

## BIBLIOGRAFIA

### Nota crítica

#### **DILIGENCIA, CULPA, INCUMPLIMIENTO Y RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL**

**A propósito del libro de Francisco Jordano Fraga  
«La responsabilidad contractual» (\*)**

El estudioso español de Derecho civil que no se ocupa monográficamente del tema de la responsabilidad contractual descansa plácidamente sobre un esquema claro al que reputa —aunque no lo reconozca— inmovible y carente de puntos débiles: el deudor responde de su incumplimiento sólo si la causa de éste fue su culpa o su dolo, presumiéndose *iuris tantum* la culpa y, por ello, pudiendo exonerarse dicho deudor de toda responsabilidad si prueba la ausencia de la culpa mencionada (salvo que haya previamente pactado que también responde sin culpa). Esta monografía de Francisco Jordano Fraga, joven profesor titular de Derecho civil de la Universidad de Sevilla, se pregunta, desde la raíz, si lo dicho es exacto, hasta qué punto y cuándo, así como por qué se ha llegado a tal formulación, suscitando la cuestión de si la responsabilidad contractual surge —en muchos casos— sólo por el incumplimiento, desplazando así la culpa como fundamento de dicha responsabilidad. El tema fue ya abordado por el autor, respecto del Derecho italiano, en su tesis boloñesa, como advierte, en un preciso *Prólogo*, el prestigioso civilista Francesco Galgano, director de dicha tesis doctoral, continuando Jordano Fraga reflexionando sobre esta problemática, ya con relación al Derecho español, en cinco estudios monográficos posteriores, tres publicados en el «ADC», uno en la «RDM» y otro en la «RCDI», como refiere él mismo en una *Nota introductoria*, en la que anuncia muy sintéticamente el contenido y la finalidad del libro. El capítulo I se titula *Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español* (págs. 25 a 84). En él, Jordano distingue, respecto del problema del fundamento de la responsabilidad por el incumplimiento contractual, las llamadas doctrinas subjetivistas y las objetivistas, consistiendo las primeras en el hecho de condicionar la relevancia del incumplimiento al presupuesto de la culpa, de modo que fundamento de la responsabilidad contractual es siempre la culpa (pág. 40), y las segundas —que sufren una evolución— en el de conectar la responsabilidad contractual al mero hecho del incumplimiento (págs. 41, 42 y 57). A su juicio, que se forma partiendo de abundantes aportaciones doctrinales, el criterio de la culpa como base de la responsabilidad contractual no es originario del Derecho romano clásico (pág. 44), siendo juristas posteriores (posclásicos y justinianeos), movidos por exigencias moralizadoras y sistemáticas (pág. 55), los que sientan las bases de la tesis de la culpa como fundamento de tal responsa-

---

(\*) Civitas, Madrid, 1987.

bilidad, orientación que tiene entrada en el Derecho común (pág. 56) y, al menos, en la letra de los Códigos civiles decimonónicos y posteriores (págs. 63 y ss.); señala, no obstante, la creciente tendencia, ya en este siglo, al «objetivismo», fundamentando éste en necesidades colectivas: parte de que «... lo que subyace en el fondo de la cuestión es algo que está en la base de todo el Derecho privado moderno: la exigencia de tutela del crédito» (pág. 68), para concluir que dicho problema «... no se resuelve en un conflicto personal acreedor-deudor, ni tan siquiera en un conflicto de clases..., sino que es un problema que afecta a la totalidad del tráfico y que está, por ello, en la base del ordenamiento, en sus principios generales» (pág. 68), siendo una exigencia de orden público (pág. 69). Tras advertir que «... en este ámbito y bajo el ropaje de las fórmulas tradicionales se esconden a veces criterios de decisión nuevos» (pág. 70), y resaltar las incoherencias de la tesis subjetivistas (principalmente págs. 79 y 80), centra el problema en el prisma corrector de la carga de la prueba (págs. 74 y ss.), llegando a afirmar que es un hecho históricamente demostrable que «... nunca... la ausencia de culpa ha bastado para exonerar al deudor incumplidor (lo que) ... cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual» (pág. 81). Termina el capítulo anunciando su plan general para el resto del libro. Se titula el capítulo II *Las reglas generales de la responsabilidad contractual en el sistema del Código civil español*. Tras exponer los antecedentes históricos más significativos del esquema responsabilidad-exoneración comprendido en los artículos 1.101 y 1.105 del Código civil español (Código napoleónico, Código italiano de 1865 y Proyecto de García-Goyena) y comentar brevemente lo que el autor denomina el «primer objetivismo» representado por el artículo 1.218 del Código italiano de 1942, intenta Jordano formular con la mayor precisión posible el esquema del régimen general de nuestro Código civil sobre la relación responsabilidad-exoneración, contenido en los artículos 1.101, 1.105 y 1.182: el deudor —según el autor— responde porque incumple; para eludir tal responsabilidad necesita provocar el hecho exoneratorio, hecho que, simultáneamente, produce la no responsabilidad y la extinción de la obligación; en otros términos, si la imposibilidad (definitiva) no se debe a culpa (ni dolo) del deudor, la obligación se extingue; y, si se extingue, ya no hay que cumplir y, por ello, tampoco hay que responder; si se responde es (siempre) porque se incumple (*vid.* páginas 100 y ss., princ. págs. 104 y 105). (Que esto merezca el nombre de «objetivismo» o que sólo sea un modo parcialmente más preciso de formular el subjetivismo tradicional escamoteando el ingrediente subjetivo del hecho exoneratorio mediante la utilización jurídico-material del factor procesal de la carga de la prueba es tema que abordaré en el comentario posterior, en el que, asimismo, cuestionaré si es didácticamente útil afirmar que no existe incumplimiento si el deudor —no culpable o no responsable de la imposibilidad definitiva— no tiene ni que realizar la prestación debida ni que indemnizar.) Seguidamente intenta coordinar las normas generales de responsabilidad del Código civil con otras normas generales del Derecho de obligaciones, concretamente las de los artículos 1.104 (diligencia) y 7 (buena fe), planteando problemas tan importantes como el de la graduación de la culpa, el sentido de la figura del padre de familia o, sobre todo, el de la concepción amplia de la relación obligatoria, provocada por la innegable vigencia del citado principio de la buena fe, que provoca en el deudor múltiples obligaciones accesorias posibles, ampliándose de este modo el ámbito de la responsabilidad contractual, mereciendo especial mención las alusiones a las llamadas

*Schutzpflichten* (deberes de protección) que, añadiéndose a las *Leistungspflichten* (deberes de prestación), configuran la posición pasiva de la relación obligacional de manera diversa de la que se adopta en una primera observación (*vid.* páginas 139 a 145), lo que nos aporta datos útiles a la hora de enjuiciar el problema que la monografía aborda: no se olvide además que, en sentido inverso, «... la buena fe se convierte en un instrumento de moderación del (eventual) rigor de la responsabilidad contractual» (pág. 141, también en la 146). Pasa luego el autor a tratar el límite de la responsabilidad del deudor que denomina «imposibilidad liberatoria» (págs. 150 y ss.), distinguiendo diversos tipos o grados de imposibilidad (necesariamente sobrevenida) (pág. 151), relacionando a ésta con la diligencia y aludiendo a la distinción entre obligaciones de resultado y de medios, advirtiendo que en estas últimas la diligencia misma constituye el cumplimiento (pág. 176); por ello, el incumplimiento (en sentido material) consiste precisamente en la culpa, culpa (falta de diligencia) que, sin embargo, no basta para establecer definitivamente la responsabilidad del deudor, que sólo se da si subsiste el vínculo obligatorio, lo que no acaece si de dio imposibilidad liberatoria (pág. 180). Matizando más: el concepto de imposibilidad, modulado con la buena fe, llega a ensancharse, subsumiéndose dentro de él la inexigibilidad de la prestación según buena fe (incumplimiento necesitado) (págs. 181 y ss.), punto que estudia pormenorizadamente, debiendo destacarse las reflexiones que dedica a la distinción entre destrucción de la cosa y extravío de la misma (págs. 191 y ss.). Pero la imposibilidad liberatoria aludida sólo es uno de los elementos del hecho exoneratorio-extintivo complejo: el otro elemento es la no imputabilidad al deudor de la causa que origina tal imposibilidad (págs. 197 y ss.), llegando Jordano a la conclusión de que la imputabilidad no sólo se debe a la culpa, sino, a veces, también al riesgo creado, aun sin culpa (imputación objetiva): «... la imputabilidad... 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» (pág. 212). A lo que añade importantes retoques al concepto de caso fortuito, tan relacionado con el deber de conservar la posibilidad de la prestación (págs. 212 y ss. y 221 y ss.) El capítulo termina con unas «Primeras conclusiones» (págs. 226 y ss.) y con una síntesis del «sistema de la responsabilidad contractual del Código civil a la luz de las tesis objetivas y subjetivas» (págs. 240-241), apartados en los que el autor reformula, remacha y puntualiza aún más su posición acerca del problema nuclear de su investigación: si el deudor incumple, responde; para eludir tal responsabilidad debe probar (de la carga de la prueba se habla luego) que ha acaecido el hecho exoneratorio-liberatorio, que es complejo, en cuanto que se compone de dos elementos: 1.º) Que ya no le es posible cumplir, esto es, que hay imposibilidad sobrevenida (si aún cabe cumplir, sigue el deudor obligado), y 2.º) Que dicha imposibilidad no le es imputable (esa imputabilidad se debe generalmente a culpa o dolo, pero cada vez más se debe también a otros factores: riesgo creado, etc.). Si concurren esos dos elementos del hecho liberatorio, el deudor no responde, sencillamente porque no incumple, pues el acaecimiento de tales hecho extinguió la obligación; de lo que se infiere que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento (en el que puede ir comprendida —y siempre va presunta— la culpa). El capítulo III se denomina *El problema de la responsabilidad contractual bajo el perfil de su efectividad y de la consideración global del Ordenamiento*. En él, Jordano, partiendo de una detenida reflexión sobre la carga de la prueba, perfila sus pro-

posiciones nucleares acerca de los fundamentos de la responsabilidad criminal. Frente a la actitud común de los que, *ex artículo 1.183 del Código civil*, creen que se presume la culpa del deudor cuando éste incumple, debiendo probar sólo el acreedor —reclamante de responsabilidad— la existencia de la obligación y, según algunos, bastándole sólo *alegar* el incumplimiento, el autor, apoyándose en una matizada interpretación del artículo 1.214 del aludido Cuerpo legal, sostiene que corresponde al acreedor, además de la prueba de la obligación, la del incumplimiento (material) del deudor, pudiendo éste eximirse de responder probando el carácter definitivo de su imposibilidad y la no imputabilidad de ésta a él, en principio consistente en su no culpabilidad respecto del motivo de la imposibilidad mencionada; pero el problema se agudiza en las llamadas «obligaciones de medios», en las que gran parte de la doctrina —señaladamente francesa— detecta un recorte al principio general de que el acreedor no tiene que demostrar el incumplimiento, pues en éstas sí debe hacerlo: Jordano Fraga reacciona diciendo que precisamente en las obligaciones de medios sucede como en todas: el acreedor debe probar el incumplimiento del deudor que, en estos casos, consiste en la negligencia; pero afirma que esta culpa (que debe probar el acreedor) no puede ser confundida con aquella cuya ausencia debe probar el deudor para, uniéndola a la prueba de la imposibilidad definitiva, exonerarse: esto es, se esfuerza en distinguir la «culpa-incumplimiento material, infracción contractual», de la «culpa-criterio de responsabilidad liberación» (pág. 271). De todo ello infiere que «... en la base de esta distribución de la carga de la prueba, como de la formulación misma del límite de la responsabilidad contractual (lo que conlleva un innegable «objetivismo» de hecho —resumo yo—) está la exigencia de la tutela del crédito...», de manera que «... al aumentar el porcentaje de obligaciones cumplidas..., se favorece el desarrollo del entero sistema económico» (pág. 274). Seguidamente suscita el autor la relación entre las responsabilidades contractual y extracontractual bajo el perfil de la carga de la prueba, recordando que suele afirmarse que la culpa se presume en la primera y debe probarse por el perjudicado en la segunda, tesis que rechaza, pues «... no es que los principios de la carga de la prueba se alteren según se trate de responsabilidad contractual o extracontractual, sino que tratándose de dos formas de responsabilidad estructuralmente diversas, la aplicación del mismo principio general de la carga de la prueba conduce a resultados diferentes» (pág. 281), si bien «... en el ámbito de la responsabilidad aquiliana se opera un constante retroceso de la responsabilidad basada sobre la culpa en favor de formas de responsabilidad objetiva que prescinden de ella, y que se reconducen genéricamente a la idea del riesgo» (pág. 283): esto último enlaza con la minuciosa descripción del paralelismo de la evolución desde el punto de vista del riesgo que se advierte tanto en la responsabilidad aquiliana como en la contractual (págs. 298 y ss.): en ésta, cada vez más, la imputabilidad de la imposibilidad al deudor se desconecta de su actitud subjetiva: «Es básicamente contradictorio —escribe Jordano en pág. 307— dar cabida... en el ámbito de la responsabilidad extracontractual a criterios de responsabilidad objetivos en atención a nuevas exigencias y realidades, y, simultáneamente, aferrarse en el ámbito contractual, donde están presentes esas mismas exigencias y realidades, a principios tradicionales que, por lo demás, no responden a la realidad normativa actual y que son, en buena medida, fruto de equívocos terminológicos perpetuados por la tradición.» El capítulo termina con una «Valoración global de los medios de tutela del crédito y de los límites del esfuerzo deudor» (págs. 307 y ss.),

en la que, entre otros extremos, se apunta que la operatividad de preceptos como el del artículo 1.124 del Código civil es ajena a la culpa del incumplidor frente al que la resolución actúa. El título del capítulo IV es *Modificaciones convencionales de las reglas de responsabilidad contractual*. Para el autor, si bien no cabe duda de que, *ex* artículo 1.255 del Código civil, es acorde a Derecho modificar convencionalmente, respecto de cada contrato concreto, las antes expuestas reglas de responsabilidad, «... el problema estriba en la determinación del límite de validez de dicha modificación...» (pág. 322), pues la responsabilidad contractual no debe disminuir tanto como para debilitar en gran medida la tutela del crédito, asunto en el que no sólo está en juego el equilibrio entre las partes, sino también el correcto funcionamiento del intercambio económico en general, presentando problemas específicos al respecto el fenómeno de la contratación en masa (págs. 326 y 327). (Obsérvese, aunque Jordano no lo explicita, cómo los fines del Ordenamiento se desplazan desde la búsqueda de la llamada «paz social» —para cuya consecución la Ley debe limitarse a dirimir conflictos interindividuales, absteniéndose de interferirse en renunciaciones y declaraciones abdicativas— a la actuación de un apreciable dirigismo económico.) Tras referirse brevemente a los tipos posibles de pactos de agravación de la responsabilidad, entra en el estudio —explicablemente más detenido— de los pactos de limitación de la responsabilidad, limitación que, a su vez, debe ser jurídicamente limitada: a propósito de ello aborda el tema del posible aseguramiento contra el riesgo de responsabilidad civil contractual, el de la limitación de la cuantía del resarcimiento o el del empleo fraudulento de la cláusula penal o de las arras para rebajar dicha responsabilidad contractual, para pasar seguidamente a la reflexión —muy inspirada en el Derecho italiano— sobre la técnica de limitación de responsabilidad a través de la vía indirecta de la delimitación del objeto del contrato, problema planteado especialmente en Italia en materia de contratos de alquiler de cajas de seguridad: respecto de todos estos supuestos, propone el autor la aplicación de los artículos 6.º, números 3 y 4, y 1.102 del Código civil, con la finalidad de proteger el crédito, si bien no se opone al aseguramiento de la responsabilidad contractual salvo para casos de dolo o culpa grave. Tras esto afronta el autor los límites de validez de las cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual, comenzando (pág. 360) por distinguir dos planos: el de la validez de las cláusulas limitativas contenidas en cualquier tipo de contrato y el de la validez de dichas cláusulas si se contienen en los módulos de contratación en masa. Respecto del primer plano, parte del artículo 1.255 del Código civil, refiriéndose, como ejemplo de ley (imperativa) que impide ciertos pactos de exclusión o disminución de responsabilidad, al artículo 1.102 del mismo Cuerpo legal, asimilando Jordano el dolo a la culpa grave, y citando, asimismo, otros aspectos (legislación de accidentes de trabajo y de transporte marítimo) que prohíben limitaciones de responsabilidad incluso más leves que las mencionadas; la moral y el orden público obligan, según el autor, a entender, asimismo, irrelevantes las cláusulas de exoneración de responsabilidad para casos de daños a la integridad física o moral o a los derechos fundamentales del acreedor (arg. *ex* arts. 10 de la Constitución y 1.255 del Código civil). Como *ratio* de estas limitaciones imperativamente impuestas por el Ordenamiento invoca Jordano —además de la contrariedad de los pactos limitativos para caso de dolo al propio concepto de vínculo obligatorio (arts. 1.102 y 1.256)—, la tutela del crédito, exigencia de orden público, ocasión aprovechada por el autor para remachar y desarrollar, en páginas 373 y 374, las ideas apuntadas en páginas 326 y

327. El interés de cada acreedor concreto es protegido en la medida en que se protege generalmente el crédito: a esto último no pueden renunciar el Ordenamiento (pág. 374); las referencias al orden público finalizan en este apartado con una distinción entre orden público genérico y orden público específico (*ibidem*). Respecto del segundo plano (límites específicos de validez de las cláusulas limitativas contenidas en formularios de contratos de condiciones generales), opta Jordano Fraga por dividir su extensa exposición en diversos apartados correspondientes a los controles que el Ordenamiento jurídico (español u otros) impone a la actividad —posiblemente abusiva con frecuencia— del predisponente: los controles —en los que se detienen el autor— se dividen en directo e indirecto; aquél, en formal y sustantivo; y, a su vez, el sustantivo puede ser relativo a la libertad del consentimiento y al contenido de las cláusulas negociables. Del control indirecto (utilización de instrumentos que en sí mismos no atañen al tema de las condiciones generales, pero que pueden ser empleados para atender a dicha problemática —vgr., arts. del Código civil atinentes a la interpretación—) dice sólo lo necesario para informar someramente al lector, concentrando su atención en el directo; tras unas breves consideraciones sobre el control formal —consideraciones que parten fundadamente del Derecho italiano y desembocan en las en adelante citadísimas Leyes españolas del Contrato de Seguro, de 8 de octubre de 1980, y, sobre todo, de Defensa de los Consumidores y Usuarios, de 19 de julio de 1984—, pasa el autor al control sustantivo, acerca del que, tras unas breves alusiones al consentimiento (sujeción real del adherente, cognoscibilidad de las cláusulas, especialmente las «sorpresivas» o «inusuales»), se centra en el problema nuclear del contenido: parte el texto de que el hecho de que el Ordenamiento reprima determinados contenidos posibles de condiciones generales implica la aceptación del fenómeno mismo de la predisposición: las mismas leyes que controlan al contratante «poderoso» consagran este modo de contratación (pág. 386); tras aludir a los denominados controles judicial, administrativo y legislativo, se detiene en «... los criterios o cánones que se han manejado como susceptibles de determinar la medida de validez de las cláusulas onerosas predispuestas...» (págs. 391-392), estudiando, en tal sentido, a la Ley, a la buena fe y a la moral y al orden público (págs. 392 y ss.): en cuanto a la Ley, indica que las condiciones generales no pueden oponerse a las normas imperativas y, en determinadas hipótesis, a las normas dispositivas, tema este último que medita en profundidad sirviéndose de abundante doctrina y de Derecho comparado y español; en cuanto a la buena fe (*objetiva*, aclara), invocando los artículos 7 y 1.258 del Código civil y 57 del de comercio, escribe que «... opera como límite de la libre disposición particular, como instrumento de eliminación de las cláusulas inicuas o lesivas que contradigan su *contenido preceptivo*» (pág. 397), añadiendo que «... la reciente Ley de Defensa de los Consumidores ha colocado... la buena fe en el eje del control de licitud sobre el contenido de las condiciones generales» (pág. 400), invocando su artículo 10 en algunos de sus apartados (*ibidem*); y en cuanto a la moral y al orden público, tras suscitar (en notas a páginas 402 y 403) importantes cuestiones como su carácter independiente respecto de leyes que remitan explícitamente a estas fórmulas o la relación de éstas con los principios generales del Derecho, alude el autor al especial alcance que tiene el juego de moral y orden público (especialmente el económico) en sede de condiciones generales, y en concreto cuando éstas se refieran a cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual (págs. 404-405). El epígrafe destinado a la contra-

tación en masa finaliza con una «Recapitulación» (págs. 408-409), en la que, sintetizando lo antes expresado, señala que el control de las condiciones generales se enmarca en el campo más amplio de la protección de los consumidores consagrado en el artículo 51 de la Constitución. De todo ello se infiere que el Derecho impide coactivamente ciertas limitaciones a la responsabilidad contractual: y, si nos hallamos ante condiciones generales, dicha reacción coactiva es mucho más intensa y extensa, en favor del contratante débil. El capítulo termina con el breve tratamiento de varios temas de cierto interés: la limitación de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares (responsabilidad cuya exoneración o disminución el autor reputa sometida a los mismos límites que se dan cuando actúa por sí solo), el carácter parcial de la nulidad de las cláusulas prohibidas, los ámbitos objetivo y subjetivo de los límites de validez y los pactos sobre inversión de la carga de la prueba o sobre alteración de plazos de prescripción o caducidad, así como los acuerdos por los que se establecen requisitos (probatórios o formales) para la reclamación de responsabilidad, remitiéndose fundamentalmente, respecto de todo ello, a los criterios informadores de la citada Ley de Protección de los Consumidores de 1984, de la que se infieren las soluciones a los problemas planteados. El capítulo V y último se llama *Las reglas particulares de la responsabilidad contractual*. En él, Jordano hace «... el examen de las reglas de responsabilidad en los supuestos particulares de relaciones obligatorias» (pág. 425): según explica, dichas reglas han sido reputadas por los defensores de la doctrina tradicional de la culpa como excepcionales, pero, a su juicio, tales pretendidas excepciones son aplicación normal de las reglas generales (*ibidem*). Para ejecutar dicho examen pasa revista Jordano a las obligaciones de dar, de hacer y de no hacer: respecto de las primeras, plantea problemas referentes a las obligaciones genéricas, a las pecuniarias y a las de custodia, demostrando que el régimen de la responsabilidad contractual de todas ellas se corresponde con el generalmente descrito; respecto de las segundas, hace exactamente lo mismo, viéndose obligado a regresar a un tema ya abordado en el capítulo II, el de las obligaciones de actividad; en éstas, según el profesor de Sevilla, el incumplimiento (material) consiste en la no diligencia, concebida como no actuación correcta desde un punto de vista objetivo, debiendo el deudor que pretenda exonerarse de responsabilidad probar la imposibilidad definitiva de su prestación y el hecho de que a él no le es imputable esa falta (objetiva) de diligencia (por ejemplo, porque no es —subjetivamente— culpable), lo que es acorde con su tesis nuclear general (obsérvese la objetivación de la diligencia y el reconocimiento, al menos implícito, de una culpa subjetiva diferente); trata también específicamente de las prestaciones profesionales; por último, respecto de las obligaciones de no hacer, rebatiendo una importante corriente doctrinal que defendía que no podían ser incumplidas inimputablemente, manifiesta que cabe exonerarse de ellas —aunque sea de hecho más difícil— demostrando la inimputabilidad, por ejemplo, probando que era física o jurídicamente obligado el acto que constituía infracción de la obligación, lo que coordina perfectamente con el *modus operandi* general de la responsabilidad contractual. Aborda seguidamente lo que él denomina «casos discutidos», subsumiendo en ellos diversos supuestos o grupos de supuestos. El primero que estudia es el del *receptum*: sobre la base de precedentes romanos, «... se ha sostenido —escribe Jordano en pag. 480— la existencia en el Derecho vigente de supuestos de responsabilidad contractual que tienen como nota común el originarse en la recepción de la cosa o cosas debidas por el deudor (responsabilidad

*ex recepto*), y el suponer un agravamiento respecto de las reglas generales... de la responsabilidad contractual...», pues, «... mientras en los supuestos ordinarios, con arreglo a la teoría de la culpa, basta con probar la ausencia de la misma en la producción del daño..., en los casos del *receptum* el deudor... habría de probar además... la específica causa extraña a su conducta, a él no imputable, en virtud de la cual el daño... se ha producido» (pág. 484); ante ello, el autor sostiene que lo que la doctrina habitual refiere específicamente sólo al *receptum* es lo que hay que aplicar a la generalidad de los casos, lo que implica la negación del carácter excepcional de la disciplina de aquél: «... la no imputabilidad al deudor del evento impeditivo no se mide en abstracto (de lo contrario, el deudor tendría que probar que ha sido diligente hasta el infinito, hasta agotar *todas las posibles causas* de la imposibilidad de prestar), sino con relación a la *específica causa* que lo ha originado. Lo cual exige... la identificación de tal causa, de modo que la prueba de la causa no imputable al deudor del evento que le impide cumplir... se descompone en la prueba de la causa específica de la imposibilidad y en la de la no referibilidad *de la misma* al deudor» (pág. 490): la causa ignota, pues, no exime al deudor de responsabilidad, ni en estas obligaciones ni en las demas (pref. págs. 488, 494 y 499). Opiniones éstas que se reafirman y matizan en los apartados siguientes, atinentes asimismo al *receptum*, el primero destinado a la responsabilidad por custodia en hoteles y establecimientos asimilados —apartado que se subdivide en dos, uno dedicado al Código civil español y otro al régimen europeo uniforme—, y el segundo, a la responsabilidad de los Bancos en el servicio de las cajas de seguridad. Especial interés presenta, en relación a la responsabilidad en la hostelería, la distinción entre cosas entregadas y cosas introducidas (custodia directa e indirecta), tan operativa a la hora de hacer jugar los artículos 1.783 y 1.784 del Código civil, así como, en el régimen europeo uniforme (nacido del Convenio de 17 de diciembre de 1962, que se plasmó en reformas de los Códigos civiles de los Estados firmantes), la distinción entre responsabilidad limitada e ilimitada. En materia de cajas de seguridad, como en sede de responsabilidad en la hostelería, el esquema de la responsabilidad contractual es el general: «... no basta al deudor no cumplidor probar que ha sido diligente, sino que ha de probar que la falta de resultado debido ha estado determinada por imposibilidad sobrevenida de la prestación derivante de una concreta causa (riesgo probatorio de las causas ignotas) a él no imputable» (pág. 535): el Banco responde en la esfera de su riesgo, por tanto, también en caso de robo (salvo circunstancias excepcionales: p. e., guerra, etc.), lo que implica un cierto objetivismo que arranca de una valoración técnica de la diligencia (pág. 536). Advuértase que, según Jordano Fraga, en todos estos casos funciona el esquema general conocido: responsabilidad del deudor salvo que demuestre la concurrencia de hechos liberatorios: «... el criterio legal general de imputación es el de la diligencia..., pero nada impide la existencia de otros criterios legales...» (pág. 514); repárese en el del riesgo profesional o empresarial (no totalmente antitético con el de la diligencia), aplicable también en sede de responsabilidad en el contrato de hostelería (pref. pág. 513). Otro de los «casos discutidos» es el transporte de personas, acerca del que Jordano hace un pormenorizado estudio del que se extrae la conclusión de que se le aplican las normas generales de responsabilidad contractual ya expuestas repetidamente en la obra (el transportista, para exonerarse, ha de identificar la *concreta* causa a él no imputable (pág. 554), apuntando, además, la tendencia al objetivismo (págs. 559-560). «Ca-

so discutido» es, asimismo, el de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares: tras exponer detenidamente a qué se refiere al abordar el tema (se trata de indagar si se da en Derecho español la figura jurídico-positiva alemana e italiana de la responsabilidad contractual del deudor por hecho de sus auxiliares y sin culpa de dicho deudor), induce de determinados preceptos de nuestro Ordenamiento jurídico (que no reputa de Derecho excepcional) y de otros puntos de partida (argumentos de responsabilidad aquiliana y de esfera de riesgo) una solución afirmativa, matizando, por añadidura, que tal responsabilidad se mantiene aun sin culpa del auxiliar, en coherencia con el objetivismo preconizado. El último «caso discutido» es el del comodato y otros supuestos calificados como de garantía, dando a ciertos preceptos del Código civil que parecen contener un régimen de responsabilidad contractual diverso del general (especialmente arts. 1.744 y 1.745) una explicación fundada y autónoma respecto del mencionado régimen general, pero que resulta ser plenamente acorde con él. La obra termina con una *Recapitulación*, en la que, tras decirse que «... del análisis de las reglas particulares de responsabilidad se desprende una sustancial confirmación de las reglas generales» (pág. 597) y aludirse, por enésima vez, al incumplimiento de la obligación como único fundamento de la responsabilidad contractual (*ibidem*), se recuerda cómo en la imputabilidad juegan cada vez más, junto al criterio de la diligencia, otros, como el del riesgo (*ibidem*), finalizando la exposición advirtiéndose que «... la diligencia cumple en el sistema de la responsabilidad contractual una doble función: como criterio de cumplimiento en las obligaciones de actividad y como criterio de imputación en el seno del hecho liberatorio para todas las obligaciones» (pág. 598).

Me propongo ahora la breve crítica de la obra de Francisco Jordano Fraga. He de comenzar diciendo que tal vez el 50 por 100 de mi juicio crítico ya está comprendido —implícita o explícitamente— en la exposición compendiada pero pormenorizada del contenido del libro que acabo de hacer: para un lector atento e informado, en dicha exposición mía es muy fácil captar lo que de peculiar, de cuestionable y, sobre todo, de significativo en la literatura jurídica española tiene la monografía en cuestión. Por este motivo concentraré mi atención sólo en los aspectos que juzgo de mayor interés. Y nada tiene más interés que el núcleo de la aportación de Jordano: para este autor, el fundamento de la responsabilidad contractual no es la culpa (o el dolo) del deudor, sino exactamente su incumplimiento: siempre que tú, deudor, incumpas, respondes; y respondes porque incumples y en cuanto incumples; para eludir tal responsabilidad debes probar que ha acaecido el hecho exoneratorio-liberatorio, hecho complejo, compuesto de dos elementos: 1.º) Que ya no te es posible cumplir, esto es, que exista imposibilidad sobrevinida (si aún hay posibilidad, sigues obligado); y 2.º) que dicha imposibilidad no te es imputable (te será imputable si se debe a tu culpa o a tu dolo o, a veces, si el hecho que la provoca entra en la esfera de tu riesgo: deberás probar, pues, que en el acontecimiento liberatorio citado no concurren tales circunstancias, lo que requerirá identificar de qué hecho concreto causante de la imposibilidad se trata). Ahora bien, si se dan estos dos elementos del hecho exoneratorio-liberatorio, se da éste; y, si se da éste, no incumples, pues la obligación se extingue y, si no estás obligado, no tienes que cumplir. Luego, si respondes, es porque incumples, de lo que se infiere que el (único) fundamento de la responsabilidad —llamada contractual— es el incumplimiento, no la culpa. Este

aparente objetivismo se refuerza a través de varias vías, que el autor describe y defiende: es al deudor a quien compete la carga de la prueba de los hechos que integran lo que se denomina «hecho exoneratorio-liberatorio», lo que, en la práctica, desemboca en que en la mayoría de los casos, por no poder probar lo que él desearía probar, se mantendrá ligado al acreedor y, por ello, responderá ante éste; además, en muchos supuestos responderá aunque pruebe ausencia de culpabilidad, pues el Ordenamiento establece responsabilidad por riesgo; por último, el modo de demostrar que la imposibilidad sobrevenida no es imputable al deudor, consiste —como he dicho líneas antes— en demostrar la causa concreta de dicha imposibilidad: la causa desconocida, pues, no libera al deudor. Fundamento de todo ello es —explica el autor— la tutela del crédito, tutela de un interés de cada acreedor concreto que sirve para tutelar el satisfactorio funcionamiento del circuito económico: el interés colectivo, público, de la tutela del crédito viene satisfecho mediante la protección de cada crédito concreto: este principio normativo informa la disciplina jurídica de toda la problemática examinada: no caben ciertos pactos debilitadores de la posición del acreedor no porque la protección de éste sea la meta del Ordenamiento, sino porque la Ley pretende que todos los acreedores o la inmensa mayoría de ellos, de hecho, cobren. Este es el núcleo de la obra.

Ahora bien, como yo apuntaba casi al principio de esta *Nota*, la construcción de Jordano no merece llamarse «objetivista», al menos de modo tajante, si bien la tendencia al objetivismo es indudable: Jordano dice que se responde porque se incumple, no porque se haya incurrido en culpa o dolo; pero omite (en sus formulaciones generales, no en sus explicaciones) que el incumplimiento, en la mayoría de las hipótesis, comprende e implica culpa, además de imposibilidad sobrevenida; y que esta culpa —esto ya no se dice nunca por el autor— también fundamenta la responsabilidad en cuanto que, sin ella, no se da el incumplimiento, sino la extinción de la obligación: el autor escamotea, cual hábil prestigitador, el elemento subjetivo subsumido en el objetivo (el incumplimiento), pero ese elemento subjetivo es decisivo (que se trate de un elemento verdaderamente *subjetivo* me parece claro, pero de ello se hablará luego). Que la carga de la prueba corresponda al deudor provocará, sin duda, de hecho, que frecuentísimamente el deudor responda sin culpa, pero ello en nada obstruye el subjetivismo en el Derecho material; que la Ley imponga explícitamente en muchos tipos de casos la responsabilidad objetiva sólo nos impele a entender estrechado el ámbito del mencionado principio subjetivista, pero ello no nos faculta para reputarlo suprimido ni para negarle su condición de regla general. En síntesis, creo que, en principio, se responde porque y cuando no se realiza completamente la prestación debida a causa de incurrir o haber incurrido en culpa o dolo: lo que Jordano Fraga niega explícitamente pero reconoce implícita —y, sin embargo, pormenorizadamente— en una extraordinaria exposición.

Pero rodeemos aún más el núcleo de la tesis del autor: según éste, probando el deudor que su imposibilidad sobrevenida no le es imputable (generalmente, por no ser él culpable), no incumple, pues, antes de suscitarse el tema del cumplimiento o al suscitarse, la obligación se extingue *ex* artículos 1.182 y 1.184 del Código civil: y, si la obligación se extingue, ya no tiene que cumplir, no debiendo denominarse «incumplimiento» la inexecución de la prestación debida: esto me parece exacto, más exacto que decir, como se exponía y se expone habitualmente, que del incumplimiento no culpable no se responde: Jordano ve con claridad

la relación entre los artículos citados y el 1.105 y acierta en su formulación: le sigo, desde ahora, en que sólo es incumplimiento la inejecución imputable al deudor, y en que dicho incumplimiento fundamenta la responsabilidad; lo que no me impide señalar que en el automóvil del incumplimiento es la culpa quien lleva el volante en el 75 por 100 de los casos y, en ellos, sin la culpa, el automóvil se detiene: Jordano Fraga no acierta a adivinar la identidad de ese conductor disfrazado; si la adivina, guarda silencio, a no ser que llame «culpa» a un factor objetivo, exactamente a la falta de la diligencia jurídicamente exigida, concibiendo la diligencia como conjunto de actos o como comportamiento realizado al margen o independientemente de una intención o actitud psíquica (lo que no ocurre, como veremos): ahora penetramos en el punto álgido del problema: el mismo autor lo plantea, con ocasión del examen de las obligaciones de hacer, al aludir al caso del cirujano que realiza una intervención quirúrgica en estado de ebriedad, pero empleando todas las técnicas adecuadas, falleciendo o no restableciéndose el paciente (pág. 462): ¿Qué es la culpa? ¿Es el hecho de la frivolidad personal del médico, su actitud psíquica de despreocupación? ¿O es, por el contrario, la falta de la diligencia obligada, concebida esta diligencia de manera objetiva, la omisión de actos o de técnicas necesarios para el éxito de la operación? Recuérdese que el autor (la primera vez en la pág. 42) aborda magistralmente el tema, aunque lamentablemente no lo desarrolle con carácter general: respecto de las obligaciones de actividad (capítulos II y V, especialmente este último, páginas 456 y ss.), escribe que el tratamiento de la cuestión nuclear de su investigación es sustancialmente idéntico al de las demás obligaciones (las de resultado): frente a quienes, pretendiendo reforzar la tesis subjetivista o debilitar la objetivista, sostienen que en las obligaciones de actividad el incumplimiento consiste precisamente en la culpa del deudor, objeta Jordano que en ellas el incumplimiento (material) (esto es, la inejecución de la prestación) consiste en la falta de la diligencia jurídicamente exigida, esto es, en la inobservancia de una conducta (objetiva) debida; el deudor, acaccia esa ausencia de diligencia, podrá liberarse y exonerarse de responsabilidad probando que tal comportamiento suyo no le es imputable, por ejemplo, porque él no es culpable, esto es, porque no tuvo intención de ejecutarlo y no pudo evitarlo aunque quiso evitarlo; en otras palabras, porque su actitud psíquica no fue negligente: el cirujano que no emplea todos los aparatos reputados necesarios o útiles no ejecuta la prestación debida, no es diligente, respondiendo, por ello, si el paciente fallece o no sana (es decir, si hay daño); pero se liberará si demuestra que los llevó al quirófano y se le destruyeron al caer una bomba en la calle contigua al hospital cuando el enfermo se hallaba en la mesa de operaciones (el ejemplo es ahora mío). ¿Por qué Jordano no planteó, con carácter general, el problema de la culpa, su relación con la diligencia, los posibles significados de ésta, etc., al modo en que, también muy recientemente, Badosa (*La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil*, Bolonia-Zaragoza, 1987, especialmente págs. 33 a 79) los ha planteado? Reconozco que ambas importantes obras, desgraciadamente coetáneas e incomunicadas entre sí, no tratan exactamente de lo mismo, no siendo objeto directo de la investigación de Jordano Fraga el tema nuclear del libro de Badosa Coll; pero no habría sobrado un mayor detenimiento del profesor andaluz en este punto, primorosa pero, a mi juicio, inexactamente tratado por el catalán: aunque esta *Nota crítica* va dirigida al libro de Jordano y no al de Badosa (que me parece, asimismo, formidable), permítaseme, por unos momentos, saltar a la abru-

madora monografía del profesor de Barcelona para clarificar lo que deseo decir respecto de la obra que estudio. Según Ferrán Badosa, «... la diligencia puede entenderse... en un doble sentido. Subjetivo, como predisposición psicológica, tensión de la voluntad, esfuerzo, atención, cuidado, etc., en orden a la conservación o promoción de los intereses ajenos del acreedor. O bien, en sentido objetivo, como conducta materialmente identificable» (*ob. cit.*, pág. 33). «... la configuración subjetiva de la diligencia... carece de autonomía respecto de la noción de culpa» (pág. 39), pero de su negación no surge la culpa, pues la falta de ese esfuerzo puede deberse a culpa o a dolo (pág. 49). Ahora bien, para Badosa, este concepto subjetivo de diligencia no se halla en el Código civil: «... el Código civil no admite la diligencia-esfuerzo...» (pág. 67). «... que haya habido o no esfuerzo y que éste haya sido mayor o menor es irrelevante» (pág. 68); por el contrario, «... la diligencia a integrar por el modelo (padre de familia u otro —art. 1.104 del C.c.—) (el texto entre paréntesis es mío) es una conducta o comportamiento humano cuyo autor es el deudor de la relación obligatoria..., tiene el sentido que... hemos calificados como objetivo» (pág. 61). La culpa, por el contrario, es fenómeno subjetivo, «... es el *fundamento de responsabilidad* (la expresión es de Badosa, pero la cursiva es mía, indicando ésta la importancia de lo afirmado y mi conformidad con ello) opuesto al dolo...» (pág. 69), lo que significa que culpa y diligencia «... no son recíprocamente opuestos» (pág. 70) (aquí coinciden Badosa y Jordano). Por esto, «... es perfectamente posible... que el esfuerzo o atención del sujeto se manifieste a través de una conducta no adecuada que, por tanto, no podrá calificarse de diligencia» (pág. 73), respondiendo, por tanto, si hay daño, el deudor. No obstante, no se puede decir que el esfuerzo del deudor que no se traduzca en diligencia sea totalmente irrelevante, siéndole de aplicación el inciso final del artículo 1.103 del Código civil (pág. 74). Hasta aquí, Badosa. Como se advierte, lo que, a propósito de las obligaciones de hacer (por ejemplo, en págs. 461-462), atisba correctamente Jordano, es analizado escrupulosamente por Badosa. Creo que el hecho de que ambos conozcan el tema infinitamente mejor que yo les impide —repito el tópico de que los árboles no dejan ver el bosque— captar algo elemental que nace del distanciamiento y de la actitud sintética, eufemismos que encubren una jovial ignorancia mía del problema, ignorancia quizá fecunda, si se concibe como réplica a una actitud analítica que puede entorpecer la captación de la realidad: analizar es dividir, descomponer, y dividir puede fácilmente destruir. Creo que la culpa, como el dolo, es un ingrediente subjetivo, y que la diligencia es lo contrario de la culpa, la ausencia de culpa o dolo: no hay concepto objetivo de diligencia; lo que sucede es que el Derecho, dado su carácter fenoménico, se halla compelido a inferir las actitudes subjetivas de comportamiento, de datos externos, de lo manifestado: los patrones o modelos de conducta contemplados en el artículo 1.104 del Código civil (o en otros artículos de ese Código o de otros) no son conjuntos de actos que integran conductas sino en la medida en que indican una actitud subjetiva del deudor o de quien se trate; acudiendo, de nuevo, al afortunado ejemplo del cirujano, si se produce daño al paciente, el médico responde tanto si no emplea todas las técnicas requeridas para la intervención con arreglo a los criterios técnico-científicos del momento, como si, empleando tales técnicas, opera ebrio o escuchando por la radio una retransmisión deportiva, pues de todas estas conductas se infiere una actitud subjetivamente negligente, una «falta de esfuerzo», en la expresión de Badosa: así no habría operado el perito modelo. Que

cualquiera de las irregularidades enunciadas puede acaecer también por dolo es indudable, pero eso debe ser probado por el acreedor. En el supuesto de obligación de actividad el incumplimiento no consiste en la culpa, sino en la omisión de ciertos actos o comportamientos que no tienen por qué integrar el concepto de diligencia, si bien de esa omisión puede inferirse culpa: probado por el deudor que ésta no concurrió (en la producción de la causa —ya identificada y localizada— de la imposibilidad sobrevenida, como muy bien dice Jordano), queda liberado. Creo que éste es el sentido del Código civil, perfectamente acorde con la indudable eticidad del Derecho: que, como pretende Badosa (pág. 68), se responda por la falta de diligencia (en el sentido objetivo por él defendido) probadamente inculpable (fuera de los casos de responsabilidad objetiva) carece de sentido en nuestro sistema, no bastando la suavización del inciso final del artículo 1.103: en eso acierta Jordano Fraga, pero no reputo necesario crear una diligencia objetiva —que él cree necesitar— para explicar la solución del problema. Reconozco que no fundamento suficientemente mi parecer, pero advierto que ello requeriría una obra *ad hoc*, siendo inadecuado el espacio de esta *Nota*: por ello sólo me limito a apuntar la cuestión con la finalidad de suscitar una reflexión más detenida; aclaro, además, que no estoy plenamente seguro de lo que sugiero o apunto: por ello sólo me atrevo aquí a sugerir o a apuntar, absteniéndome, por el momento, de «defender» o «sostener». El alud de referencias históricas de los autores citados y de otros me hace dudar mucho, aun cuando recuerdo al lector que nos hallamos ante un tema en cierta medida interpretativo (aunque no sólo interpretativo), y que el módulo histórico sólo es uno de los previstos en el artículo 3, número 1, del Código civil. De lo que sí estoy casi seguro es de que la cuestión del concepto de diligencia y de culpa no ha quedado definitivamente zanjada, lo que en nada empece la enorme calidad de las obras ahora aludidas: más bien la confirman, al abrir dichas obras importantes vetas a nuevas investigaciones.

Hecha esta larga consideración general, paso a referirme con extrema brevedad a diversos aspectos de la obra de Jordano Fraga. Comenzaré aludiendo a aquellos que reputo negativos o menos positivos, o sencillamente a los pasajes de la obra respecto de los que en alguna medida disiento. Dedicaré más espacio a dos de ellos y me limitaré casi a mencionar los demás.

El primero se refiere a la carga de la prueba del acreedor (págs. 249 y ss.). Jordano discrepa de un importante sector de la doctrina tradicional que, sobre la base del artículo 1.214 del Código civil, «...ha sostenido la no necesidad de la prueba del incumplimiento (en su materialidad) por parte del acreedor que pretenda el resarcimiento» (pág. 249), afirmando dicho sector que «... al acreedor le bastaría probar la existencia de la obligación y *alegar* (la cursiva es de Jordano) que no se ha cumplido, o no se ha hecho exactamente» (pág. 250). Discrepa también de los autores que, defendiendo ese principio general, piensan que el acreedor debe probar el incumplimiento si se trata de una obligación cuyo contenido consista en un *pacti*, de una obligación de medios o en casos de cumplimiento inexacto (*ibidem*). Frente a todos ellos, defiende Jordano Fraga que «... cuando el acreedor demanda el resarcimiento de los daños no hace valer simplemente la obligación, sino la obligación en cuanto no cumplida o no exactamente cumplida; no basta, pues, la prueba de la obligación por su parte, sino que a ella debe añadirse la de su infracción» (pág. 252). Yo creo que el *modus operandi* del artículo 1.214 no impide una construcción más razonable y casuística, muy cercana a la tradicional y casi opuesta a la de Jordano Fraga: debe pesar sobre el deudor

la carga de la prueba del cumplimiento (y no sobre el acreedor la del incumplimiento) sencillamente porque, en la inmensa mayoría de los casos, es infinitamente más factible demostrar el acaecimiento de un hecho que su no acaecimiento: los ejemplos que el autor suscita en apoyo de su tesis (uno de Carnelutti —página 251, en nota— y otro de Albaladejo —defensor de la tesis tradicional, a quien Jordano atribuye, correctamente, una incoherencia, *vid.*, pág. 253, también en nota—) son demostraciones de que en algunos casos no comunes el acreedor debe probar el incumplimiento, pero no demostraciones de que ello deba reputarse norma general, sencillamente porque es posible demostrar por el empresario del teatro que el artista no cantó tal noche en dicho lugar (Carnelutti), o por el pasajero, que el taxista no le recogió en su casa (Albaladejo). Lo mismo —creo— cabe entender, con Lacruz y González Porras (pág. 250, en nota), en caso de obligaciones negativas y de medios. Pero en los demás casos (que son la mayoría), no: las citadas excepciones no son, como Jordano indica, «... aplicaciones concretas del principio general» (pág. 255), sino verdaderas excepciones. Otra cosa es que el Abogado del acreedor asegure su éxito no conformándose con alegar el incumplimiento. Propongo, pues, una solución casuística, pero, en general, coincido con Lacruz y González Porras. Ello implica que sigo discrepando del autor cuando, en páginas 266 y siguientes, al abordar específicamente el tema de las obligaciones de medios, dice que «... las obligaciones de medios no son excepción al reparto ordinario de la carga de la prueba en materia de responsabilidad contractual» (pág. 270): estoy de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia francesas que el autor invoca (págs. 266-267, en nota) y con Lacruz (pág. 268, en nota) en que, como antes dije, en las obligaciones de medios el acreedor tiene que probar el incumplimiento, pero no en que ello sirva como norma general o en que ello responda a una norma general o, menos aún —esto no es afirmado por Jordano—, en que de ello se induzca una norma general. En esta sede se vuelve al tema de los sentidos de la palabra «culpa», destacando el autor la confusión habitual en la doctrina entre culpa-incumplimiento material, infracción contractual, y culpa-criterio de responsabilidad-liberación (pág. 271): recuérdese lo que ya se dijo acerca de la necesidad de utilizar los términos adecuados: en las obligaciones de medios el acreedor debe probar no la culpa del deudor, que es un hecho subjetivo, sino su incumplimiento, que no consiste en su culpa, sino en la omisión de unos actos que responden a un modelo objetivo de conducta, actos que, según el parecer, a mi juicio no plenamente aceptable de Badosa, integran el concepto de diligencia. Y, claro está, al deudor corresponde probar su falta de culpa. Jordano intuye el problema y lo resuelve bien, pero, a mi juicio, no formula la solución con la máxima exactitud. Que él o que Badosa digan que el equivocado soy yo es perfectamente previsible. Que el público lector decida.

El segundo aspecto que critico un tanto pormenorizadamente se localiza en las páginas 415-416: habla Jordano Fraga del artículo 10, número 4, párrafo segundo, de la Ley General de Defensa de los Consumidores y Usuarios de 19 de julio de 1984: reconoce que la finalidad de protección de la parte débil a que responde la nulidad parcial parece ser contradicha por el citado precepto (pág. 415), pero no advierte el problema de fondo que el texto provoca, pensando superficialmente que «... el interés de la parte débil como el del propio ordenamiento (todo el contrato es ilegítimamente perjudicial) esté en la ineficacia total de la relación» (pág. 416); sólo ve Jordano la posibilidad de que la parte subsistente produzca daño al adherente. Pero, como dije en mis conferencias so-

bre condiciones generales, pronunciadas en Córdoba y Sevilla a principios de 1987 (pendientes de publicación), los redactores de la mencionada Ley de 1984 no calcularon las graves consecuencias que tal precepto puede producir: repárese en que los asesores jurídicos del empresario predisponente pueden, de hecho, disponer el clausulado contractual en el formulario de modo tal que, suprimidas las cláusulas abusivas *ex* artículo 10, número 1, las que queden subsistentes determinen una situación no equitativa de las posiciones de las partes contra dicho predisponente, provocándose la aplicabilidad de este peligroso párrafo segundo del número 4 del artículo 10: el predisponente entonces provocará, si quiere, la situación-tipo que la Ley de 1984 pretendía hacer imposible: el adherente se verá obligado a escoger entre soportar las cláusulas lesivas omitiendo su impugnación o su invocación, o bien soportar la ineficacia del contrato, lo que implica la pérdida del bien o servicio que necesitaba. Jordano no advierte este riesgo ni estaba obligado a advertirlo (su libro no es una monografía sobre condiciones generales), pero de un autor como éste se espera todo y se echa de menos, por eso, la filigrana que pudo hacer y no hizo. Filigrana más asequible —dejando, por tanto, de serlo— para quien se dedicó a estudiar específicamente la mencionada Ley.

Cabe alguna que otra «censura» más: no participo de la identificación que hace el autor entre caso fortuito y fuerza mayor (págs. 216 y 482); debería haber fundamentado más el carácter objetivo de la responsabilidad aquiliana basándolo en el riesgo, huyendo de la analogía con la responsabilidad contractual, menos influida por el verdadero objetivismo (págs. 283-285); no debería (aunque casi toda la doctrina y la jurisprudencia españolas lo hacen) llamar «falta (sobrevenida) de causa» a la hipótesis que contempla en la nota de la página 315: «causa» es un requisito que sólo tiene que concurrir al nacer el contrato: la expresión de De Castro «continuadora influencia de la causa» es peligrosa, sucumbiendo Jordano en el peligro; no queda claro el importantísimo texto de la nota de las páginas 324 y 325 relativo a los límites constitucionales, ya operativos en Derecho privado, a la autonomía privada; en nota a página 370-371 debió omitir la referencia que hace a la *UCTA (Unfair Contract Terms Act)*, pues no está hablando aún de la responsabilidad contractual en condiciones generales; yo no estoy tan seguro de que los principios de orden público tengan un ámbito más amplio que los principios generales del Derecho; más bien puede suceder al revés: que haya principios generales del Derecho que no sean de orden público (*vid.*, pág. 403, en nota). Asimismo, en una obra ultradocumentada como ésta se detectan algunas omisiones bibliográficas que no debieron darse (aunque sobre la bibliografía que debe usarse hay mucho de discutible): por ejemplo, el autor debió aludir, en sede de responsabilidad extracontractual y riesgo (especialmente págs. 303 y ss.), a la corriente doctrinal denominada *Law and Economics*, muy conocida (aunque no bien conocida) en España; en página 418, al referirse a la responsabilidad del fabricante, debió citar el libro de Rojo, *La responsabilidad civil del fabricante*, Bolonia-Zaragoza, 1974; y en página 580, al relacionar —acertadamente— el artículo 1.903 con el 1.904 del Código civil, no debió omitir la cita de la obra que más pormenorizadamente planteó el tema: la de Rogel, *La responsabilidad civil extracontractual en el Derecho español*, Madrid, 1976, especialmente páginas 160 y siguientes.

Todo lo dicho equivale a la anécdota de quien, pretendiendo disminuir la extrema belleza de un cuadro, alegaba que su autor no pintaba bien las patas de

los caballos: las últimas líneas han descrito con microscopio dichas patas. Del resto del lienzo ya tiene el lector la reproducción casi completa: mirémoslo por última vez, dirigiendo nuestra vista a algunos aspectos singularmente brillantes en los que se advierte más nítidamente la soberbia calidad de la monografía.

Trasfondo de la obra es el principio informador e inspirador de su contenido: la tutela del crédito, como se ha examinado ya: la protección del interés de cada acreedor es un medio para obtener la protección del sistema: el derecho subjetivo no es sólo una técnica para conseguir la paz social dirimiendo posibles conflictos, sino que también actúa como instrumento del intervencionismo económico del poder político, lo que conlleva una determinada actitud ideológica que Jordano Fraga no manifiesta claramente defender, pero que sí declara acorde con el espíritu de los Ordenamientos europeos (occidentales, matizo yo): la satisfacción de los intereses particulares es el mejor modo de satisfacer —y el mejor medio para satisfacer— el interés general: *vid.*, págs. 68, 274, 326, 373 y 374, entre otras. No es éste, por motivos obvios, el lugar adecuado para profundizar en el tema; pero sí lo es para ensalzar la precisión y claridad con que el autor aborda la cuestión.

Perfecta la exposición y perfecta la crítica de la tesis de Osti —en quien tanto se inspira Jordano— sobre el deber de conservación, y perfecto el análisis del tema del contenido complejo de la relación obligatoria: la buena fe, en efecto, hace que, junto al deber de prestación propiamente dicho, haya otros deberes (págs. 221 y ss.), presentando especial interés el tema del deber preparatorio del cumplimiento (pág. 223), así como los clarificadores textos de las páginas 224 y 225.

Debo destacar, asimismo, las páginas (191 y ss.) destinadas a describir las discusiones doctrinales sobre la equiparación o la diferenciación entre la destrucción de la cosa y el extravío (*interitus rei* y *amissio rei*, respectivamente); el correcto planteamiento del *casus propter moram* (pág. 219, en nota); la perfecta distinción entre las responsabilidades contractual y extracontractual en relación con la doctrina del riesgo (págs. 276 y ss., especialmente 282-283 y 298 y ss.), tratamiento ya comentado y, en parte, criticado, pero, en conjunto, desenvuelto de una manera deslumbrante, comunicando ambos campos y separándolos donde se da una diferencia estructural insalvable; la impecable formulación de sus tesis sobre la carga de la prueba, especialmente en páginas 293-294; el modo de abordar el verdadero alcance del artículo 1.102 del Código civil (dolo, culpa grave), con particular referencia a la necesaria represión de técnicas fraudulentas o semifraudulentas para eludir la coactividad inducida de ese precepto (limitación de responsabilidad a través de cláusula penal, arras, etc.) (págs. 338 y ss.); la acertada calificación del principio de protección de los consumidores *también* como principio general del Derecho, siguiendo a A. Bercovitz y a mí (pág. 408) (sigo de acuerdo conmigo mismo en este punto); la también acertada opinión del autor (opinión minoritaria, que comparto) sobre las obligaciones negativas (págs. 472 y ss.): magnífica la exposición de cómo y por qué surge la tesis que él combate; la excepcional reflexión sobre el *receptum* (págs. 479 y ss., especialmente pág. 490, una de las cúspides de la obra); o la adecuada referencia a la responsabilidad contractual de determinados empresarios, asimilables a los hosteleros, en lo tocante al deber de adopción de medidas de seguridad en favor de sus clientes (especialmente págs. 520-521); sin olvidar el documentado tratamiento de un curioso problema atinente al comodato, contenido, en nota, en pági-

nas 594-595, o la divertida alusión a un espectacular error cometido por unos enmendantes (págs. 387-388, en nota), o a una espeluznante (*sic*) traducción (págs. 498, en nota): que un libro tan serio y tan preciso, tan sin concesiones a la engañosa facilidad, tenga un hueco para el humor se agradece.

Por último, unas observaciones generales, de carácter preferentemente metodológico: porque es en el campo metodológico donde quizá la obra me parezca más encomiable: Jordano Fraga formula unas tesis que fundamenta hasta el final, exhaustivamente, con un extraordinario escrúpulo en el manejo de textos doctrinales, jurisprudenciales y de Derecho español y comparado, tanto civil como mercantil, navegando con igual facilidad ante preceptos de carácter general como ante otros atinentes a figuras concretas a veces muy alejadas del campo ordinario de observación de un civilista. Parece que hay innecesarias repeticiones, pero, con frecuencia, tales aparentes repeticiones, impuestas, además, por una férrea y perfecta sistemática, se deben al deseo del autor de mostrar al lector la misma realidad desde diversas perspectivas; no se trata, tampoco, de introducir miméticamente en España corrientes extranjeras, sino de, conociendo éstas a fondo, comprobar si y hasta qué punto reflejan el espíritu del Derecho español, siendo Jordano un magistral intérprete de éste, tanto a través de su historia como de las necesidades económico-sociales de su presente. Algún texto (por ejemplo, el de la pág. 425, al principio del último capítulo) parece indicar que la obra incurre en conceptualismo; nada más lejos de la realidad: el autor no extrae, mediante deducción, soluciones a problemas suscitados en sede de hospedaje, depósito, comodato, etc., de los principios generales antes expuestos, sino que, estudiando las soluciones defendibles para tales casos, comprueba que se corresponden con la acorde con aquellos principios generales, lo que refuerza éstos: lo que, a mi juicio, a veces no se da con la claridad que el autor dice percibir (por ejemplo, pág. 482, en nota).

¿Se extrañará, pues, a la vista de lo dicho en esta *Nota crítica*, el lector si digo que nos hallamos ante una de las monografías españolas más importantes de los últimos años? Francisco Jordano Fraga, con una madurez sorprendente para su edad, ha aprovechado admirablemente las enseñanzas de sus maestros los Profesores Galgano y López López, así como las de su padre, el Profesor Jordano Barea, que ha encontrado en Francisco un formidable sucesor.

LUIS-HUMBERTO CLAVERÍA GOSÁLBEZ

