

“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.; MOSCOI, 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 per 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'ambedue, 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 pericidada (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 pericidamiento— hubiese pericidado 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 impossibilitá 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; RODOŤÁ, 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. RODOŤÁ, 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 apprezzarsi 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 conservar-se 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 vigencia 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, pre-
visibles 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 RODÒ, «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, RODÒ 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 (op. y loc. 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 conseguirla».

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^e 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, «Revisión crítica...», 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.^a 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 ilícito 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. ult. cit.*, p. 125, y MENGONI, *op. y loc. ult. cit.*

(188) Cfr. NATOLI, *ibidem*.

Por la aplicación del art. 2.045 C. civ. it. a la responsabilidad contractual se pronuncia en Italia, BARASSI, *op. ult. 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.

dida 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. 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. 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 nexu 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. MAFFEI, *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. MAFFEI, *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 impeditivo 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 impeditivo 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 impeditivo 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 sobrevinida 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» (Umstände, 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 deber 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 deber 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 commisura 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 commisurada 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 commisura 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.

