

BIBLIOGRAFIA

Nota crítica

BADOSA COLL, Ferrán: «La diligencia y la culpa del deudor en la obligación civil». Un volumen de XIV más 1.042 páginas. En la serie «*Studia Albornotiana*», dirigida por Evelio Verdera y Tuells. Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1987.

Tuve en mis manos parte de esta obra, en pruebas de imprenta, hace —creo— ocho o diez años: las que me comunicó amablemente el autor abarcaban acaso el primer tercio de ella, sin las notas. Las empleé para algún libro mío y, años más tarde —con permiso del autor, por supuesto—, las comuniqué a mi discípulo Jesús Delgado Echeverría con análoga finalidad. Sirva esto de testimonio de dos hechos, a saber, ya del largo período de elaboración de la obra, ya de la generosidad del autor, a quien doy ahora públicamente las gracias por ese nada frecuente ejemplo de desprendimiento. También por la confianza que depositó en una persona, como yo, con quien no le vinculaban otros lazos que los nacidos del mutuo respeto y aprecio de la respectiva labor científica, y nuestra común creencia en la perduración y valor actual de las obras del *ius commune*.

El autor

Al doctor Badosa le vi por primera vez en el momento de opositar él a la cátedra, en aquellos tiempos en los que los seis ejercicios garantizaban un más perfecto conocimiento de la capacidad de cada opositor y permitían resolver en justicia. Evidentemente, no siempre se hacía uso de tal oportunidad, pero aquellos ejercicios representaban una barrera infranqueable para los casos más claros de falta de capacidad —de capacidad para resistir en pie tantos ejercicios—, y asimismo un límite para aquellos miembros del Tribunal que tuvieran conciencia, que también los había. El doctor Badosa realizó unos ejercicios inusualmente buenos, tanto por la forma como por el contenido y la calidad intelectual, en un estilo aparte y con un discurso, a la vez, muy personal y lejanamente clásico, obteniendo, sin la menor discusión, el número uno y la cátedra de Barcelona, donde había estudiado y en donde enseñaba como profesor adjunto. Allí sigue, ya patriarca en años todavía jóvenes, enseñando con un estilo y unos métodos peculiares que se reflejan de muy diversos modos en sus distintos discípulos.

Un estilo y unos métodos creados por él, y en modo alguno recibidos. Discípulo, a su vez, en la licenciatura, del doctor Albaladejo; participe del colectivo que éste capitanea, es difícil encontrar entre uno y otro semejanza alguna, ni

en las fuentes, ni en los temas, ni en la expresión oral y el estilo literario, ni en la actitud intelectual, ni en el aprecio por (y la utilización de) los materiales históricos (los clásicos, tan caros a Badosa, están prácticamente ausentes de los libros de su antiguo profesor); ni en el modo de discuir o argumentar... La obra de uno y otro constituyen mundos distintos. Curioso fenómeno éste de un profesor, sin duda posible, valioso y sugerente, partiendo a un alumno cuya obra viene a ser, en gramática y estilo, en ideas y conceptos, en modo y método, en materiales y lenguas, la contrachapa de la suya: el *oppositum per diametrum*.

Ignoro la ascendencia intelectual de Ferrán Badosa, a quien supongo, en buena medida, autodidacta. Lo que sobre él permite conocer su obra es una inteligencia excepcional y peculiarísima, una imaginación superior y capaz de descubrir, formular, elaborar y sistematizar a partir de datos que no han merecido la consideración de los otros; una notabilísima capacidad para la abstracción, el análisis y la disección de los materiales, y una vocación para la síntesis y la «construcción jurídica» del Derecho, entendida ésta, no como producción de meros conceptos —los de Badosa son fundamentalmente ancilares—, sino como elaboración de conjuntos normativos coherentes, contruidos *ex novo* (comenzando por la terminología) para llegar a la formulación de la regla.

A esto se viene a añadir, en medida creciente conforme pasan los años, la aportación operante de la Historia viva: del Derecho común, que en sus primeras obras (pienso, por ejemplo, en la voz «Justo título» en la *Enciclopedia Jurídica de Seix*), está ausente. Tengo para mí que el Badosa actual es el producto de una evolución en la cual, al par que se concreta y positiviza el discurso teórico, se extiende y amplía el histórico, lo cual es un modo adicional de descender a la realidad: de tomar contacto con una nueva dimensión de ella a través del pasado, y por tanto con un aterrizaje menos violento.

Señalo en el autor su perfecto bilingüismo: siendo catalán de nacimiento y familia y empleando su idioma en la conversación ordinaria, escribe un castellano no sólo correcto, sino de buena calidad literaria, como ocurre habitualmente con quienes manejan los textos latinos. Esto es algo que en otros tiempos era común a los civilistas y es consolador que hoy, en medio de tanto estilo agarbanzado, reciba la lengua castellana de los juristas, y por obra de un catalán, este refuerzo estimable.

El autor es, también, un maestro: punto de referencia y centro de influencia de un núcleo de civilistas catalanes y mallorquines a los que inspira su preferencia por el Derecho común y por la consideración de *quaestiones disputatae*. Varios han llegado ya, con plenos méritos, a la cátedra, pero el estilo personalísimo de Ferrán Badosa es intransferible, y sólo hay un catedrático catalán, Pablo Salvador Coderch, el más logrado de sus discípulos, y con propia y muy marcada personalidad, que lo recuerde.

La obra

Acerca de esta *clasicidad* de la obra (y en la obra) de Badosa, conviene hacer algunas precisiones. El autor elabora sus tesis paralelamente a los textos clásicos (o de los predecesores de la Codificación francesa: Domat y Pothier, ante todo, pero no solos); las confirma o compara con los exégetas franceses o —a veces—

García Goyena y sus contemporáneos españoles; pero el nervio de sus afirmaciones y el sistema que él constituye es personal y original. La alegación del Derecho común no es un contrapunto, ni menos música ambiental u ornamento erudito, sino fuente viva y operante que trata como si estuviera vigente; una cantera de la que obtiene resultados válidos u originales, desvelando al lector al mismo tiempo nuevas lecturas de los propios textos medievales y modernos.

El estudio del Derecho común lo realiza el autor, principalmente, en extensas notas a pie de página, en las cuales deja noticia abundante del pensamiento de la doctrina medieval y culta sobre el respectivo tema, cita y transcribe pasajes de los autores; sistematiza sus doctrinas y presenta sus afinidades y oposiciones, componiendo tales notas una buena obra histórica y dogmática sobre la culpa y el caso sin paralelo en el contexto europeo.

Muestra la obra, por lo demás, un *iter* uniforme en sus nueve capítulos, que desde las doctrinas del Derecho común, a través de los precedentes franceses de la codificación y de los trabajos de ésta, llega al proyecto de 1851 y al Código civil, sin desviaciones ni concesiones, utilizando para la explicación de este último todos los materiales antecedentes. La pandectística alemana sólo muy ocasionalmente y *per accidens* aparece aquí y allá, y lo mismo la doctrina del BGB. Tampoco obtiene mayor fortuna la doctrina italiana sobre el Código de 1865, mientras que los exégetas franceses del siglo XIX se citan como coronamiento de la Codificación, y lo mismo algunos españoles. La cita de estos últimos se prolonga a los más recientes, si bien he de confesar que ninguno de ellos aporta nada considerable a la construcción originalísima del autor, a la que todos somos ajenos. Dígase lo mismo de nuestra jurisprudencia, hasta el punto de que no se cita una sola sentencia del Tribunal Supremo en las mil páginas de la obra. La única doctrina moderna que desempeña alguna función en ella es la de los autores italianos, Mengoni en particular, que revisan hoy la doctrina de la culpa como fundamento de la vinculación del contratante que incumple.

Queda clara, con lo que llevo dicho, la doble orientación historicista de la obra. El autor, de una parte, hace en ella historia: historia auténtica, escrita por primera vez sobre textos que sólo él ha reunido, contrapuesto, analizado y valorado. Lo cual representa ya una prestación rara y excelente. Pero, de otra parte, el autor se sirve de la historia que ha averiguado él mismo (y que antes de él no existía en cuanto tal averiguación) para entender, interpretar y explicar el Derecho vigente, y ante todo para construir las personalísimas categorías de que se sirve, y que constituyen a veces una versión depurada y estilizada de las que emplea la doctrina actual, y otras una *nova species* con nombre clásico.

¿Ha resuelto Ferrán Badosa nuestras dudas en materia de cumplimiento e incumplimiento de las obligaciones con su formidable aportación?

He aquí un interrogante sobremanera simple, que en el caso más bien parecería una simpleza.

Las dudas nacen del conocimiento, que no de la ignorancia. Nunca hallaremos un hombre más seguro de su razón que un insipiente integral, de los que por desconocer todo no saben el alcance de su desconocimiento. Por tanto, una obra que representa un buen paso hacia la solución de ciertos problemas del cumplimiento de las obligaciones; de la diligencia a poner en él y de los accidentes que pueden surgir; una obra que antepone al texto poco expresivo de la ley el contenido de voluntad que fueron depositando en él los siglos anteriores, y que

a partir de ese contenido sugiere nuevas perspectivas e interpretaciones; esta obra, digo, no es lo más proporcionado a resolver problemas, sino a suscitarlos, y más cuanto con mayor inteligencia y agudeza el autor ha penetrado en las posibilidades cuasiinfinitas que ofrece el precepto: dando una solución muy bien razonada; pero quedando al lector la posibilidad de pensar de otro modo.

Lo admirable en la obra de Badosa no son las soluciones últimas que propone, discutibles como todas, sino la aportación masiva de datos; lo ajustado de los análisis, la determinación de los conceptos, las nuevas aperturas y, en general, la constitución de un nuevo y completo sistema relacional donde antes no había —para el Derecho español— más que unos análisis aislados de los diversos planteamientos codiciales, recibidos por tradición o llegados en los furgones de la doctrina francesa. El doctor Badosa ha colmado con sus tesis, sus análisis y sus proposiciones, un terreno en donde faltaba esta planificación de conjunto. Su obra es, por su talante y propósito, de parcelación y urbanización; mas el logro resulta más al estilo de Gaudí que al de Herrera o Le Corbusier.

Podrá discutirse el valor práctico de esta visión universal, y a la vez puramente hispánica, no relacionable ni relacionada con las exposiciones actuales de la doctrina extranjera; y no deja de ser un síntoma la ya señalada falta, en el libro, de cualquier cita de jurisprudencia del Tribunal Supremo. Se trata, en efecto, de un aparato construido por el autor en todas sus piezas, pero —nótese— a partir de unos materiales positivos, de unos preceptos que están ahí, a la disposición de todos, y con los cuales él no «construye» al modo pandectista, extrayendo normas de los conceptos, pero sí deriva conceptos de su inteligencia de los artículos del Código, a los que, puestos en relación entre sí y con sus precedentes les *hace decir* otras verdades mostrando otros significados posibles del texto.

Aun si se tratase de una interpretación sin valor práctico (que, en todo caso, tendrá siempre éstas o aquéllas aplicaciones concretas), pienso que la presente es la más ilustre monografía civilística española que he leído hasta la fecha, tanto por el esfuerzo que revela como por los logros intelectuales que representa.

No es, por supuesto, un libro de fácil y placentera lectura. Más bien constituye un desafío al lector y un azote a la vulgaridad reinante y creciente.

Su sistema y lenguaje son, ciertamente, sencillos, pero de aprehensión difícil: su arquitectura trabada y armónica esconde tal riqueza de ideas y matices que sólo se capta tras repasar, meditar y releer volviendo sobre lo ya visto. La propia terminología obliga al lector a fabricar su diccionario. Un libro que, por contener mucho discurso, hace discurrir.

El programa

Vamos ahora al libro y su contenido. Ante todo, me permito aconsejar a quien intente la aventura fascinante pero costosa de leerlo, que estudie primero el índice, del cual puede deducir unas líneas y unas orientaciones generales que perdería de vista con frecuencia si se sumergiera sin más en el texto y las notas.

El programa y plan de la obra se da a conocer a través de tres párrafos de su introducción, que dicen así:

«El artículo 1.101 del Código civil español describe cuatro fuentes de indemnización de daños y perjuicios, fundadas en la actuación del deudor de una obliga-

ción frente a su acreedor: el dolo y la culpa en el cumplimiento, la mora, y la contravención al tenor de la obligación, que se presentan ordenadas en dos apartados. Uno constituido por las tres primeras, y otro, sólo por la contravención. Característica común a las cuatro es su localización en el período de cumplimiento».

«En cuanto al período previo de la conservación de la cosa cierta debida, los artículos 1.094 y 1.122, 2.ª y 4.ª, entre otros, solamente contemplan la culpa como fuente de indemnización».

... ..

«La existencia en el Código civil de otra culpa obligacional: la del artículo 1.182, dotada de una función totalmente diversa: la subsistencia de la relación mediante la sustitución del objeto debido por su valor (arg. artículo 1.185), hace imprescindible señalar su diferencia conceptual con la de los artículos 1.094 y 1.101».

Distinciones

Distingue aquí el autor, como se ve,

a) Entre un período de *cumplimiento* (artículo 1.101) y uno previo de *conservación* de la cosa debida (artículo 1.094), que no sería de cumplimiento. Lo cual se refleja en la diligencia como actividad jurídicamente exigible, que tiene también esta doble localización. Unas normas la contemplan en una fase previa al cumplimiento, suponiendo el pleno mantenimiento de las posibilidades de cumplir; mientras que «la segunda localización de la diligencia en su efecto eximente de los daños y perjuicios resultantes de una infracción obligacional... se sitúa en pleno período del cumplimiento de la obligación (artículos 1.101 y 1.104)». El autor rechaza una tercera posibilidad de localización de la diligencia en un período previo al nacimiento de la obligación contractual.

b) Distingue entre dolo, culpa y mora, de un lado; y *contravención*, «producida por las otras dos posibles causas de la infracción, la culpa y el dolo», con exclusión del caso. «El verdadero fundamento de la obligación del *id quod interest*, reside en la culpa o el dolo y no en la infracción obligacional, o lo que es lo mismo, que ésta es insuficiente por sí para fundar la responsabilidad del deudor». Causa próxima del daño es la infracción de la obligación, y causas mediatas la culpa y el dolo, que se presentan, así, como «causantes de la mora y la contravención», esta última comprendiendo «la pura y simple abstención..., la infracción positiva y el mal cumplimiento de las obligaciones de hacer». «Distinguimos en el artículo 1.101 dos planos: el de las causas de los daños, constituido por la mora y la contravención, y el de los fundamentos de responsabilidad, que son el dolo y la culpa»; «dos puntos de vista o dos perspectivas de un único fenómeno» (páginas 237 a 252).

c) Se distingue igualmente entre *cosa* y *negocio*; aquélla, entidad individual de existencia independiente respecto de la actividad jurídicamente debida del deudor que integra la obligación como objeto suyo; mientras que el negocio tiene como objeto el «hacer».

El dolo y la culpa se ubican, tratándose de *cosas*, en el período anterior al cumplimiento, mientras que en los *negocios* se localizan en el momento de la

realización de la conducta-prestación: en el supuesto de mal cumplimiento, en tanto que el no cumplimiento absoluto se califica de *mora*.

d) Separa, finalmente, Badosa, de una parte la *perpetuatio obligationis* del artículo 1.182 y, de otra, la culpa de los artículos 1.094 y 1.101. O sea: de una parte la culpa-negligencia, como infracción de un esquema de conducta propuesta por el ordenamiento con carácter exigible (el del artículo 1.101); y, de otra, la culpa como «mera autoría directa e indirecta de la pérdida o deterioro del objeto de la obligación de indemnizar daños y perjuicios... A la culpa-hecho propio» de ambas, se le atribuyen peculiares efectos. A la culpa-negligencia: el nacimiento de la obligación de indemnizar daños y perjuicios... A la culpa-hecho propio» no se le atribuye el efecto de «originar una nueva obligación, sino el de perpetuar o mantener la originaria como si no se hubiera producido la pérdida o deterioro del objeto» (página 661); la subsistencia de la obligación de dar, en caso de pérdida total de la cosa debida, mediante la sustitución de la obligación de entrega de cosa por su valor en dinero. Por eso, mientras en el caso del artículo 1.094 la culpa lata y leve obliga a indemnizar, pero no la levisima, en el del artículo 1.182 la culpa siempre da lugar a la subsistencia de la obligación, que sólo se extingue por el caso fortuito. Aquí no cabe distinguir grados de gravedad, sino que cualquier modalidad de culpa mantiene la obligación del deudor, siendo indiferente si actuó éste dolosamente o de buena fe. Tampoco la incapacidad del deudor es obstáculo para que su hecho sea calificable de culpa a los efectos del artículo 1.182. Y lo mismo cuando el deudor causante de la pérdida de la cosa debida ha actuado ignorando justificadamente su cualidad de tal. Sólo le libera el caso fortuito, acontecimiento cuya existencia o eficacia destructora no pueden ser impedidas por el deudor.

Aparece en esta contraposición la doble eficacia de la culpa. Una, material, retrasando o impidiendo el cumplimiento, lo que resulta de «la falta, en general, de la diligencia técnicamente adecuada». La otra consecuencia, consiste en la nueva obligación de indemnizar daños por parte del deudor, que sólo existe cuando haya infracción de la diligencia *exigible* o culpa *prestable*. Puesto que puede haber una culpa no prestable: la levisima, por ejemplo.

La antítesis dolo-culpa

Contrastan estas distinciones en tema de culpa con la simplicidad del concepto de dolo, en el que la ilicitud «reside exclusivamente en la actitud psicológica del deudor... si requiere la infracción de la diligencia... es únicamente porque en sí mismo no puede ser causa material de los daños a indemnizar o del incumplimiento, porque aquella no aporta nada a su eficacia jurídica... El requisito de la exigibilidad de la diligencia infringida sólo es preciso para la culpa» (página 695). Mientras que «la culpa... se compone de dos elementos, que hemos tomado de los artículos 1.104 y 1.107.1, respectivamente. Uno, objetivo, consistente en la infracción imputable al deudor de la diligencia jurídicamente exigible en la obligación de que se trate, entendiendo *diligencia* como actividad personal que incumbe al deudor en calidad de *carga*. Otro, subjetivo, que es la *buena fe*, considerada negativamente como ausencia de voluntad de infringir la obligación contraída y que constituye la negación del dolo».

La diligencia como «actividad»; no como «esfuerzo»

Es en Domat donde se observa el cambio de formulación que consiste en plantear positivamente desde el ángulo de la diligencia lo que antes se planteaba negativamente desde el dolo o la culpa. Desde entonces, «al deudor de cosa cierta le incumbe una obligación accesoria de diligencia en la conservación de la cosa que sustituye a la prestabilidad de la culpa o dolo... Se responde de la culpa, ya no como fundamento autónomo de responsabilidad, sino como supuesto de incumplimiento de la obligación de diligencia», la cual pasa a «ser criterio, ya no de la culpa indemnizable, sino del cumplimiento o incumplimiento de una obligación de hacer». La diligencia, a su vez, consiste en «una conducta o comportamiento, único modo de que pueda incorporarse o subsumirse en una actividad».

La preponderancia del modelo no profesional del padre de familia, diligente o diligentísimo en sus asuntos, es decir, configurado como modelo de esfuerzo y no de conducta, determinó una contemplación de la diligencia como *tensión de voluntad*, calificación que combate ya la Glosa, y con ella el autor por cuanto —dice— «una diligencia materialmente (y por tanto, también jurídicamente) eficaz, ya no puede definirse como mero esfuerzo o atención del deudor, sino que debe centrarse (con el fin de comprobar ' si dicha |operatividad| fáctica, se ha producido) en torno a la actividad de la que se predica y, por tanto, definirse objetivamente como conducta». Por lo que, partiendo del concepto del artículo 1.104.1 supera «lo que constituye la razón jurídica fundamental de la diligencia-esfuerzo: el de una diligencia inútil o insuficiente que no ha podido evitar los daños y que, por tanto, desempeña sólo la función de exoneración».

Según explica, la diligencia se halla, en el Código civil, específicamente dirigida al cumplimiento: «ha de ser técnicamente adecuada al cumplimiento como resultado material». «Esta adecuación técnica... es decisiva para configurarla objetivamente como *actividad* o comportamiento del deudor y no como *esfuerzo* y predisposición, porque la adecuación a un resultado material sólo puede predicarse de un comportamiento... la realización del comportamiento manifestará que el deudor ha puesto interés o tensión de voluntad, sin necesidad de mencionarlas expresamente». «Lo infringido es un deber jurídico de conducta y no un deber de esfuerzo. Hasta el punto de que si efectivamente ha existido por parte del deudor esfuerzo o tensión de voluntad hacia el cumplimiento, pero sin que ésta se haya traducido en un comportamiento técnicamente adecuado, por muy intensos que aquellos hayan sido, seguirá existiendo culpa» (página 687).

Los modelos

En el Código civil, dice el autor, «la diligencia aparece como la conducta inspirada o peculiar de un determinado *modelo* de comportamiento», descubriendo él en dicho texto legal estos cuatro:

a) *El modelo del padre de familia* (artículo 1.104-2). Es el modelo de la persona no cualificada profesionalmente en la actividad de que se trata; persona que, a diferencia del artifice, «tiene justa causa para ignorar cualquier conocimiento que sea inherente a una determinada profesión».

Es un concepto valorativo, es decir, quedando fuera de él las conductas que no alcancen un determinado nivel de exigencia: comprende la diligencia media y máxima. El autor lo define «como el modo de realizar una determinada conducta (denominada *diligencia*) identificada previamente por su idoneidad técnica (integradora o promotora) respecto de una actividad jurídicamente calificada (conservación, cumplimiento o gestión debidos; comportamiento dañoso pero lícito), modo de realización caracterizado por la no profesionalidad y la perfección» (página 88).

Pero que el modelo integrador de la diligencia-conducta sea abstracto «comporta una ulterior exigencia: hallar el criterio que nos señalará en cada supuesto cuál es el grado de diligencia aplicable», que para el Derecho común está «en función del beneficio que proporciona a acreedor y deudor la figura contractual de la cual nace la obligación de que se trata»: es el criterio de la *utilitas contractuum*, sobre el cual operan en especiales circunstancias criterios específicos que agravan o suavizan el grado de diligencia requerido.

b) *La pericia*. El segundo de los modelos abstractos es *el artífice*: el modelo de conducta representado por las reglas o técnicas específicas de un oficio o arte determinado: esquema de conducta a integrar por quien posee determinados conocimientos, y graduable igual que el modelo no profesional. La imposición de este modelo se ha de producir precisamente en el ámbito de la asunción de la obligación, siendo suficiente la voluntad del sujeto que la asume, sin que se requiera que efectivamente sea un experto en la actividad de que se trate, ni que sea el deudor personalmente quien tenga que cumplir.

c) *El modelo «quam suis»*. Frente a los anteriores modelos, que designan un grado determinado de diligencia, el *quam suis* consiste en el comportamiento del propio deudor respecto de sus asuntos e intereses: «la consecución de un interés ajeno se somete al mismo rasero que la consecución de los propios, elevando a regla jurídica lo que es puro comportamiento habitual y discrecional». Punto de referencia es el tipo habitual o medio de comportamiento del deudor respecto del cúmulo indeterminado y heterogéneo de «sus propios asuntos».

Mas en el modo de conducirse una persona respecto de sus intereses hay una nota de discrecionalidad (la posibilidad de variar en cualquier momento tal comportamiento). «Congelar la diligencia es un momento anterior al de la prestación debida, supondría afirmar que el modelo de conducta a utilizar sería un modo histórico de comportamiento del sujeto, pero no el verdadero comportamiento». En conclusión, «la libertad de un sujeto para configurar su conducta ha de prevalecer sobre la vinculación inherente a su cualidad de deudor». La variabilidad del modelo concreto tiene, con todo, «como tope la culpa lata» con «la finalidad de impedir que actúe como modelo de conducta la falta de diligencia».

d) *El modelo del artículo 1.404.1*. El último de los posibles modelos integradores de la diligencia como esquema de conducta es el constituido por la serie de datos que ofrece la propia obligación que se pretende regular: el descrito en el párrafo 1.º del artículo 1.104, procedente del movimiento codificador europeo pero que se materializó al otro lado del Océano, en el artículo 512 del Código civil argentino de 1869, del cual lo toma el nuestro.

Es un modelo de configuración esencialmente judicial, que tiene en cuenta el contenido jurídico del deber asumido por el deudor. El juez debe ocuparse de definir la conducta que resulta de considerar una serie de elementos obligacio-

nales concretos con independencia de todo modelo abstracto. Obsérvese que en este caso no se trata de un modelo de conducta en sí mismo (como lo es el del padre de familia), sino de un conjunto de datos a través de los cuales el juez deducirá el modelo de conducta adecuado al caso concreto.

Las funciones de la diligencia

En tema de diligencia el autor distingue entre una función *integradora* y otra función *promotora* o instrumental. Es preciso explicar esta terminología, introducida por él.

En unos casos la diligencia —dice— «se presenta integrando o formando parte de la actividad que constituye su objeto. Actividad que, a su vez, o bien puede ser calificada de jurídicamente debida, constituyendo el objeto de una obligación de hacer (prestación) (artículos 497, 1.094, 1.719.2.º, etc.)..., o bien puede ser calificada jurídicamente de legítima» (el caso del arrendatario en el uso de la cosa arrendada). Es la «función integradora». En otros casos (artículos 1.000 y 1.104 del Código civil), por el contrario, la diligencia, «lejos de formar parte de la actividad jurídicamente calificada, permanece extraña a ella, limitándose a promover materialmente su existencia»: opera en «función promotora».

La función integradora identifica el contenido de la actividad. No cabría, en relación con él, admitir la plena discrecionalidad del sujeto agente: la calificación jurídica de una conducta tiene un cierto contenido del que el agente no puede apartarse.

Destaca el autor el valor que tiene la diligencia para la identificación de la prestación: «siempre que en el seno de una relación obligatoria se enuncie una actividad caracterizada como tal y se la califique jurídicamente de lícita o debida, esta calificación postula, aunque no se mencione explícitamente, su concreción en base a la diligencia». «El ordenamiento no entiende realizada la actividad, si no es con la diligencia exigida, y sólo así le atribuye los efectos jurídicos asignados a su puesta en práctica» (cumplimiento de la obligación, etc.).

En cuanto a la función promotora de la diligencia, es extrínseca a la actividad debida: es meramente instrumental. «A diferencia de la diligencia integradora no se caracteriza por su actitud de incorporación a la actividad, sino por su eficacia causal». Es la diligencia en el cumplimiento a que se refiere el artículo 1.104, donde lo debido es sólo el *cumplimiento*.

La función promotora únicamente tiene lugar cuando la actividad es calificada de deber-prestación. Es el caso de la obligación de dar: la actividad del deudor o su conducta es puramente instrumental respecto del resultado perseguido: está dirigida a producirlo. «Toda conducta del deudor anterior a la tradición queda fuera del cumplimiento, no forma parte de la prestación debida. Es la pura diligencia en función de promoción del cumplimiento. Este lo será únicamente el acto que engendra el efecto posesorio y en la medida que lo engendra».

El autor distingue, asimismo, de una parte la legitimidad y el deber-carga y, de otra, el deber-prestación. Los primeros no contemplan la efectiva realización de la actividad, sino el cómo y contenido de la misma caso de realizarse. En cambio, cuando la calificación jurídica es de deber-prestación, se halla presente la necesidad jurídica de realización manifestada en el instituto de la ejecución forzosa.

Otra lectura más

Contiene el libro, al hilo del examen de los temas principales, estudios concretos, a veces muy extensos, sobre los más variados institutos en relación con la culpa y la diligencia. El contrato de obra, en el aspecto de «la obligación de hacer una obra» (páginas 190 a 213) o de la pericia como contenido de la prestación, o los auxiliares, etc.; la posesión; el estudio del criterio de atribución de gastos, reparaciones y daños (páginas 424 y siguientes); las frecuentes alusiones, extensas, a la tutela; la anticresis (sobre todo, la relación de compensación e imputación entre frutos y deuda); puntos concretos del arrendamiento de cosas (entre ellos, el no uso de la cosa arrendada, tácita reconducción, rescisión y resolución del contrato, desahucio); el depósito, el hospedaje, el mandato (límites, naturaleza, mandante y mandatario, sustitución de éste); la gestión oficiosa, cuyo tratamiento aparece en tantos lugares; la prenda, el usufructo (gastos, reparaciones, conservación, uso de la cosa); el cobro de lo indebido, etc.; con ideas que no podrán dejar de ser tenidas en cuenta en lo sucesivo en el tratamiento de cada uno de estos tipos.

Para localizar los respectivos lugares sirve un índice de conceptos muy completo que lleva la obra, junto al de autores, de nombres y de artículos del Código civil.

Final

Son éstas algunas de las líneas fundamentalmente de una obra no fácilmente inteligible. Hay que releer, pensar y repensar en muchos casos, para aprehender la idea del autor. Este tiene su propia terminología, y sus propios conceptos, y con ellos trabaja y habrá de trabajar el lector. Es casi una obra escrita en clave, lo cual resulta tanto más duro en relación a un ordenamiento en el que, como dice otro autor actual, Francisco Jordano Fraga, en una obra perfectamente canónica e inteligible para el que no iniciado, «La responsabilidad contractual» (Madrid 1987) «el peso de las elaboraciones tradicionales ... ha sido hasta tiempos muy recientes definitivo, y en ellas se mueve todavía la mayoría de la doctrina». La obra que comento constituye una excepción en ese panorama que, con razón, diseña Jordano Fraga, señalando seguidamente la postura acrítica con que contemplamos los autores el tratamiento recibido —y, en verdad, un tanto obsoleto— de la culpa contractual.

El libro que comento es la manifestación de un inconformista que manifiesta su oposición de un modo positivo: planteando un tratamiento diferente de la materia, *ab imis fundamentis*.

Esta recensión no ha pretendido dar una idea de tal tratamiento, cosa imposible en los límites de una nota bibliográfica por mucho que se amplíen. El libro de Badosa es irresumible, y la manera de expresar el autor sus ideas, más bien concisa. Me he limitado a un muestreo de las líneas de pensamiento dominantes y de algunos conceptos-clave.

Era usual en cierta suerte de recensiones jurídicas acabar diciendo que «el libro no puede faltar en la biblioteca de ningún abogado». Pese a mi amistad

con el autor, no tengo arrestos para enunciar una tal proposición, a todas luces inexacta. El «modelo» del abogado no nos sirve. Para aproximarnos al posible público hemos de recurrir al «modelo» del jurista, del jurisconsulto, del estudio-so. A estos sí que les será gratificante la lectura de esta obra maestra.

JOSÉ LUIS LACRUZ BERDEJO