a la conclusión de lo acertado de la sentencia recurrida, que, a falta de pacto sobre duración de arriendo, hubo de señalar el mínimo legal, pues de otra forma la duración discutida quedaría al arbitrio del deudor, lo que prohíben los citados preceptos legales.

*Inejercicio del derecho de prórroga según legislación derogada.*—No discutiéndose la aplicación a esta litis del R.A.R. de 1959, hay que partir de que el contrato tuvo una duración de seis años, sin que el arrendatario recurrente cumpliera los requisitos del artículo 10, apartado 4 y 5 del R.A.R. para ejercitar con éxito el derecho de prórroga; lo que está de acuerdo con la doctrina de esta Sala (S., entre otras, de 15 junio 1974), según la cual, de no señalar el contrato un plazo superior al de seis años, será el período mínimo de seis años el contractual por prescripción legal, y el ejercicio del derecho de prórroga habrá de notificársele al arrendador con un año de antelación en las fincas de aprovechamiento agrícola bien personalmente o a su administrador o apoderado si tuviera domicilio o residencia en el partido judicial en que la finca radique, o a la persona previamente designada a tal efecto en el contrato, y en defecto de todos el arrendatario hará constar su voluntad de prorrogar el contrato por acta notarial; normativa que el recurrente omitió totalmente, por lo que es evidente que el contrato se extinguió por terminación del plazo de su vigencia. (Sentencia de 20 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—La doctrina jurisprudencial extractada ya no resulta aplicable al derecho vigente, pues el artículo 25.2 de la Ley de 1980 declara ejercitado el derecho a la prórroga si el arrendatario no renuncia a seguir en el arrendamiento, lo que supone un reforzamiento de la posición jurídica de este último, siendo evidente la *voluntas legislatoris* de que el contrato dure en la práctica el tiempo pactado y el total de las prórrogas legales.

(G. G. C.)

17. *Arrendamiento de grúa portuaria. Calificación del contrato.*—No hubo, como se pretende, dos arrendamientos de servicios, uno con la Organización de Trabajos Portuarios encargada de facilitar a la sociedad estibadores dirigidos por un capataz o amantero, y otro con el Puerto Autónomo de Bilbao que proporcionara un servicio de grúa con su gruista, sino, por el contrario, se establecieron contratos de trabajo con los estibadores y el amantero, y un arrendamiento de la grúa con una cláusula pactada de responsabilidad.

*Responsabilidad contractual del arrendatario por sobrepeso.*—La grúa fue cedida con expresa aceptación de la cláusula a tenor de la cual los usuarios serán responsables de los desperfectos o averías que ocurran en las grúas por haberlas cargado con mayores pesos que los correspondientes a la fuerza de las mismas, que fue lo ocurrido en este caso en que la única causa del siniestro fue un sobrepeso superior a cinco mil kilogramos.

*Aplicación de las reglas generales de las obligaciones y contratos.*—Al margen de la calificación que quiera darse al contrato, basta la normativa general de los artículos 1.255 y 1.258 C. c. para fundar la responsabilidad del arrendatario por los daños causados durante el tiempo en que era usada bajo las órdenes determinantes de personal ajeno a la entidad propietaria de la máquina, la cual estaba contratada trabajando al servicio y en interés de la sociedad usuaria, correspondiendo el control del peso, no al gruista, sino al amantero de los estibadores que preparaban las izadas dirigidas por su propio capataz, y siempre sin intervención de la propiedad del aparato cedido para pesos inferiores a seis toneladas, ya que si la carga a manejar se compone de unidades indivisibles superiores al peso máximo, la entidad «Puerto Autónomo de Bilbao» deniega la cesión. (Sentencia de 20 de marzo de 1984; no ha lugar.)

18. *Contrato vitalicio. Pacto comisorio.*—El contrato existente entre las partes y formalizado en escritura pública en virtud del cual se transmiten determinados bienes a cambio de la prestación de alimentos bajo ciertas condiciones, es un contrato aleatorio y atípico, regido básicamente por las estipulaciones de las partes, no pudiendo entrar en juego la condición resolutoria expresa cuando la sentencia, a la vista de la prueba apreciada en su conjunto, declara que no existe incumplimiento de la obligación alimenticia contraída por el cesionario.

*Interpretación de cláusula. Abono de gastos médicos y farmacéuticos «que fuera preciso hacer».*—El demandado se comprometió, como contraprestación de la transmisión de bienes hecha a su favor por el demandante, a entregar la suma de doce mil pesetas anuales y a sufragar además «todos los gastos relativos a medicinas, médicos, hospitales y cualquier otros gastos de esta índole que fuera preciso hacer», cláusula que no puede comprender aquellos gastos que, teniendo su causa en enfermedad, resulten desorbitados en relación con la situación económica de las partes contratantes, o hubiesen podido ser atendidos de otro modo más racional y menos gravoso para el obligado a soportarlos, al par que de manera igualmente efectiva y satisfactoria para el beneficiario de ellos; debiendo excluirse los gastos totales devengados por el internamiento del actor en una



clínica privada para ser sometido a tratamiento psiquiátrico que, además de no ser preciso ni imprescindible, pudo ser prestado gratuitamente por la Seguridad Social, en cuyo régimen figura como pensionista el actor.

*Ejercicio «civiliter» del derecho de alimentos convencionales.*—La correcta aplicación de los artículos 142 ss. del C. c., singularmente del artículo 146, a los que expresamente se sometieron los contratantes, veda la utilización desorbitada de los derechos contractualmente concedidos, lo que no supone la ineffectividad del contrato, sino la consagración de que los alimentos convencionales se ejerciten *civiliter*, y de conformidad con los límites contractual y legalmente preestablecidos. (Sentencia de 18 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Muy interesante doctrina sobre el alcance de los alimentos que se deben, no en virtud de precepto legal, sino por contrato, cuyo régimen, no obstante quedar sujeto a la autonomía de las partes, es tributario en gran medida del legal. En el presente caso el *quantum* discutido era una factura de 318.869 pesetas, como consecuencia de una estancia de casi cuatro meses en una clínica psiquiátrica. Quizá pueda plantearse la duda de si la aleatoriedad ínsita en el contrato vitalicio no debe autorizar márgenes más amplios que los contemplados en la sentencia. Por otra parte se produce la interferencia con la Seguridad Social, *vexata quaestio* en materia alimenticia.

(G. G. C.)

19. *Arrendamiento urbano. Cláusula de revisión de renta. Derecho de traspaso.*—«El derecho de traspaso no se desvirtúa como consecuencia de la ejecución judicial o administrativa prevista en el artículo 33 de la Ley de Arrendamientos Urbanos, manteniéndose la naturaleza que le atribuye el artículo 29 de la misma, de cesión hecha por el arrendatario, mediante precio, del local arrendado, a un tercero que se subroga en los derechos y obligaciones derivados del contrato, produciéndose una modificación subjetiva, no extintiva de los mismos, que expresamente permite el artículo 1.203, 2.º y 3.º, en relación a «sensu contrario» con el 1.204, ambos del Código civil».

*Interpretación de los contratos.*—La aplicación de los artículos 1.281 y 1.282 del Código civil se realizará con carácter supletorio para «juzgar de la intención de los contratantes», y no cuando dicha intención es evidente por su literal expresión, y además, se corrobora con el contexto del documento en que se contiene. (Sentencia de 27 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El actor-arrendatario formuló demanda contra el propietario-arrendador de un local de negocio, por aumento de la renta convenida, en el contrato en el que aquél se subrogó.

El Juzgado desestima la demanda y estima parcialmente la reconvenición. La Audiencia Territorial confirma este fallo. No prospera el recurso de casación.

(M.º L. A. G.)

20. *Daños en cable telefónico. Caja-registro adosada al estribo de un puente sin indicación de su existencia. Ausencia de culpa.*—Consistiendo la culpa en la falta de cuidado, precaución y diligencia exigibles por haber infringido el su-

jeto activo las reglas de conducta requeridas en el tráfico donde el agente desarrolla su quehacer, carece de toda base la alegada antijuridicidad si el acto no es negligente, aun apreciadas con rigor las circunstancias del caso concreto de obras en el subsuelo con motivo de la construcción de ferrocarriles metropolitanos, o de arterias de conducción de aguas (art. 1.º), cuya ejecución exigía a la empresa acudir a los concesionarios de los servicios públicos para conocer el emplazamiento de las correspondientes conducciones, ni puede prescindirse de que la «cámara-registro» estaba adosada al estribo del Puente de Triana, a sensible profundidad y sin indicación alguna denotadora de su ubicación, a lo que se añade la pasividad de la empresa recurrente que se abstuvo de efectuar indicación alguna a la empresa recurrida, no obstante ser pública y notoria la prohibición del tráfico en la zona así como las obras de consolidación en el puente.

*Responsabilidad de la empresa. Falta de prueba.*—La obligación tipificada en el artículo 1.903, párr. 4.º, C. c., requiere indefectiblemente una relación jerárquica o de dependencia entre el causante material del daño y el empresario demandado, de donde se deduce que, aun sin necesidad de precisar la identidad del sujeto físicamente realizador del acto antijurídico y dañoso, imputable a la empresa de que se trata por insoslayables factores objetivos de ejecución y temporales, concurren primordiales antecedentes que la Sala de instancia estima no acreditados, concluyendo que no consta la data de la actuación dañosa, ni su correspondencia con las obras ejecutadas por la empresa demandada, lo que excluye la posibilidad de exigir la responsabilidad por hecho ajeno, o indirecta, ya se la fundamente en la culpa *in eligendo* o *in vigilando*, ora se acuda a la responsabilidad por riesgo. (Sentencia de 3 de julio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—En la ya abundante casuística de daños por roturas de cables telefónico (v. últimamente SS. de 26 junio y 9 julio 1984, extractadas en este mismo ANUARIO), no siempre el éxito acompaña en sus reclamaciones a la C.T.N.E., unas veces porque la demanda está procesalmente mal planteada, otras por haber prescrito la acción y también, como en el presente caso, por falta de prueba. Se trataba de un supuesto muy singular: obras de consolidación llevadas a cabo en el Puente de Triana, de Sevilla, consistentes en la inyección de cemento a unos 27 metros de profundidad, como resultado, al parecer, de las cuales sufrió daños una cámara-registro de teléfonos adosada al estribo del puente. Aunque se declara probado que se llevaron a cabo poderosas inyecciones de material a presión para fortalecer los cimientos del puente, la demanda se rechaza por falta de prueba de la fecha en que se realizaron, de la localización exacta de los trabajos, de la existencia de una inspección de Obras Públicas que los autorizó expresamente y por la falta de publicidad sobre la existencia de la cámara-registro. Mientras en otras sentencias favorables a la C.T.N.E. se argumenta sobre la aparición derivada de la naturaleza de la situación objetiva (terrenos contiguos a urbanizaciones) para hacer recaer sobre la empresa constructora un deber de información, en el presente caso la falta de avisos o anuncios situados en el puente, o en sus inmediaciones no hacía exigible tal deber. Parece poco convincente, en cambio la argumentación sobre el Decreto de 1974, cuyas prevenciones —nunca determinantes en esta materia— bien podían utilizarse por vía analógica. (G.G.C.)

21. *Culpa extracontractual. Daños causados por excavadora en cable telefónico. Culpa de la empresa promotora.*—La promotora demandada debe prestar la culpa, más que como consecuencia de lo dispuesto en el artículo 1.903 C. c.,

como una consecuencia de la crasa y grave omisión propia, ya que la única causa eficiente y real del resultado dañoso ha sido la deficiente actividad y franca omisión de la compañía promotora, que no se cuidó de efectuar la mínima prospección y estudio preliminar del subsuelo, lo que ni siquiera hubiera sido preciso si hubiera hecho las consultas pertinentes y solicitado los informes de los Servicios Técnicos de la C.T.N.E.; debe atribuirse al demandado la omisión de la más elemental diligencia que le era exigible a quien, como coordinador y planificador de actividades de carácter multiforme, debe prevenir y evitar los daños que inconscientemente puedan causar las personas o empresas que toma a su servicio y que confiados en la solvencia y garantía profesional de los técnicos que aquélla tiene, sólo han de preocuparse de ejecutar cumplida y fielmente las órdenes y planes de trabajo que les son encomendados.

*La interposición de un subcontratista no influye en la responsabilidad directa de la empresa promotora.*—La interposición del subcontratista del movimiento de tierras, excavación y nivelación de terrenos, no impide la responsabilidad directa de la empresa promotora, pues existe ya un *corpus* de doctrina jurisprudencial (SS. de 17 mayo 1977, 18 junio y 5 julio 1979, 17 marzo, 24 noviembre y 30 diciembre 1980, 4 enero 1982, 28 febrero, 2 y 25 noviembre 1983), según la cual, de persistir una relación, más o menos intensa o extensa de dependencia, persiste a la par el deber de vigilancia y control, siendo manifiesto en el caso que aquí se enjuicia que, estando reducido el quehacer de la retroexcavadora al movimiento de tierras para cimentación y rebaje siguiendo en un todo las indicaciones del constructor, conservaba o retenía este último respecto del dueño de la máquina y del obrero que la manejaba, una dependencia material y aun legal, existiendo subordinación en cuanto a la delimitación y circunstancias del trabajo concreto a efectuar, y faltando la autonomía excluyente enteramente de la relación de jerarquía o mera dependencia, que es el presupuesto indispensable y suficiente entre el ejecutor material y, a través del empresario de la máquina, del constructor y dueño de la edificación a quien alcanza de lleno el artículo 1.903 C. c. (Sentencia de 26 de junio de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—No hay contradicción con la doctrina de la S. de 9 julio 1984 en la que se declara expresamente que no hay relaciones de subordinación entre la empresa excavadora y la constructora o promotora, si bien cabe preguntar si, en la práctica, no será más frecuente que tal subordinación se produzca, sobre todo si se tienen en cuenta las razones que en esta sentencia se alegan (confianza en la solvencia y garantía de los servicios técnicos de la empresa más grandes y de mayor volumen de actividad).

(G. G. C.)

22. *Culpa extracontractual. Daños por explosión de gas.*—Los daños personales padecidos por el actor y su esposa y los causados en las instalaciones y mercancías de su negocio ubicado en el lugar de autos fueron consecuencia directa de una explosión producida por gas, la cual sólo pudo generarse por fuga de gas natural suministrado por la sociedad demandada debido al defectuoso funcionamiento del aparato contador, o a la grieta observada en el mismo, sin que proceda la casación de la sentencia de instancia por haber hecho aplicación exclusiva del artículo 1.902 C. c., cuando en realidad procedía invocar el artícu-

lo 1.903, párrafo 3.º, al tratarse de daños causados por los empleados al servicio de la entidad demandada, dado que es idéntica la conclusión estimatoria de la demanda.

*Prescripción. Interrupción por demanda no acompañada de certificado de acto conciliatorio.*—Siendo el instituto de la prescripción extintiva una consecuencia directa atribuida a la falta de actuación del titular de la acción, no puede estimarse que el ejercicio de la misma mediante presentación de la demanda sin el correspondiente acto de conciliación, suponga una inactividad procesal del titular del derecho, merecedora de la prescripción, ni cabe tampoco atribuir menor eficacia procesal a tal acto que a los que, como la simple presentación de la papeleta de conciliación, alcanza la eficacia de interrumpir la prescripción. (Sentencia de 29 de junio de 1984; no ha lugar.)

(G.G.C.)

23. *Culpa extracontractual. Imprudencia temeraria. Integración del «factum».* Si bien la fijación del *factum* está reservada a la instancia, no cabe duda que esta Sala 1.ª del T. S. está facultada para examinar los autos originales, y por sus méritos y con vista de los razonamientos de la sentencia impugnada, y sobre la valoración que allí se haya efectuado del material probatorio, sin alterar la apreciación de las pruebas, integrar el relato histórico cuando no haya sido claramente explicitado por el juzgador de la instancia, quien no viniendo obligado en este orden jurisdiccional civil a diferencia de lo que ocurre en el penal y en el laboral, procede a veces *per saltum*, pasando de la norma o premisa mayor, a la conclusión, ocultando indebidamente o no haciendo, puntual y expresamente, el establecimiento de los hechos, sustituyendo la valoración jurídica de cada uno de los medios probatorios, omitiendo tal apreciación, parcial y aun totalmente, y sustituyéndola por apreciaciones mediales que se hace preciso desentrañar para que este extraordinario recurso de casación alcance sus fines propios.

*Ceder el paso.*—La imprudencia del conductor de la furgoneta merece la calificación de temeraria, ya que conforme al apartado «z» del artículo 5.º del C. de la Circulación debió obedecer puntualmente la indicación de ceder el paso al otro vehículo que transitaba la vía preferencial o prioritaria, lo que significa que el conductor obligado no debe continuar su marcha o su maniobra, ni reemprenderla si al hacerlo puede obligar a los otros usuarios a modificar bruscamente su dirección o velocidad, pues a tenor del apartado «e» del artículo 25 del mismo Reglamento, cuando alguna vía pública tenga preferencia o prioridad de paso, en los cruces con las mismas, que estarán debidamente señalizados, los conductores cederán siempre el paso a los vehículos o animales que transitan por la vía preferente, sea cualquiera el lado por el que se aproximen, llegando a detener por completo su marcha cuando sea preciso, y en todo caso cuando así lo indique la señal correspondiente; lo que no hizo en este caso, siendo esa desobediencia el origen único de la ocurrencia, ya que el perjudicado, conductor de la motocicleta, circulaba confiado en la preferencia o prioridad de paso de que disfrutaba la calle que transitaba. (Sentencia de 4 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—No deja de sorprender que el T. S. «se tome el trabajo» de completar el relato fáctico que sirve de base a la sentencia con la única finalidad de re-

forzar la argumentación del Tribunal de instancia, ya que el recurso es desestimado. Así puede concluir en el penúltimo considerando que la conducta del conductor «merece intenso reproche culpabilístico», poniendo de manifiesto la insuficiencia de la indemnización concedida, pues aquella «fue causal a daños personales de imposible reparación *in natura*» (limitación de inteligencia y deterioro psicológico general bastante acusado, con dificultades de deambulación que sólo puede realizar con ayuda de tercero). ¿Cabe entender que se trata de aleccionar a los Tribunales inferiores para que, en casos similares, señalen indemnizaciones más altas (en el presente caso, tres millones de pesetas, con inclusión del seguro obligatorio)?

(G. G. C.)

24. *Culpa extracontractual. Muerte por accidente de trabajo. Competencia de la jurisdicción civil.*—Según reiterada jurisprudencia a los Tribunales especiales les está atribuido el conocimiento de las contiendas judiciales tan sólo en los casos en que claramente concurren los requisitos específicos y determinantes, según la ley, de su actuación, pues en los demás, incluso en los que ofrecen dudas, actuarán los Tribunales ordinarios, máxime cuando, como en el caso ahora contemplado, se ventilan exclusivamente derechos privados.

*Compatibilidad de la indemnización laboral con la civil por culpa o negligencia.*—Es también reiterada la jurisprudencia en que se declara que son compatibles la indemnización de tipo laboral por accidente de trabajo cuando éste se realiza con todas las garantías y precauciones, y que asume la Seguridad Social, con aquella otra derivada de actos culposos o negligentes del patrono originantes de acción aquiliana.

*Negligencia del empresario. Defectuosa instalación de máquina peladora de lúpulo. Inversión de la carga de la prueba.*—El demandado no ha probado la perfecta instalación de la máquina, como le incumbía, dado el principio de desplazamiento de la carga de la prueba que en estos casos de culpa extracontractual recae sobre el presunto culpable, quien en el presente caso no logró desvirtuar la presunción de culpa que sobre él pesa. (Sentencia de 12 de abril de 1984; no ha lugar.)

25. *Culpa extracontractual. Daños en cable coaxial por máquina excavadora. Inversión de la carga de la prueba.*—Se han probado los daños causados por la acción directa de quien manejaba la excavadora, al que hay que imputar el hecho por culpa o negligencia mientras no se pruebe que la acción no le es imputable, prueba que corresponde a quien alega la inimputabilidad demostrando que medió caso fortuito o culpa del perjudicado, o incluso que hubo concurrencia de culpas como efectivamente trataron de probar en la instancia los hoy recurrentes, alegando el incumplimiento por la Telefónica de las disposiciones reglamentarias relativas a la distancia de la instalación respecto de la carretera, o a su profundidad o a la señalización adecuada, sin conseguir su propósito, según declaración del juzgador después de la valoración conjunta de las probanzas practicadas, no dudando en calificar de torpe y negligente la maniobra del conductor de la máquina que produjo el daño.

*Prueba de los daños. Valor de los papeles privados.*—El artículo 1.228 C. c. se refiere a los «papeles» que se forman y conservan por un particular para mantenerlos consigo, siendo distintos de los documentos «privados» propiamente dichos, escritos por una parte para entregarlos a otra u otras, es decir, para tener publicidad por lo que pueden ser apreciados e interpretados sin trabas por el Juzgador, en su integridad y en los extremos que comprenden, sin la vinculación probatoria de los primeros, según precisó la doctrina jurisprudencial de este T. S. en el Auto de 10 diciembre 1941 y en las SS. de 13 diciembre 1900, 10 mayo 1902 y 16 febrero 1965, entre otras, siendo esta segunda calificación la que corresponde a los documentos aquí contemplados que fueron escritos por la Compañía Telefónica justamente para hacerlos valer ante los Tribunales, siendo de notar que son los únicos existentes sobre el particular porque ni se aportaron otros, ni se solicitó otra prueba que los desvirtuase. (Sentencia de 16 de mayo de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Hay que destacar la aplicación a este sector de la culpa extracontractual del principio de inversión de la carga de la prueba, debido ello probablemente a la reiteración de hechos en los que resulta perjudicada la C.T.N.E. con detrimento del servicio público correspondiente.

26. *Muerte de encierro taurino. Responsabilidad civil del Ayuntamiento organizador. Presunción de culpa de los encargados de vigilar a los animales.*—La muerte se produce al ser atropellado y voltcado por una res que era utilizada como cabestro, en el encierro de las vacas que se corrieron en los festejos que por aquellos días se celebraban en la localidad, siendo de destacar que el accidente ocurrió porque en el encierro algunas de las reses se adelantaron sensiblemente llegando al final del recorrido fijado, donde todas habían de ser recogidas en un recinto preparado al efecto, siendo entonces cuando la víctima salió de un portal situado a escasos metros del mencionado recinto y se dispuso a cruzar la calzada, no aperciéndose de que las reses, que ya creía a buen recaudo, habían quedado sueltas y reemprendían en sentido inverso, por la misma calle, una ya descontrolada carrera, en cuyo itinerario uno de los cabestros atropelló a la desprevenida víctima, que por causa del traumatismo falleció a las pocas horas, apreciándose una presunción de culpa de los encargados de controlar a los animales, que no se probó que actuaran con toda la diligencia precisa en las circunstancias del caso, deduciendo de todo ello la responsabilidad del Ayuntamiento por culpa *in eligendo* o *in vigilando*.

*Responsabilidad por riesgo.*—La realización de un encierro de reses bravas dentro de una población implica un claro riesgo para muchos de sus moradores, aunque no piensen aproximarse a las reses, con la consiguiente responsabilidad por riesgo para quienes lo organizan, como el Ayuntamiento demandado, y es conforme a la justicia distributiva que la coacción social y consiguiente responsabilidad que impone la asunción de peligros por los perjudicados sea desplazada sobre aquel, que si bien de forma lícita y permitida, ha creado los riesgos; y aunque nada se objeta a la licitud de estas conductas, no es justo que la comunidad, o los individuos que la integran, soporten los riesgos específicos no controlables, siendo indiferente que el causante del daño, por acto propio o de aquellas personas de quienes debe responder, esté o no autorizado por acto de la Administración, en este caso por el Gobernador Civil de la Provincia.

*Responsabilidad solidaria del asegurador. Interpretación de la póliza.*—El riesgo derivado del encierro incluye no sólo el que provenga directamente de las llamadas vaquillas, sino de otras reses que las acompañaban como necesarias, según es usual en las circunstancias en que el accidente ocurrió, y que cabe perfectamente dentro de una interpretación lógica del contrato al amparo de los artículos 1.287 y 1.288 C. c., pues la expresión «riesgos derivados del encierro de diez vaquillas» no se limitan a los daños que éstas causen, sino a todos los que de una forma inmediata se relacionen con ese acontecimiento, entre los que figura el daño ocasionado por las reses que cubrían la carrera de las llamadas «vaquillas».

*Inaplicación del artículo 1.905 C. c.*—La S. de 26 enero 1972 ha declarado que en el artículo 1.905 se contiene una responsabilidad «totalmente objetiva», y en este caso nada se probó acerca de una conducta del lesionado y fallecido que pudiera calificarse de culposa, y menos con la exclusividad que postula el recurso, pues los hechos probados acusan un defecto en el control de las reses por parte de los dependientes de la Corporación demandada, suficiente no ya para declarar una responsabilidad por riesgo con visos de objetiva, sino incluso para sostener una responsabilidad subjetiva, o por *culpa in operando*, y con el mismo matiz subjetivista al amparo del artículo 1.903, párr. 4.º, para dicha Corporación por *culpa in vigilando* o *in eligendo*. (Sentencia de 30 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Destaca en esta S., de la que ha sido ponente Santos Briz: 1.º La acertada selección de los hechos que se contiene en el primer considerando, con rasgos de gran viveza y colorido; 2.º La delicadeza con que se trata el tema, apto fácilmente para herir susceptibilidades, ya que reiteradamente se habla de la licitud de organizar tales encierros, no obstante lo cual se hace ver la clara existencia de una responsabilidad por riesgo que, sin embargo, no es la última ratio de la condena; y 3.º El acierto de sustraer el caso del campo de actuación del artículo 1.905, que no parece dictado para estos supuestos que parecen demandar una normativa específica que conlleve el aseguramiento forzoso de los daños.

(G. G. C.)

#### 4. Derechos reales

27. *Usucapión. Acceso de posesiones.*—Los sucesores, a virtud de la adquisición de posesiones que deriva de las reglas primera y segunda del artículo 1.961 del Código civil, pueden computar el tiempo necesario para la prescripción, completando el suyo con el de sus causantes, presumiéndose además que como poseedores en 1922 lo fueron en época anterior y continuaron siéndolo en el tiempo intermedio, salvo prueba en contrario que no se ha producido en la presente litis.

*Poseción en dos personalidades distintas.*—Lo prohíbe el artículo 445 del Código civil cuando, como en este supuesto, no hay indivisión entre los litigantes.

*Actos del comunero.*—Cada comunero, al pretender conservar la cosa común, mientras favorece a sus condominios en los actos que produzcan ganancias o ventajas, no les puede perjudicar en los que resulten nocivos, según criterio que se deduce de la doctrina de esta Sala.

*Acción reivindicatoria. Legitimación del comunero.*—Debe ser estimada la demanda que se formuló en nombre de la comunidad y en beneficio de la misma, que reúne los requisitos reiteradamente exigidos por la jurisprudencia (Sentencia de 27 de enero de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se trata de determinar a quién pertenece la propiedad de un monte. El Juez de Primera Instancia declaró que el monte en litigio pertenecía al demandante y a la comunidad en cuyo beneficio acciona. Se condenó por ello a los demandados (Ayuntamiento, Icona y el Estado) a excluir el mencionado monte del Catálogo de montes de utilidad pública, reintegrándolo al patrimonio de la comunidad. La Audiencia Territorial revocó este fallo. Prospera el recurso de casación interpuesto por el comunero en beneficio de la comunidad.

28. *Relaciones de vecindad. Inmisión en el subsuelo de una finca.*—Si bien es cierto que el artículo 350 del Código civil está previsto para proteger el derecho de propiedad, es el propio precepto el que admite limitaciones al dominio. Sus términos no pueden en los actuales tiempos, dado el progreso de la técnica, mantenerse de una forma rigorista y absoluta, cuando las relaciones de vecindad exigen la acomodación de técnicas constructivas a los nuevos adelantos universalmente aceptados, de aquí que tanto en razón de ello, como por las relaciones de vecindad, de las cuales es un claro exponente el artículo 569 del Código civil, ha de suavizarse la interpretación del precepto, sobre todo en los casos de inmisión, cuando, como consecuencia de ella, no se haya derivado perjuicios, como en el caso que se examina acaece, para el propietario.

*Presupuesto de aplicación del artículo 1.903 del Código civil.*—Es precisa una relación de jerarquía o dependencia entre el ejecutor causante del daño y la empresa demandada.

*Aplicación del artículo 1.902 del Código civil.*—Exige una actuación material del agente en la ejecución de las obras determinantes del daño. (Sentencia de 3 de abril de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—La empresa encargada de la construcción de un edificio efectuó perforaciones en el solar colindante e introdujo en el mismo cables de acero y cemento para conseguir el anclaje del muro pantalla. Por tal razón el propietario del solar solicitó en la demanda que éste quedase en el estado en que se encontraba antes de la intromisión y el resarcimiento de los daños y perjuicios sufridos. El Juez de Primera Instancia y la Audiencia Territorial acogieron la demanda. Prospera el recurso de casación.

NOTA.—En esta sentencia se alude claramente a las relaciones de vecindad como limitación del derecho de propiedad, tal como hace un importante sector de nuestra doctrina (DÍEZ-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho Civil*, III, Madrid, 1981, pp. 181 ss.; PEÑA, *Derechos reales. Derecho hipotecario*, Madrid, 1982, pp. 128 ss.; ALONSO PÉREZ, *Las relaciones de vecindad*, en este ANUARIO, 1983, fasc. 2.º, pp. 357 ss.).

En la sentencia que anotamos se plantea el problema en torno al artículo 350 del Código civil, que dispone que el propietario de un terreno es dueño de su



superficie y de lo que está debajo de ella. Nuestro Tribunal Supremo, a pesar del texto de este precepto, afirma que es lícita la inmisión en el subsuelo de la finca ajena en la medida en que ello no perjudique al propietario de la misma. La doctrina científica más moderna, como precisan Díez-PICAZO y GULLÓN (*Op. cit.*, p. 195), postula una extensión objetiva del dominio que está limitada por el punto al que alcance la posibilidad de utilización y el interés razonable tutelable del propietario. Desde esta perspectiva, a nuestro juicio, hay que enjuiciar la sentencia que reseñamos.

Sobre la cuestión de la relación de dependencia entre el ejecutor de la obra y el empresario en cuanto presupuesto fundamental de aplicación del artículo 1.903 del Código civil, véase la excelente exposición de la jurisprudencia de MIQUEL (*Observaciones en torno a la responsabilidad extracontractual por el hecho de un contratante independiente*, en este ANUARIO, fasc. 3.º, pp. 1501 ss.); también pueden consultarse nuestras anotaciones a las sentencias de 4 de enero de 1982 (en este ANUARIO, fasc. 3.º, año 1982, p. 968) y 18 de julio de 1979 (en este ANUARIO, 1980, fasc. 3.º, pp. 805-806). Véase también nuestra anotación a la sentencia de 17 de noviembre de 1980 (en este ANUARIO, 1981, fasc. 2.º, pp. 568-570) relativa a la posible responsabilidad del contratista por el hecho dañoso imputable al subcontratista por el cauce del art. 1.903 del Código civil.

(A. C. S.)

## 5. Derecho de familia

29. *Capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales.*—Las responsabilidades contraídas en virtud del aval cambiario por el marido no han podido verse alteradas por la escritura de capitulaciones matrimoniales y separación de bienes, con liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada meses más tarde de tener lugar el aval, pues el principio de mutabilidad del régimen económico con posterioridad a la celebración de las nupcias, introducido por la Ley de 2 de mayo de 1975 y mantenido en la reforma de 1981, no puede perjudicar en ningún caso los derechos ya adquiridos por terceros (arts. 1.322, párr. 3.º, y 1.317, respectivamente). (Sentencia de 14 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—En relación con sucesivas operaciones de compraventa de productos siderúrgicos la sociedad anónima compradora contrajo una importante deuda. Para lograr la renovación de las cambiales no atendidas a su vencimiento, el Presidente del Consejo de Administración de la sociedad suscribió un aval solidario. A los seis meses de la asunción del mismo, el avalista y su mujer otorgaron capitulaciones matrimoniales, adoptando el régimen de separación de bienes y liquidando la sociedad de gananciales. La sociedad acreedora solicitó en la demanda que se declarase la rescisión de las capitulaciones matrimoniales por fraude de acreedores, así como de la liquidación practicada de la sociedad de gananciales, y se condenase a pagar lo debido, de forma solidaria, a la sociedad deudora, al avalista y a su mujer. El Juez de Primera Instancia acogió íntegramente la demanda. La Audiencia Territorial estimó en parte el recurso de la mujer, declarando que la condena impuesta a la misma afectase tan sólo a los bienes que en capitulaciones matrimoniales le fueron adjudicados con carácter exclusivo. No prospera el recurso de casación interpuesto por la mujer.

NOTA.—Esta sentencia pone de relieve que el sistema de mutabilidad del régimen económico matrimonial adoptado en nuestro Código civil no implica la

desprotección de los derechos adquiridos por los terceros. La Exposición de Motivos de la Ley de 2 de mayo de 1975 explica claramente el fundamento del artículo 1.322, semejante al nuevo artículo 1.317 del Código civil, diciendo que es una medida de salvaguardia o de garantía de los intereses generales y de los intereses de terceros. Consiste en la relatividad e irretroactividad de los pactos de modificación del régimen económico conyugal que en ningún caso perjudicarán los derechos adquiridos por terceros (véase: AMORÓS, *Comentario al artículo 1.322*, en la obra colectiva *Comentarios a las reformas del Código civil*, vol. 2.º, Madrid, 1977).

En el caso de la sentencia que anotamos es lógico que las reglas del régimen de separación de bienes, adoptado en capitulaciones matrimoniales por los cónyuges con posterioridad al nacimiento de los terceros, no les perjudiquen, determinando la insolvencia del marido deudor, tal como ha señalado la generalidad de los autores que han examinado el problema (CAMPO VILLEGAS, *En torno a la transformación del régimen ganancial en el de separación de bienes*, en *Revista Jurídica de Cataluña*, 1977, pp. 271 ss.; GÓMEZ-FERRER, *Consideraciones sobre las capitulaciones matrimoniales y las modificaciones del régimen económico del matrimonio*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1978, pp. 493 ss.; MAGARIÑOS, *Cambio del régimen económico matrimonial de gananciales por el de separación y los derechos de los acreedores*, en *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, 1982, pp. 47 ss.

(A. C. S.)

30. *Separación matrimonial. Inexistencia de causa legal.*—Se declara probado que la única verdad es que hubo desavenencias entre los esposos, más bien superables por su escasa entidad, pero que aun admitidas, lo cierto es que no están ocasionadas por la conducta culposa del marido, al que no cabe imputarle unas sevicias dolosas reiteradas y graves que le hagan sufrir las consecuencias de una separación que no desea, privándole incluso de la patria potestad del único hijo menor, con quien está en una tesitura magnífica de relación paterno-filial.

*Prueba.*—El error de derecho sólo se comete cuando se ha infringido un precepto legal no reconociendo a determinada prueba la eficacia que la ley concede y al cual tenga que ajustarse el juzgador, lo que no sucede respecto de preceptos admonitivos como el art. 659 L. E. C. que deja la apreciación de la prueba testifical al discrecional criterio del Tribunal sentenciador, pues la misión de esta Sala no es la de convertirse en una tercera instancia valorando nuevamente una prueba que ya lo ha sido por los dos órganos jurisdiccionales que han conocido del proceso anteriormente. (Sentencia de 30 de mayo de 1984; no ha lugar.)

## 6. Derecho de sucesiones

31. *Testamento mancomunado.*—El testamento mancomunado prohibido por el art. 669 C. c. es aquél que contiene en un solo acto o instrumento las declaraciones de última voluntad de dos personas, y está caracterizado por su unidad instrumental y no por su contenido; situación que no se da en el caso de la litis pues el testamento abierto es otorgado única y exclusivamente por el marido sin que pierda su carácter individual por el hecho de que manifieste el «acuerdo con su consorte» respecto a la división o adjudicación de ciertos bienes, entre ellos el que tenía en proindiviso con su esposa.

*Notas. Codicilos o memorias testamentarias aceptadas por la esposa. No son mancomunadas.*—Las llamadas notas, codicilos o memorias testamentarias, a las que la sentencia atribuye naturaleza distributiva y no dispositiva, y el recurrente carácter de disposición *mortis causa*, están escritas y firmadas únicamente por el marido y en ellas se contiene única y exclusivamente su unilateral declaración de voluntad, sin que tal carácter se pierda por la circunstancia de que a continuación, pero en acto o diligencia independiente, estén aceptadas por su esposa, lo que impide considerar el acto como mancomunado cualquiera que sea la naturaleza jurídica de tales notas.

*Naturaleza jurídica.*—La sentencia asigna el carácter de actos de distribución o partición de bienes a las notas, memorias o codicilos en los que el marido distribuye entre sus herederos sus bienes propios y el que tiene en proindiviso con su esposa, por lo que *a sensu contrario* les niega la naturaleza jurídica de actos patrimoniales de disposición, y a tal interpretación debe estarse por ser ésta una facultad de los Tribunales de instancia que debe respetarse mientras no resulte claramente errónea o equivocada; además la propia sentencia, acertadamente, niega el carácter de acto de última voluntad a la conformidad o aceptación de la esposa a las referidas notas, en cuanto tal aceptación está destinada a producir efectos después de la muerte de su esposo, y no después de su propio fallecimiento, lo que impide se le pueda considerar como acto *mortis causa*, y, por otro lado, se realiza en acto separado, independiente y posterior de tales notas, aunque lo sea a continuación de ellas, de modo que, cualesquiera sean sus efectos, en ningún caso podrían calificárseles de disposiciones testamentarias mancomunadas prohibidas por el art. 669 C. c. (Sentencia de 13 de febrero de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—¿Se altera el carácter personalísimo del testamento por la manifestación del testador de que su consorte está de acuerdo con determinadas disposiciones suyas? Quizá el Notario no debió hacer constar tal aseveración, pues arroja alguna sombra de duda sobre aquel carácter esencial; sin embargo, en el presente caso, es de aprobar plenamente la doctrina de la S. extractada, que califica muy acertadamente de acto *inter vivos* con eficacia *post mortem* de otra persona, la aceptación de la esposa de la distribución de bienes hecha por su marido.

(G. C. C.)

32. *Interpretación del testamento. Prueba extrínseca.*—El testamento otorgado por los causantes con anterioridad al hoy válido y vigente fue estudiado y tenido en cuenta por la Sala de instancia como dato extrínseco y complementario de la determinación de la voluntad de los causantes en su última disposición, con lo cual basta para desestimar el motivo de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala.

*Error de hecho en la apreciación de la prueba.*—La demostración o evidencia del error ha de ser objetiva y no subjetiva, lo que quiere decir que si bien los recurrentes pueden denunciarlo, no por eso pueden construirlo mentalmente, con el intento de hacer prevalecer su criterio personal en la interpretación del documento, lo cual, en definitiva, choca con las tantas veces dicho de que el documento ha de contener un dato escueto, claro, contundente e inequívoco, demostrativo del presunto error.

*Interpretación testamentaria.*—Debe prevalecer en casación el criterio de los Tribunales de instancia, a menos que resulte manifiestamente erróneo que se trate de un error patente que contraría de modo inequívoco y ostensible la voluntad del testador. (Sentencia de 29 de febrero de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La Sala de Instancia, al decidir sobre la determinación del objeto legado, acepta la conclusión del Juez de Primera Instancia, que se apoya no sólo en el tenor del testamento, sino en determinados datos extrínsecos (testamento anterior, testigos, situación y descripción de la finca, sus medidas, etc.) y, sobre todo en la intención de los causantes en cuanto a su clara y expresa voluntad de igualar a sus tres hijos. No prospera el recurso de casación.

33. *Derechos sucesorios del hijo adoptivo. Disposiciones transitorias. Criterio interpretativo de la realidad social.*—La norma aplicable es la contenida en el art. 177 C. c. según la inicial redacción del mismo, no requiriéndose para la interpretación de tal precepto labor de hermenéutica distinta de la de acudir al sentido de sus propias palabras, el cual no puede ser alterado en el caso concreto por aquellos otros criterios interpretativos que hacen referencia a la realidad social del tiempo en que las normas han de ser aplicadas y a la atención que debe prestarse al espíritu y finalidad de las mismas, habida cuenta de que dicha norma ha de ser aplicada con plena virtualidad a una situación jurídica consumada en 1951, año en que fallece el adoptante, lo que hace que el factor «tiempo» haya que referirlo a la indicada fecha, pues lo contrario significaría que el retraso en el ejercicio de los derechos adquiridos pudiera ser determinante de una modificación en el contenido de los mismos, no sancionada por el legislador concediendo efecto retroactivo a la nueva regulación legal de una institución; razonamiento de los que se deduce que la realidad social y el espíritu y finalidad de la norma en la fecha concreta de su aplicación no puede afirmarse sean los que han venido sancionando las sucesivas modificaciones del C. c. en relación a los derechos sucesorios del adoptado, a través de las reformas de 24 abril 1958, 4 julio 1970 y 13 mayo 1981.

*Disposición transitoria primera del C. c.*—Esta norma veda la retroactividad de la norma posterior que perjudique derechos adquiridos según la ley anterior.

*Interpretación de testamento.*—Según reiterada jurisprudencia la interpretación de las cláusulas testamentarias es facultad privativa de los Tribunales de instancia, cuyo criterio al respecto ha de mantenerse, a menos que aparezca de modo manifiesto que es equivocado o erróneo por contradecir evidentemente la voluntad del testador; la cláusula del testamento otorgado por el adoptante el 31 agosto 1912, por la que instituye herederos propietarios a «los que designe en otro testamento o los que lo fueran según la ley» no puede interpretarse en el sentido de que la expresión «según la ley» comprendía a la hija adoptiva, ya que la adopción se verificó el 23 mayo 1931, y en la fecha del otorgamiento los hijos adoptivos no eran herederos «según la ley», sin que tampoco sea admisible que la cláusula testamentaria en cuestión, en contra de su clara dicción literal, se entienda que no refleja la voluntad del testador a pretexto de que desconocía su

alcance, ya que ello significaría poner en tela de juicio la competencia profesional del Notario autorizante. (Sentencia de 13 de abril de 1984; no ha lugar.)

NOTA.—Alguna sorpresa causa que se planteen cuestiones sucesorias con más de un cuarto de siglo de retraso respecto de la muerte del causante. En todo caso, las sucesivas reformas de la normativa adopcional, sin haberse prestado especial atención a las situaciones de Derecho transitorio son proclive a originar litigios. La doctrina de esta sentencia (Pte. Sánchez Jáuregui) parece del todo correcta, apareciendo como impecable aplicación de las disposiciones transitorias del C. c. A destacar la inaplicabilidad del criterio sociológico, que hubiera supuesto una clara violación del texto legal vigente

(G. G. C.)

## II. DERECHO MERCANTIL

34. *Contrato de fletamento. Incumplimiento de contrato. Inidoneidad de la motonave. Naufragio por impericia del capitán. Responsabilidad civil del naviero frente al cargador.*—Aparte la declaración meramente individualizadora del artículo 840 C. com., el concreto precepto referido al naufragio acaecido por malicia, descuido o impericia del capitán es el art. 841, pero con la finalidad, bien precisa en su texto, de consagrar una acción facultativa directa, tanto del naviero como de los cargadores, frente al capitán culpable, acción que en modo alguno excluye la del art. 618 del propio Código para exigir, el naviero al capitán y, a su vez, los terceros contratantes a aquél, la oportuna responsabilidad civil en los supuestos de daños sobrevenidos por las conductas relatadas en los núms. 1.º, 5.º, 6.º y 7.º del propio art., que se declaran concurren en el presente caso, por lo que procede declarar la responsabilidad civil del naviero por la pérdida de los efectos y perjuicios sufridos por el cargador que con él contrató el flete. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(G. G. C.)

35. *Sociedad Anónima. Impugnación de acuerdos sociales. Legitimación activa.*—El artículo 69 de la Ley de Sociedades Anónimas exige la condición de accionista para el ejercicio de las acciones de impugnación de los acuerdos sociales a que se refiere el artículo 67 de la citada Ley (SS. de 17 de marzo de 1967, 15 de junio de 1977 y 16 de mayo de 1978), y, la falta de legitimación activa no corresponde probar a la Sociedad demandada que la opone, ya que «tratándose de acciones al portador, es tan clara la práctica imposibilidad de llevar a cabo la probanza de tal hecho negativo, que para nada hubo de tener reflejo en la documentación social» y por el contrario, resulta muy sencilla la acreditación de los demandantes «de su condición legitimadora con la simple aportación de los títulos que, normalmente, han de obrar en su poder para ostentar el negado carácter de accionista». (Sentencia de 30 de marzo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Se ejercita acción de impugnación de los acuerdos adoptados por la Junta General extraordinaria de accionistas de una Sociedad Anónima, celebra-

da en segunda convocatoria, por socios que no acreditan la cualidad de accionistas de aquélla y representados por acciones al portador.

El Tribunal Supremo declara haber lugar al recurso casando y anulando la sentencia dictada por la Audiencia Territorial.

(M.<sup>a</sup> L. A. G.)

36. *Sociedad Anónima. Facultades de los administradores.*—El artículo 76, segundo párrafo, de la Ley de Sociedades Anónimas, no prohíbe que los poderes o autorizaciones conferidos a los administradores tengan por objeto asuntos no pertenecientes al giro o tráfico de la empresa, pues lo único que señala es que *necesariamente la representación* se extenderá a esos actos, pero sin excluir que se extienda a otros en su caso, pudiendo realizar los administradores todos los actos incluidos en el objeto social, con las limitaciones que resulten del acto constitutivo o del poder. (Sentencia de 14 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—El Consejero Delegado de una sociedad anónima avala en nombre de ésta unas letras de cambio con las que se procede al pago del alquiler de maquinaria pesada para obras. Llegado el vencimiento, los títulos resultaron impagados, por lo que se notificó notarialmente al aceptante y al avalista. Este último declara, en las diligencias preparatorias de ejecución, que las firmas se parecían a las que usaba, pero que no podía asegurarlo. La sociedad alega la imposibilidad de avalar gratuitamente a terceras personas, por entender que tal acto es una especie de donación, o regalo, y por ello, no comprendido en el giro o tráfico normal de una empresa.

La citada sociedad recurre ante el Tribunal Supremo por infracción del artículo 76-2.º de la Ley de Sociedades Anónimas.

(M.<sup>a</sup> L. A. G.)

37. *Representación mercantil. Revocación del apoderamiento.*—Como ha recogido la doctrina de esta Sala en las S. de 25 de noviembre de 1965 y 17 de diciembre de 1974, el apoderamiento otorgado subsiste en tanto no se produzca la anotación de cancelación del mismo en el Registro.

*Principio de publicidad registral.*—La no constancia registral, al tiempo de la aceptación de la letra de cambio, de las modificaciones de las facultades de apoderamiento, implica, para la sociedad recurrente, ante su desidiosa conducta, una ratificación tácita del actuar del apoderado. (Sentencia de 26 de junio de 1984; no ha lugar.)

ANTECEDENTES.—Un Banco tenedor legítimo de una letra de cambio librada por una sociedad de responsabilidad limitada, ajena al procedimiento, y aceptada por una sociedad anónima, quien aduce la inexistencia de aceptación alegando la falta de las firmas para ello, y, la circunstancia de no adeudar nada a la libradora (en base a que el aceptante carecía de facultades de apoderamiento, al suprimirse el Consejo de Administración y sustituirse por Administradores solidarios) deduce su acción, con la finalidad de ser reintegrado en el importe de dicha letra, junto con sus intereses y gastos de protesto.

La pretensión es acogida en las sentencias de la instancia, declarándose en ambas, como hechos cumplidamente probados, tanto la condición del demandante de tenedor legítimo del efecto cambiario, como la circunstancia de que a la fecha del libramiento del mismo el apoderado aceptante tenía facultades para ello.

(M.ª L. A. G.)

38. *Sociedad anónima. Censores de cuentas. Concepto.*—«Son un órgano de la sociedad encargado de la fiscalización y revisión posterior de la actuación de los administradores de la misma, sobre todo en garantía de las minorías y en interés de los socios».

*Censores de cuentas. Nombramiento.*—Como se ha contemplado en las sentencias de esta Sala de 31 de mayo de 1957, 7 de febrero de 1967 y 30 de enero de 1974, en aquellos supuestos en los que, por el escaso número de socios, la sociedad no cuenta con dos accionistas que no sean administradores, puede omitirse la necesaria designación como censores de dos accionistas, y así cumplir con el contenido del artículo 108 de la Ley de Sociedades Anónimas, el cual prohíbe nombrar censores a los miembros del Consejo de Administración.

*Tutela de minorías.*—La minoría tiene derecho a elegir un tercer censor y su suplente, miembros del Instituto de Censores Jurados de Cuentas, no accionistas (art. 108-2.º LSA), cuyas facultades, en cuanto al contenido del informe técnico que ha de emitir, son más limitadas que las atribuidas por la norma a los accionistas censores. (Sentencia de 4 de abril de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se impugna el nombramiento de censores de cuentas, adoptado por la Junta General ordinaria de una sociedad anónima.

La Audiencia Territorial declara nulo el acuerdo impugnado y el Tribunal Supremo ratifica el fallo de la instancia, ante el recurso interpuesto por la sociedad.

(M.ª L. A. G.)

39. *Sociedades Anónimas. Acuerdos del sindicato de obligacionistas.*—El artículo 127 de la Ley de Sociedades Anónimas, que faculta al sindicato de obligacionistas a modificar las condiciones del préstamo, implica no solamente la posibilidad de alterar las modalidades accesorias sino también las esenciales, como son las relativas a la devolución del principal, tanto por lo que se refiere al procedimiento, como a la fecha, la suspensión de un sorteo o a la prórroga del plazo de amortización que no son en definitiva sino alteraciones de las condiciones de la emisión, naturalmente siempre que no se adopten arbitrariamente, tengan una justificación objetiva y sean necesarias al bien común, lo que excluye los supuestos como los que contempló la sentencia de este Tribunal de 4 de enero de 1962.

*Alcance de los acuerdos del sindicato. Pueden afectar a obligaciones vencidas.* Entre las facultades que son de la competencia de la asamblea de obligacionistas

está la de modificar las condiciones del préstamo, pero tutelando los intereses comunes de los obligacionistas. Es correcto el acuerdo de que las modificaciones de las condiciones del préstamo afecten también a las obligaciones sorteadas, en las que el crédito está vencido y es exigible su valor nominal.

*Carácter del sorteo de obligaciones.*—El sorteo de obligaciones atribuye preferencia a ser reembolsado por las obligaciones que resulten favorecidas, pero es insuficiente para integrar una variación jurídica sustantiva de la obligación como tal; afecta al pago o reembolso del acreedor (obligacionista) que en vez de hacerse en la fecha de vencimiento establecida se efectúa antes, en forma de pago anticipado, por medio de convenio, con las especialidades propias de la materia y sobre todo con la particularidad de que no pasa de ser una promesa de pago anticipado, que no implica una verdadera modificación de la obligación del tipo previsto en el número 1.º del artículo 1.203 C. c., a cuyo tenor las obligaciones pueden modificarse variando su objeto o sus condiciones principales porque ninguna de las dos cosas resulta modificada, sino solamente el momento o tiempo del vencimiento, que no pasa de ser una simple determinación accesoria de la obligación nacida del contrato de préstamo que con la misma voluntariedad con que se estableció puede ser rectificadas con el consentimiento de la colectividad de obligacionistas de una y otra clase, expresada con la mayoría absoluta que reflejó la votación en la asamblea. (Sentencia de 3 de marzo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—El sindicato de obligacionistas de «Astilleros Españoles, S. A.», derivado de la emisión de obligaciones hipotecarias de dicha entidad de 23 de julio de 1971, dentro de la cual se preveía la amortización progresiva de los títulos mediante sorteos periódicos. En concreto, el 19 de diciembre de 1979 resultaron amortizados por ese sistema de sorteo 132.180 títulos. El 5 de mayo de 1980 se celebró asamblea de obligacionistas entre cuyos acuerdos figuró el de modificar las condiciones de reembolso de las obligaciones que resultaron designadas para amortizar y cuyo importe no había sido todavía reembolsado; se prorrogaba el plazo de reembolso y se ampliaba el interés. La actora, Caja de Ahorros de Cataluña, titular de obligaciones beneficiadas por un sorteo, solicitaba la declaración de nulidad del acuerdo en cuestión, por estimar que la asamblea de obligacionistas no podía acordar nada que afectase a obligaciones favorecidas por un sorteo de amortización ya celebrado. La Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial de Madrid estimó la demanda, pero el Tribunal Supremo declaró haber lugar al recurso interpuesto por el sindicato de obligacionistas.

(R. de A.)

40. *Levantamiento del velo de la sociedad anónima.*—La más autorizada doctrina, en el conflicto entre seguridad jurídica y justicia, se ha decidido prudencialmente, y según casos y circunstancias, por aplicar por vía de equidad y acogimiento al principio de la buena fe, la tesis y práctica de penetrar en el «substratum» personal de las entidades o sociedades, a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que al socaire de esa ficción o forma legal (de respeto obligado, por supuesto) se puedan perjudicar ya intereses privados o públicos o bien ser utilizada como camino del fraude, admitiéndose la po-



sibilidad de que los jueces puedan penetrar («levantar el velo jurídico») en el interior de esas personas cuando sea preciso para evitar el abuso de esa independencia en daño ajeno o contra los derechos de los demás... Lo cual no significa —ya en el supuesto del recurso— que haya de soslayarse o dejarse de lado la personalidad del ente gestor constituido en sociedad anónima sujeta al Derecho privado, sino sólo constatar, a los efectos del tercero de buena fe (la actora y recurrida perjudicada), cuál sea la auténtica y «constitutiva» personalidad social y económica de la misma, el sustrato real de su composición personal (o institucional) y negocial, a los efectos de la determinación de su responsabilidad «ex contractu» (debe de querer decir «ex delicto») o aquiliana, porque, como se ha dicho por la doctrina extranjera, «quien maneja internamente de modo unitario y total un organismo no puede invocar frente a sus acreedores que existen exteriormente varias organizaciones independiente» y menos «cuando el control social efectivo está en mano de una persona, sea directamente o a través de testaferros o de otra sociedad», según la doctrina patria.

También en el ámbito del Derecho administrativo, cuando se habla de los entes públicos o de gestión, a los que se reviste de una forma jurídica perteneciente al Derecho privado (sociedades anónimas, por ejemplo), no se hace sino utilizar una técnica ofrecida por ese Derecho de modo instrumental, del uso de un procedimiento en el que la sociedad aparece como una simple forma para encubrir la creación de un ente filial puro y simple, externamente regida por el Derecho privado, pero en realidad de la pertenencia de la Administración tal como en el caso del recurso ocurre y se declara por la sentencia de instancia, en el que según el contrato, el Ayuntamiento es órgano de la sociedad municipal y el Alcalde su Presidente del Consejo, es decir, con el poder de gestión de la entidad, circunstancia más que suficiente para no considerar tercero o extraño al Ayuntamiento con respecto a la sociedad municipal demandada y, en consecuencia, bastante para llegar a la misma conclusión que la sentencia impugnada, es decir, que la interpelación hecha al Municipio vale para la sociedad como órgano integrante de ésta y que ésta no puede ni debe pretender escapar a sus efectos, determinados en el artículo 1.973 del Código civil, por consiguiente no violado. (Sentencia de 28 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—La actora había sufrido daños como consecuencia de una rotura de la red de abastecimiento de agua ocurrida en junio de 1977. El 17 de abril de 1978, la perjudicada dirigió reclamación previa contra el Ayuntamiento de Palma de Mallorca. El Ayuntamiento contestó que el mantenimiento de la red correspondía a la empresa municipal (con forma de sociedad anónima) EMAYA. Luego, la perjudicada dirigió demanda contra el Ayuntamiento y contra EMAYA, S. A., previo acto de conciliación el 23 de febrero de 1979. El Juzgado desestimó la demanda. La Audiencia revocó la anterior sentencia, estimado en parte de la demanda (condenaba a AMAYA, S. A.) Esta última entidad recurrió en casación, alegando, como ya lo había hecho antes, que frente a ella había prescrito la acción, al amparo del número 2.º del artículo 1.968 del Código civil. En efecto, los daños habían sido en junio de 1977 y la prescripción se había interrumpido frente al Ayuntamiento (por la reclamación previa de abril de 1978), pero no frente a EMAYA, pues el acto de conciliación dirigido contra ella fue en febrero de 1979, es decir, transcurrido un año desde el hecho dañoso.

En casación, EMAYA, S. A. invocaba la violación del artículo 1.973 del Código civil (relativo a la interrupción de la prescripción) y por tanto también la del 1.968, número 2.º.

El Tribunal Supremo sienta la interesante doctrina que acabamos de reproducir en parte, por la que, a través del «levantamiento del velo» de EMAYA, S. A., llega a identificar su sustrato personal con el del Ayuntamiento (frente al cual sí se había interrumpido en forma la prescripción), concluyendo que dicha interrupción afectaba también a EMAYA, S. A.

(R. de A.)

41. *Contrato de depósito en cuenta corriente. Falsificación de talón bancario. Ausencia de responsabilidad en el empleado del banco.*—No incurre en negligencia (art. 1.104 del Código civil) el empleado del banco que pagó un talón bancario falsificado, pues el dictamen pericial practicado en autos demostró la perfecta falsificación de las firmas o su exactitud con la del depositante y tenedor legítimo (demandante y recurrente), falsificación sólo discernible con medios técnicos complejos y adecuados. El empleado de la ventanilla bancaria no dejó de actuar con la diligencia exigible.

Ante la invocación por el recurrente de la teoría del riesgo, cabe decir que aun con la aplicación de la teoría de la responsabilidad cuasiobjetiva, más bien traspaso o inversión de la carga probatoria, es aquel empleado favorecido por la prueba practicada y en cuya virtud no es posible reprochar al empleado una conducta culposa o incumplidora de los deberes normales de su función, incluso de los más exigentes, relativos a la comprobación del documento y a la identidad del tenedor del cheque (*sic*). (Sentencia de 7 de junio de 1984; no ha lugar.)

(R. de A.)

42. *Ampliación de capital en sociedad anónima.*—Es válida y eficaz la decisión de la junta general de unificar el tiempo de suscripción y el del pago de las nuevas acciones, de forma que la falta de desembolso impedía que se tuviese por verificada la suscripción. Por tanto, es válido el acuerdo del Consejo de Administración por el que se tuvo por renunciantes a las actoras respecto a la suscripción de las acciones cuyo importe no desembolsaron dentro del plazo máximo establecido por la junta.

*Caducidad del derecho de suscripción preferente.*—Con el transcurso del plazo establecido por la junta general para realizar el desembolso de las nuevas acciones caducó el derecho de las actoras a su suscripción preferente, así como el de ceder tal derecho a otro accionista.

*Actos propios.*—Aunque es cierto que la sociedad aceptó una cantidad recibida el 6 de junio, es decir, después de finalizado el plazo para el desembolso, y la aplicó a la suscripción de acciones por su importe, ello no refleja más que un acto de condescendencia al que no venía constreñida la sociedad y que, desde luego, no le vincula como acto propio para aceptar cantidades recibidas con posterioridad.

*Emisión de acciones con desembolso parcial.*—No es aplicable al caso el artículo 44 de la Ley de Sociedades Anónimas, cuyo presupuesto lo constituye el acuerdo de emisión de acciones con desembolso parcial, pues en el caso enjuiciado las actoras no llegaron a adquirir la titularidad de las acciones a cuya suscripción tenía: derecho preferente, al no desembolsar su total importe dentro del plazo señalado en el acuerdo de emisión. (Hay que advertir que en dicho acuerdo se había optado por el desembolso total y simultáneo a la suscripción).

*Imputación de cantidades entregadas a la sociedad a la suscripción de todas las acciones nuevas a las que las actoras tenían derecho de suscripción preferente.* Si la suscripción exigía el desembolso completo del importe de las acciones nuevas, no puede admitirse la argumentación de las recurrentes tendentes a que las cantidades por ellas entregadas debió haberse imputado a la totalidad de las acciones que proporcionalmente tenían derecho a suscribir. (Sentencia de 21 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Las actoras habían entregado, fuera de plazo pero con aceptación por parte de la sociedad, unas cantidades que no cubrían el total precio de las acciones nuevas sobre las que tenían derecho preferente de suscripción. En su demanda solicitaban que se les considerase suscriptoras de todas las acciones nuevas a las que tenían derecho, admitiéndose el pago del precio establecido. El último apartado del presente extracto se refiere al siguiente argumento de las actoras: ya que se nos han aceptado ciertas cantidades por cuenta de la suscripción, que se considere que hemos querido suscribir todas las acciones nuevas a las que tenemos derecho, imputando parcialmente a la totalidad de dichas acciones las cantidades entregadas. La Sala rechaza la pretensión.

(R. de A.)

43. *Sociedad anónima no inscrita. Naturaleza de la situación.*—La escritura pública de constitución en tanto no se inscribe en el correspondiente Registro no da lugar a una sociedad anónima con personalidad, efectos y posibilidad de ejercicio de acciones civiles como tal, a tenor de lo dispuesto en el artículo 6 de la Ley reguladora de las Sociedades Anónimas, que tampoco posibilita una sociedad irregular con este carácter; pero sí crea un ente social o vínculo societario con aspecto y consideración civil —que autoriza «a sensu contrario» el artículo 1.670 del Código civil, en cuanto se han cumplido los requisitos de forma y fondo prevenidos por dicho Código para generar relación societaria— constitutivo de una sociedad privada de índole civil, con efectos en el ámbito estrictamente civil.

*Idem. Atribución de los bienes aportados.*—Si bien es cierto que la sociedad anónima constituida en la escritura no adquirió personalidad jurídica como tal hasta su inscripción, momento en el que adquiere los bienes aportados, no cabe desconocer que el convenio social otorgado, con la correspondiente aportación a su base económica de una finca por parte de un socio, desplazó el dominio de ésta al ente social (1) creado, y aún más en cuanto que la aportación de la finca

(1) De índole civil.

no fue pacto que se hubiera mantenido oculto entre los socios, al venir constatado en escritura pública. Conclusión ésta que no impide ni el artículo 6.º de la Ley de Sociedades Anónimas ni la doctrina de la Sala.

*Idem. Tercería de dominio sobre finca aportada.*—No puede realizarse embargo de la finca aportada en escritura de constitución de sociedad anónima todavía no inscrita en exclusividad con relación al socio que la aporta, por cuanto entre tanto no se produzca la inscripción registral existe una sociedad privada de índole civil a la que se desplaza el dominio de la finca. Caso de efectuarse el embargo, la sociedad receptora está provista de acción de tercería de dominio, pues tras la aportación a dicho ente social únicamente ha quedado atribuido al precitado socio una participación de cuota indivisa referida a sus derechos societarios, que es lo único que podría serle embargado, como consecuencia de la proporcionalidad que le viene atribuida en relación con su respectiva cuota según previene el artículo 393 del Código civil. (Sentencia de 24 de marzo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de tercería interpuesta por una sociedad anónima frente al embargo anotado después del otorgamiento de la escritura constitutiva, pero antes de la inscripción, sobre finca aportada, y decretado en expediente de apremio seguido por la Recaudación de Tributos contra el socio aportante.

Debe destacarse en el caso que la reclamación administrativa previa fue realizada por la sociedad tercerista antes de su inscripción, si bien la demanda de tercería es posterior a ésta; dato revelante de cara a la legitimación y requisitos de procedibilidad. Por lo demás, la sentencia es confusa en cuanto a si, entre tanto no se inscribió la sociedad anónima, existió un ente social dotado de personalidad (lo que parece resultar de algunos considerandos) o tan sólo una situación de comunidad de bienes (en la que en definitiva parece apoyarse al argumentar la procedencia de la tercería).

(J. C.)

### III. DERECHO PROCESAL

44. *Constitución de explotación de actividades en común. Fuerza de ley del contrato entre las partes. Litisconsorcio pasivo necesario. Contrato de arrendamiento no probado.*—El alegato de que la relación jurídico procesal estuvo mal constituida por faltar el indispensable litisconsorcio pasivo necesario, a causa de que no fue demandada la mujer del en su día demandado (hoy recurrente) debiendo haberlo sido pues también era titular de la sociedad existente, choca con los términos claros y terminantes del contrato inicial que, con la fuerza de ley que, para los intervinientes, le atribuye el artículo 1.091 del Código, es el rector de sus relaciones, el cual se circunscribe a los dos que exclusivamente aparecen como contratantes, por lo que la relación jurídico procesal, derivada de la contractual, sólo podía constituirse entre ellos, no pudiéndose incluir a la mujer del demandado que allí no figura y sin que sea posible alegar la norma de 1.139 que exige la existencia de una cotitularidad que, en este caso, no se ha acreditado; con lo que no puede confundirse la intervención *de hecho* de dicha señora, ayu-

dando y colaborando con su marido en la marcha del negocio, que no tuvo, ni podía tener repercusión jurídica alguna a estos efectos.

El recurrente denuncia violación del 57 de la vigente Ley de Arrendamientos Urbanos, relativo a la prórroga forzosa del contrato de arrendamiento, haciendo supuesto de la cuestión, respecto de la existencia de un contrato de arrendamiento al que dicho precepto pudiese ser de aplicación, siendo así que, como se ha visto, el resultado probatorio acreditó justo todo lo contrario. (Sentencia de 14 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(L. F. R. S.)

45. *Elementos necesarios para que se produzca el efecto de cosa juzgada material. Doctrina civil: no contiene.*—Para que se produzca el efecto de cosa juzgada es necesario que se dé la precisa trilogía establecida en el artículo 1.252 del Código civil de «*eadem personae*», «*eadem res*» y «*eadem causa petendi*», y que con su concurrencia inciden en el apotema jurídico «*non bis in eadem*». Con respecto a la «*causa petendi*» hay que aclarar que una cosa es pedir una atribución de dominio con base en entender que se dan las circunstancias que determinan una situación posesoria amparada por una concreta norma legal, la del Real Decreto de 1 de diciembre de 1923, y otra solicitar aquella atribución de dominio con base en la simple acción del tiempo, por vía de la prescripción adquisitiva, y por tanto con independencia de la referida normativa, sancionada por el aludido Real Decreto. Esto evidentemente implica diversidad de acciones generantes de diversidad de causas, impeditivo de crear situación de cosa juzgada, como tiene declarado la Sala Primera del T. S., y reiterado según una reciente sentencia de 14 de junio de 1982. (Sentencia de 17 de febrero de 1984; no ha lugar.)

(P. M. H.)

46. *Litisconsorcio pasivo necesario. Tratamiento en casación.*—El primero de los motivos del recurso, por el cauce del núm. 1.º del art. 1.692 de la L. E. C., invoca la infracción del art. 4.º de la L. E. Crim.; y siquiera sea jurisprudencia muy reiterada de esta Sala que «*ley*» en el sentido y a los fines del invocado número del art. 1.692 lo es únicamente la disposición de ese rango cuando además sea de naturaleza sustantiva y ésta civil, rechazándose por lo tanto como inhábiles para fundar por su infracción el recurso de casación las disposiciones que no sean leyes o que, siéndolo, no sean sustantivas sino procesales y máxime si a esta calificación suman la de no corresponder al orden civil sino al penal, circunstancias todas que concurren en la Ley de Enjuiciamiento Criminal que suministra el artículo 4.º invocado por el motivo en estudio, pero, con todo, también se ha dicho por esta Sala que los preceptos, cualquiera que sea su verdadera naturaleza, se transmutan en sustantivo-civiles cuando por su aplicación hacen imposible la continuación del juicio civil, situación en la cual y a falta de otro encaje más preciso, se hace inexcusable encuadrar su infracción en el tan repetido número 1.º del art. 1.692 de la L. E. C.

*No existe litisconsorcio pasivo necesario por no demandar al fiscal.*—Que no existe litisconsorcio pasivo necesario lo persuade la índole de las cuestiones debatidas, puesto que consisten en diferencias habidas entre socios de una sociedad

anónima y paralelamente partícipes de una comunidad de bienes íntimamente vinculada a la primera. Se equivoca por tanto la Audiencia Territorial cuando estima, de oficio, la concurrencia de una situación litisconsorcial pasiva con el carácter de necesaria, fundada en no haber sido parte en el juicio el Ministerio Fiscal. (Sentencia de 16 de mayo de 1984; ha lugar.)

HECHOS.—Una sociedad anónima y uno de sus socios, actuando éste por sí y en interés de una comunidad de bienes a la que también pertenecía, entablaron demanda contra un individuo, tendente a que se declarase que el demandado no era ni socio de la anónima ni miembro de la comunidad. El demandado formuló reconvencción.

El Juzgado de Primera Instancia estimó la demanda en un extremo intrascendente y también parcialmente la reconvencción, declarando que el demandado-reconviniendo sí era socio de la anónima y miembro de la comunidad de bienes en cuestión. La sentencia —el extremo es importante— fue de 5 de octubre de 1981. Hay que hacer notar que el 19 de enero de 1981 la Audiencia Provincial de Orense había dictado auto, teniendo por planteada la cuestión prejudicial civil del artículo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Criminal con base en el juicio de mayor cuantía que comentamos, «por poder influir, como presupuesto básico, la ejecutoria que allí recaiga, en la existencia o inexistencia del delito de apropiación indebida» objeto de las diligencias penales.

Con base en la existencia de este auto, la Sala de lo Civil de la Audiencia Territorial, en el recurso de apelación de los autos comentados, dictó sentencia estimando de oficio la concurrencia de una situación litisconsorcial pasiva con el carácter de necesaria, fundada en no haber sido parte el Ministerio Fiscal en el juicio civil.

(R. de A.)

47. *Carga de la prueba.*—Si el artículo 1.214 del Código civil, en cuanto regulador del «onus probandi», sólo debe ser aplicado cuando se trate de un hecho no probado y cuya falta de prueba debe soportar aquél sobre el que pesaba la carga de acreditarlo, es manifiesto que no entra en juego en casos como el presente, en el que el juzgador declara probados los hechos básicos de la oposición.

*Prueba de presunciones.*—Entre el hecho admitido por los litigantes y aquél que se trata de demostrar no existe la necesaria conexión y congruencia para que la realidad del primero conduzca al conocimiento del segundo, antes al contrario, el hecho de haber abonado en la cuenta corriente el millón de pesetas, después de haberlo cargado en pago del indicado talón, parece deducirse el reconocimiento por el Banco de que tal pago lo realizó indebidamente. (Sentencia de 18 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Este caso versaba en realidad sobre una cuestión de hecho. Un banco había atendido un talón de un millón de pesetas, siendo así que el titular de la cuenta corriente y firmante del efecto afirmaba haber hecho llegar al banco, antes de la fecha del pago, una carta por la que se ordenaba a la entidad bancaria

esperar instrucciones antes de abonar el talón. La Audiencia, contra lo resuelto por el Juzgado, consideró que el banco no había probado lo que alegaba, es decir, que la carta en cuestión se había recibido en sus oficinas días después de la fecha que en dicha carta figuraba, por lo que el abono del talón se hizo sin conocerse todavía la oposición del titular de la cuenta corriente.

(R. de A.)

48. *Prueba de presunciones. Cauce procesal.*—El artículo 1.253 del Código civil no contiene norma valorativa de prueba que pueda sustentar la demostración de un error de Derecho (SS. de 29 de septiembre de 1982, 18 de octubre de 1982, 29 de octubre de 1982, etc.) y su cita y alegación, si se ataca el nexo lógico de la presunción ha de hacerse por el cauce del número primero del art 1.692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil (SS. de 10 de junio y 13 de noviembre de 1981).

*Idem. Valoración.*—Es también doctrina reiterada que para enervar con el recurso de casación la inferencia judicial, es decir, el enlace entre el hecho base y el hecho consecuencia, ha de ponerse muy de manifiesto que esa actividad judicial atenta contra las reglas del buen sentido y de la sana lógica y que la conclusión sea absurda, ilógica o inverosímil (SS. de 26 de marzo de 25 de abril y 18 de octubre de 1982), con la consecuencia de mantenerla si así no ocurre.

*Mandato expreso o tácito. Ratificación por el mandante.*—Como dice la sentencia de 15 de junio de 1966, si bien es cierto que el contrato celebrado por el mandatario con los terceros, fuera de los límites del mandato o con poder insuficiente o nulo, no obliga al mandante, también lo es que puede ser ratificado por éste (art. 1.727, 2.º C. c.) expresa o tácitamente, forma esta última que tiene lugar cuando sin hacer uso de la acción de nulidad acepta en su provecho los efectos de lo ejecutado, mostrando así su consentimiento concordante con el del tercero.

Si la ratificación se da, se considera el negocio como válido y eficaz, y suplida así la falta de apoderamiento previo, estimándose que en virtud del mandato ostensible o representativo aparente queda obligado en favor de los terceros, siempre que éstos hayan podido legítimamente suponer la existencia del mandato. (Sentencia de 10 de mayo de 1984; no ha lugar.)

HECHOS.—Se trataba de la recepción, por parte del constructor de un edificio, de ciertas cantidades entregadas por el matrimonio demandante a cuenta del precio de dos pisos en dicho inmueble. La Audiencia Territorial consideró probado que el promotor del edificio había recibido del constructor las cantidades citadas y había consentido y ratificado el contrato celebrado entre aquél y el matrimonio en cuestión.

(R. de A.)

49. *Liberación del inmueble objeto de subasta. Entrega de talón no conformato antes de verificarse el remate. Suspensión de la subasta.*—El único problema debatido es el de dilucidar si la liberación del inmueble objeto de la subasta decretada por el Auto recurrido, se ajustó o no a la normativa del artículo 1.498

de la Ley de Enjuiciamiento, lo que implica, a su vez, dos cuestiones: en primer lugar si el acto discutido se efectuó antes de verificarse el remate; y en segundo término, si la entrega de un talón no conformado puede reputarse como verdadero pago de principal y costas.

El Auto recurrido contiene la declaración puramente fáctica de que la «circunstancia se produjo antes de ser aprobado el remate»; declaración que no fue impugnada por la vía procesal pertinente y que, consiguientemente, tiene que respetarse. Lo segundo tiene que ponerse en relación con el art. 1.170 del Código, pero no solo, como hace el recurso, con su párrafo primero, sino con todo el precepto; y es visto que el párrafo segundo preceptúa que «la entrega de pagarés a la orden o letras de cambio u *otros documentos mercantiles*, sólo producirán los efectos del pago cuando hubiesen sido realizados...», añadiéndose en el párrafo 3.º que «entre tanto, la acción derivada de la obligación primitiva, quedará en suspenso»; por lo que, tratándose de uno de aquellos documentos a que se refiere el legislador, tuvo que haberse producido la suspensión hasta que el efecto hubiese sido realizado, a lo que no puede ser obstáculo el hecho de que el talón bancario no estuviese conformado, porque la «conformidad», de uso frecuente en la práctica mercantil, no es un requisito legalmente exigido que pueda modificar el precepto en cuestión. (Sentencia de 22 de marzo de 1984; no ha lugar.)

(L. F. R. S.)

50. *Juicio declarativo. Alcance de la cosa juzgada. Cuestiones que pudieron excepcionarse y oponerse en el juicio ejecutivo.*—Conforme a la doctrina correctora en torno al art. 1.479 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, establecía por reiterada jurisprudencia contenida, entre otras, en la sentencia de 9 de febrero de 1977, no es admisible que en posterior juicio declarativo puede el ejecutado plantear cuestiones —incluso el pago— que en el ejecutivo pudo excepcionar y oponer, paliando o paralizando éste, habiendo tenido cabal conocimiento de los diversos momentos procesales y siendo sólo a él imputable la pasiva situación de rebeldía mantenida en el caso.

En general, según la sentencia de 6 de octubre de 1977, no pueden volver a discutirse los defectos del título ni las faltas que en el procedimiento pudieran haberse cometido, a las cuales no se opuso el ejecutado oportunamente, ni las excepciones que pudieron formularse y resolverse en el ejecutivo en forma de oposición o nulidad.

*Idem. Excepción de pago.*—Siendo de cargo del deudor en el juicio ejecutivo cambiario no sólo el saldo de la cantidad principal, sino también los gastos de protesto, los intereses del principal desde su fecha y las costas causadas hasta el completo pago, no puede operar la excepción de pago, ex art. 1.464-2.º de la Ley Procesal Civil, ni evitarse el embargo y subsiguiente continuación del procedimiento sin la previa entrega de las mencionadas cantidades en su totalidad, aunque el tenedor haya sido reembolsado del principal, según resulta de los artículos 1.445 1.446, 1.473 y 1.474 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. (Sentencia de 29 de mayo de 1984; no ha lugar.)

(J. C.)



**Suscripción anual: España, 4.900 pesetas**  
**Extranjero, 5.700 pesetas**  
**Número suelto: España, 1.600 pesetas**  
**Extranjero, 2.000 pesetas**