

“Consideraciones preliminares para un estudio crítico de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español” (*)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

Profesor contratado de Derecho civil en la Universidad de Sevilla

SUMARIO: a) *El problema de la responsabilidad contractual y sus implicaciones, en la doctrina*: 1) Ambito y función de las reglas de responsabilidad contractual. 2) El encuadramiento del problema en el sistema de la responsabilidad contractual. 3) Tesis subjetivistas y objetivistas. Equivocidad terminológica.— b) *El substrato real de la discusión. Evolución y tendencias actuales: la tutela del crédito como exigencia común irrenunciable*: 1) Culpa y riesgo: evolución histórica. 2) Las nuevas tendencias. Paralelismo con la responsabilidad civil. Análisis desde una perspectiva económica. 3) Referencias a otros ordenamientos. Convenciones internacionales. La exigencia de tutela del crédito.— c) *Relativismo y evolución. Cuestionamiento de la efectividad del enfrentamiento doctrinal desde el perfil de la tutela del crédito: el plano de la carga de la prueba*: 1) Evolución y relativismo. Necesidad de una verificación del conflicto objetivismo-subjetivismo. El ejemplo anglosajón. 2) Efectividad y coherencia. Generalización y particularismo. Límite, fundamento de la responsabilidad y carga de la prueba. 3) El punto de partida de la crítica a la teoría de la culpa. Plan de trabajo de la crítica propuesta.

a) EL PROBLEMA DE LA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y SUS IMPLICACIONES, EN LA DOCTRINA

1) *Ambito y función de las reglas de la responsabilidad contractual*

Es difícil concebir en el seno del Derecho privado patrimonial un problema que se presente, a la par, tan complejo e importante como el de la responsabilidad contractual. Su complejidad —advertida como

(*) Este trabajo pretende ser el primer paso de una revisión a fondo acerca del significado de las reglas de responsabilidad contractual en el Código civil español, sobre la base de las conclusiones a que el autor ha llegado en un trabajo precedente de contenido análogo y sobre el Código civil italiano, que constituyó su tesis doctoral («La distribuzione del rischio dell'inadempimento nella legge e nelle convenzioni private»), leída en la Universidad de Bolonia bajo la dirección del profesor Galgano.

El autor quiere aprovechar esta oportunidad para agradecer al Colegio de España la posibilidad de trabajar en Bolonia, y al profesor Galgano su inolvidable y persistente magisterio.

premisa necesaria de su estudio por la doctrina (1) que se ha ocupado del problema— es evidente, y deriva, de una parte, de la gravedad e importancia de los intereses en juego y, de otra, de la necesaria interrelación que dentro de este argumento debe establecerse entre una multiplicidad de institutos jurídicos en forma de dar a cada uno su valor propio. Buena prueba de la complejidad del problema es la ingente producción doctrinal sobre el mismo elaborada hasta la fecha. Labor doctrinal que en su última etapa se remonta a las postrimerías del siglo anterior y que ininterrumpidamente llega a nuestros días.

El tema de la responsabilidad contractual es un tema clásico del Derecho privado. El ser un tema «clásico», ha favorecido la formación de una doctrina consolidada cuyo cuestionamiento parece labor imposible o de utilidad dudosa. Y sin embargo, ni la doctrina clásica es tan sólida como para resistir un análisis crítico, ni —si se me 'consiente la ironía— tan clásica como lo dan a entender los sucesivos reenvíos doctrinales a la misma.

En España, a diferencia que en Italia (2), el peso de las elabora-

(1) Así, por ejemplo, MENGONI, en sus *Note sull'impossibilità sopravvenuta della prestazione di lavoro*, en «Scritti in onore di A. Scialoja», Bologna, 1953, pp. 262 y ss., en la p. 262 recuerda la opinión de HENLE, según el cual el incumplimiento es la zona alpina del Derecho de obligaciones. También ponen de manifiesto la dificultad del problema: COTTINO (con relación a la imposibilidad), en *L'impossibilità sopravvenuta della prestazione e la responsabilità del debitore (problemi generali)*, Milán, 1955; y SCOGNAMIGLIO, *Note sulla responsabilità del depositario*, en «Banca bors. e tit. cred.», pp. 447 y ss., y allí, p. 448.

Recientemente, VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, Nápoles, 1979, p. 3: «Il problema dei limiti della responsabilità del debitore per inadempimento è uno dei più annosi e controversi del diritto delle obbligazioni».

(2) En Italia se ha formado un importante cuerpo de doctrina en el que junto a los planteamientos renovadores, ya desde principios de siglo, coexisten los planteamientos tradicionales. De esta labor doctrinal son fautores algunos de los nombres más ilustres de la ciencia jurídica italiana (OSTI, GIORGIANNI, MENGONI, NATOLI, BIANCA, COTTINO, TRIMARCHI, MAJELLO, RESCIGNO, MANGINI, y CATTANEO, entre los que se han ocupado monográficamente del tema). El interés de la doctrina italiana por la responsabilidad contractual no ha decrecido ni siquiera hoy, como tampoco decayó tras la promulgación del Código de 1942 que en la intención de sus redactores —como se ve en el texto de la *Relazione del Guardasigilli* al Libro IV, n. 39— tenía como función primaria en este ámbito, resolver la cuestión definitivamente y poner fin a la polémica doctrinal. Y así, el tema de la responsabilidad contractual continúa siendo tema de actualidad en la doctrina italiana. Entre las aportaciones más recientes, aparte de la ya citada obra de VISINTINI que fue precedida de una importante serie de estudios publicados por dicha autora en diversas revistas italianas, cabe destacar el libro de DE LORENZI, *Classificazioni dogmatiche e regole operazionali in tema di responsabilità contrattuale*, Milán, 1981.

También reciente es el artículo de CANNATA *Dai giuristi ai codici, dai codici ai giuristi (Le regole sulla responsabilità contrattuale da Pothier al codice civile italiano del 1942)*, en «Riv. Trim. dir. e proc. civ.», 1981, pp. 993 y ss.

Entre las obras de carácter institucional más recientes que se han ocupado de la cuestión, se destacan las de ROPPO, *Il contratto*, Bologna, 1977, y GALGANO, *Diritto privato*, Padua, 1981.

En definitiva el panorama doctrinal italiano en tema de responsabilidad contractual aparece en comparación con el español más dinámico. Mientras que en España la tesis de la culpa es mayoritaria y los intentos revisionistas son aislados y recientes, en Italia las tesis objetivistas ganan progresivamente terreno y cons-

ciones tradicionales de la culpa ha sido hasta tiempos muy recientes definitivo, y en ellas se mueve todavía la mayoría de la doctrina (3) que acepta críticamente el postulado de que la responsabilidad del deudor requiere como regla general la culpa del mismo, que así se eleva (con algunas diferencias de matiz) a fundamento general de la responsabilidad contractual.

Peró tampoco han faltado en nuestra doctrina en los últimos tiempos (4), intentos revisionistas de la doctrina tradicional que cuestionan que la responsabilidad del deudor (o al menos algunos de sus elementos) sea inseparable de la culpa de éste. Intentos estos que, a decir verdad, han pasado un tanto inadvertidos en un contexto doctrinal y jurisprudencial claramente dominado por los planteamientos tradicionales.

El interés permanente de la doctrina por el problema de la responsabilidad contractual, ofrece una eficaz confirmación de su importancia y a la vez de su complejidad, pues delata una insatisfacción doctrinal por los resultados anteriormente alcanzados que empuja a ensayar nue-

tituyen un movimiento doctrinal que se remonta a los inicios del siglo (OSTI) y al que se han adherido desde entonces numerosos y autorizados privatistas.

(3) El juicio es coincidente con el de DÍEZ-PICAZO, *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, I, Madrid, 1970, p. 695: «Por regla general, la doctrina y la jurisprudencia de nuestro país han profundizado poco en este tema (de la responsabilidad contractual), que es enormemente complejo, y se han contentado con unas enunciaciones generales de reglas o de máximas las más de las veces heredadas de la literatura anterior, sin llegar a contrastarlas seriamente con las normas concretas que constituyen el sistema de nuestro Código civil. Ocurre, además, que mientras en materia de responsabilidad extracontractual la doctrina y la jurisprudencia han sido plenamente conscientes de los giros que en orden a la interpretación de las normas legales y de los principios rectores de las instituciones, han impuesto aceleradamente las transformaciones experimentadas por el contexto social y económico, desde el punto de vista industrial, científico y tecnológico, no ha sucedido lo mismo en materia de responsabilidad contractual, aun cuando seguramente una incidencia semejante se ha producido con la misma o con parecida hondura».

En la doctrina española se adhieren a la doctrina de la culpa: CASTÁN, *Derecho civil español, común y foral*, tomo III, Derecho de obligaciones, Madrid, 1967 (10.^a ed.), pp. 160 y ss.; LACRUZ, *Elementos de Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. 1.^o, Barcelona, 1977, pp. 97 y ss.; ESPÍN, *Manual de Derecho civil español*, III, Obligaciones y contratos, Madrid, 1974 (4.^a ed.), pp. 186 y ss.; ALBALADEJO, *Derecho civil*, II, Derecho de obligaciones, vol. 1.^o, Barcelona, 1970, pp. 111 y ss.

(4) La crítica de la teoría de la culpa, tiene en España su arranque en las atinadísimas observaciones —casi anotaciones al margen— que PUIG BRUTAU realiza sobre una base de influencia anglosajona a la teoría de la culpa. Cfr. *Fundamentos de Derecho civil*, tomo I, vol. II, Derecho general de las obligaciones, Barcelona, 1959, pp. 417 y ss. Sin embargo, dichas anotaciones no llegan a constituir un sistema general alternativo a la teoría de la culpa, lo que hace la posición de este autor un tanto vacilante.

Más recientemente son de destacar como intentos —tanto más meritorios cuanto producidos en un contexto doctrinal dominado por afirmaciones contrarias— de limitar la relevancia de la culpa en la afirmación de la responsabilidad del deudor, los de DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 693 y ss.; y TORRALBA, *La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en A. D. C., 1971, pp. 1143 y ss.

vas construcciones, hechas a su vez posibles por la riqueza de elementos diversos a coordinar.

Es precisamente este proceso continuado, de aportaciones sucesivas, uno de los obstáculos que más se oponen a la clarificación del problema. El modo en que históricamente se ha producido la discusión doctrinal sobre la responsabilidad contractual, ha favorecido los equívocos y malentendidos, el que una misma palabra (el caso paradigmático es el de la propia expresión «culpa») sea utilizada con significados diversos, o el que bajo apariencia de terminologías diversas se escondan afirmaciones sustancialmente idénticas.

Pero antes de nada, antes de indicar la manera que aquí se considera como susceptible de desvelar los equívocos producidos en una discusión multiseccular, el camino para llegar a la solución del problema, conviene previamente acotar el problema mismo. Es decir, señalar o delimitar el campo propio que se esconde detrás de la expresión «responsabilidad contractual». Una primera precisión se impone sobre el uso de esta terminología. Con la expresión «responsabilidad contractual» se designa la responsabilidad dimanante de obligaciones preexistentes a la propia afirmación de la responsabilidad, cualquiera que sea su fuente. Es decir, en la responsabilidad contractual se incluye la responsabilidad derivante de las obligaciones ya constituidas, aunque no tengan su origen en un contrato (5).

Precisamente en este dato de la preexistencia de la obligación es en el que la doctrina común incide para establecer la distinción entre responsabilidad contractual y extracontractual (6), no ya como contraposición entre responsabilidad derivada del contrato frente a responsabilidad dimanante de otra fuente, sino como responsabilidad derivante de un específico vínculo o relación preexistente —cualquiera que sea su fuente— frente a la responsabilidad derivada de un genérico deber de no ingerencia dañosa en la esfera personal ajena. De este modo, mientras en el primer caso la idea de responsabilidad aparece estructuralmente ligada a la idea de obligación (7), en el segundo, sólo a través de la afirmación de la responsabilidad nace una verdadera obligación, que consiste, precisamente, en el resarcimiento del daño injustamente causado. Y esta obligación de contenido resarcitorio que se

(5) Precisión esta que aparece frecuentemente en la doctrina. Así, por ejemplo: RESCIGNO, *Manuale del Diritto privato italiano*, Nápoles, 1980, p. 600; MES-SINEO, *Manual de Derecho civil y comercial* (trad. de la 8.ª ed. italiana), Buenos Aires, 1979, IV, p. 234; BETTI, *Teoria generale delle obbligazioni*, I, Milán, 1953, p. 108; ALBALDEJO, *op. cit.*, p. 112 y nota 94; ESPÍN, *op. cit.*, pp. 198-99, y LA-CRUZ, *op. cit.*, p. 100.

(6) Sobre cuya distinción, aparte de los autores citados en la nota anterior, pueden verse: MICCIO, *Delle obbligazioni in generale* en el «Commentario del Codice civile», Libro IV, tomo I, Turín, 1961, pp. 184 y 192 y ss.; BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en el «Commentario del Codice civile», dirigido por A. Sciloja y G. Branca, p. 4, y SCOGNAMIGLIO, voz «Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale», en *Noviss. Dig. it.*, XV, Turín, 1968, pp. 670 y ss.

(7) Vid. RESCIGNO, *op. cit.*, p. 599.

constituye *ex novo*, es, a su vez, susceptible de dar origen a responsabilidad (contractual), cuando no sea voluntariamente cumplida.

Este modo de operar la distinción entre ambas clases de responsabilidad aparece de un modo particularmente claro en Scognamiglio (8): «... la llamada responsabilidad contractual tiene su origen en la propia noción de obligación; que en caso de incumplimiento reafirma su carácter esencial de vínculo que se perpetúa en la prestación resarcitoria cuando no sea posible su realización en forma específica (ejecución forzosa). De modo que (la responsabilidad contractual) se resuelve en la satisfacción del interés deducido en la obligación a pesar de la falta de cooperación del deudor... Por el contrario, en la responsabilidad aquiliana, el dato esencial es el constituido por el verificarse del daño injusto, al que se refiere y commisura la reacción del Derecho que se actúa con la imposición al sujeto que se halla en uno de los supuestos de responsabilidad hipotetizados por la ley de la obligación (primaria) de resarcimiento del daño causado». Otros modos de operar la distinción entre ambos campos de la responsabilidad, como la referencia a la distinta naturaleza del interés lesionado (9) o la contraposición entre la idea de la obligación en sentido técnico y la idea del deber jurídico (10), no hacen sino poner de manifiesto con otras palabras la mencionada diferencia estructural, por la que en definitiva se explica que en virtud de la existencia de un vínculo obligatorio una persona se coloca en posición subordinada respecto de otra, en un estado de sujeción particular distinto del dimanante de la existencia de las normas generales del ordenamiento, en modo que aquel estado particular supone un *plus* (11) respecto de su situación normal (inexistencia de vínculo) para la persona favorecida, que cuenta para la defensa de su interés específico con medios para su actuación coactiva y, en su defecto, para realizar su equivalente dinerario (12).

Dejando siempre a salvo los distintos planos en que juegan ambos tipos de responsabilidad: primario (constitución de una nueva obligación que antes no existía) en la responsabilidad aquiliana y secundario (tutela del crédito, realización de un vínculo obligatorio preexistente) en el caso de la responsabilidad contractual, es interesante poner de manifiesto, como lo ha hecho Di Majo (13), la evolución que se ha producido en el campo de la responsabilidad extracontractual. Evolución producida desde un primer momento en que la distinción con la

(8) *Op. cit.*, p. 672.

(9) Es la idea de BETTI, *op. cit.*, p. 109, que contrapone expectativa creditoria insatisfecha a lesión del interés consistente en el daño injusto.

(10) En este sentido, Vid. MICCIO, *op. cit.*, p. 193, y MAJELLO, *Custodia e deposito*, Nápoles, 1958, p. 56.

(11) Cfr. MICCIO, *op. cit.*, p. 192.

(12) La diferencia estructural aludida está también en la base de quienes fundan la distinción de ambas clases de responsabilidad en el diverso presupuesto de la misma en uno y otro caso (lesión ilícita de un interés tutelado frente a incumplimiento de una relación obligatoria particular). Así, BIANCA, *op. cit.*, p. 4, y MACCARONE, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, en el «Comentario teorico-pratico al Codice civile», dirigido por V. de Martino, Roma, 1978, Libro IV, p. 4

(13) *Obbligazioni e contratti*, Roma, s. d., pp. 73 y ss.

responsabilidad contractual se establecía sobre la base de los criterios de responsabilidad y de los valores o intereses tutelados, hasta el momento presente en que se produce una sustancial aproximación de ambas responsabilidades en dichos campos. De una parte el ámbito de los bienes o intereses protegidos por la responsabilidad civil se ensancha progresivamente, y así, del núcleo originario de intereses protegidos constituido por los derechos reales y los derechos de la personalidad, se ha llegado —trabajosamente— al reconocimiento de la tutela aquiliana (frente a terceros ajenos al vínculo obligatorio) de los derechos de crédito (14). Por otra parte, se ha pasado de la técnica legislativa de la prohibición y de la sanción, que postulaban como necesario presupuesto de la afirmación de la responsabilidad la culpa («ninguna responsabilidad sin culpa»), a una técnica legislativa de permisión, más adecuada a las nuevas exigencias económico-sociales, que tiene como lógica contrapartida la afirmación de la responsabilidad objetiva unida a la idea del riesgo.

De este modo, la técnica garantista (responsabilidad como conjunto de garantías para el acreedor) nacida en el ámbito contractual, se extiende a un área de la responsabilidad extracontractual cada vez más importante —la de la actividad económico-productiva— asumiendo el carácter de disciplina interna de la actividad considerada.

Es en este contexto en el que se explica la tendencia doctrinal que plantea la necesidad de un estudio unitario de la responsabilidad o que, al menos, cuestiona la conveniencia de una radical separación entre ambos campos (15).

Tampoco puede desconocerse una tendencia general del ordenamiento que repercute directamente sobre el ámbito de la responsabilidad contractual y que comporta un ensanchamiento del mismo. Dicha tendencia (16) es paralela a la creciente operatividad del principio de la buena fe en el Derecho privado. En la misma medida en que tal principio deja de ser decorativo y se convierte en portador de exigencias de conducta, se traduce en una serie de deberes accesorios o complementarios del deber de prestación, cuya virtualidad estriba en que la violación de los mismos, en tanto que violación de un deber específico fruto de una relación concreta existente entre las partes, da origen a una responsabilidad de carácter contractual. De este modo, la responsabilidad contractual es algo más que la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal) y se convierte, tendencialmente, en la responsabilidad por el daño producido entre quienes están ligados por un vínculo obligatorio aunque el interés afectado sea un

(14) DR MAJO, *op. cit.*, p. 80. Sobre la tendencia al progresivo ensanchamiento de los bienes e intereses susceptibles de ser tutelados por la responsabilidad aquiliana Vid. GALGANO, *op. cit.*, pp. 335-6. Sobre la tutela aquiliana del crédito frente a terceros, Cfr. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, pp. 725 y ss.

(15) En este sentido, Vid. SBISA, *Responsabilità contrattuale ed extracontrattuale: realtà contrapposte o convergenza de presupposti e di scopi?*, en «Resp. civ.», 1977, pp. 723 y ss., espec. p. 727.

(16) Tendencia puesta de manifiesto por SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 675-6.

interés distinto del de la prestación (17), llamado para distinguirse de éste, interés de protección, que consiste en el interés de las partes a que de la proximidad de sus esferas jurídicas que la actividad de cumplimiento determina, no resulte daño en la de cada uno de ellos por obra de la contraparte).

El resultado final de este proceso, como pone de manifiesto Scognamiglio (18), es el extender la esfera de relevancia de la obligación más allá de la prestación (principal) en la misma deducida, hacia la consideración de todas las obligaciones accesorias que concurren al objetivo de preparar o integrar el cumplimiento en forma que la satisfacción del acreedor sea plena. De este modo nacen los deberes de protección o seguridad (19) como deberes conexos al de prestación en forma estrecha o esencial, en modo que se excluyen del ámbito de la responsabilidad contractual, considerándose en cambio como casos de responsabilidad extracontractual, los daños causados con ocasión del cumplimiento, en relación puramente accidental con el mismo.

El resultado al final de esta evolución es, como pone de relieve Mancini (20), un concepto amplio de responsabilidad contractual en el que se incluye no sólo la responsabilidad por incumplimiento (de la prestación principal), sino también la responsabilidad precontractual (21) y la derivada de la violación de los deberes de protección o seguridad. Ello no es más que la consecuencia de la consideración de la relación obligatoria como una relación compleja que no se agota en la realización de la prestación principal.

Consecuencia de este ensanchamiento del ámbito de la responsabilidad contractual es una más amplia posibilidad de concurso de ambas clases de responsabilidad (22), entendido como un concurso de acciones.

(17) A este mismo resultado llega BIANCA por la vía de la construcción de una noción de diligencia que comprende las necesarias medidas de cautela, de tal modo que el deudor está obligado a una prestación de contenido prudente, incurriendo por tanto en responsabilidad contractual al causar un daño —en un interés diverso del de prestación, pero ligado esencialmente a la actividad de cumplimiento— como consecuencia de la violación de ese deber de conducta prudente (Cfr. *op. cit.*, pp. 33 y ss.).

(18) *Op. cit.*, p. 675.

(19) Sobre los cuales Vid.: MANCINI, *La responsabilità contrattuale del prestatore di lavoro*, Milán, 1957, pp. 3-4 y 53 y ss.; MAJELLO, *op. cit.*, pp. 61 y ss.; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi (studio critico)*, en «Riv. dir. comm.», 1954, I, pp. 368 y ss.; VISINTINI, *op. cit.*, pp. 158 y ss.

(20) *Op. cit.*, p. 2. Vid. también la recensión de MAJELLO, en «Riv. dir. civ.», 1957, I, p. 783.

(21) Que se califica como de carácter contractual en tanto que violación de una obligación legal (derivada de la buena fe, arts. 7-I y 1.258 C. c.) de comportamiento correcto en la fase preliminar a la celebración del contrato, obligación que, por tanto, resulta preexistente a la propia afirmación de la responsabilidad.

Cfr. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, p. 675; MANCINI, *op. cit.*, p. 2, nota 2 bis; MENGONI, *Obbligazioni di risultato e obbligazioni di mezzi*, en «Riv. dir. comm.», 1954, y allí, p. 369, nota 16.

(22) Posibilidad de concurso admitida generalmente en la doctrina y jurisprudencia italianas (Vid. SCOGNAMIGLIO, *op. cit.*, pp. 677 y ss.; DISTASO, *Le obbligazioni in generale*, en «Giurisprudenza sistematica civile e commerciale», dirigida por W. Bigiavi, Turín, 1970, pp. 400 y ss.; DE CUPIS, *Il danno (teoria generale della responsabilità civile)*, Milán, 1979, pp. 113 y ss.).

En cambio, del ámbito de la responsabilidad contractual se excluyen las inobservancias que se refieren a comportamientos no debidos (como la carga) y a los deberes no patrimoniales, aunque respecto de estos últimos cabe la aplicación analógica (23).

Por el contrario —pasando a hablar del ámbito subjetivo de la responsabilidad contractual— se incluyen dentro del régimen general de las mismas los entes públicos. No existe una discriminación sub-

En España, sobre el argumento, Vid. Díez-PICAZO, *El problema de la acumulación de la responsabilidad contractual y la responsabilidad delictiva en el Derecho español*, en Ponencias españolas del VI Congreso Internacional de Derecho comparado, Barcelona, 1962, pp. 59 y ss.; y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil, II, Madrid, 1982* (3.ª ed.), pp. 610 y ss.

Concurso que se da cuando una conducta dañosa realiza simultáneamente un incumplimiento (de una obligación preexistente) y un daño injusto. Ejemplos clásicos, son los daños causados por el transportista en la persona del viajero o por el médico en la persona del paciente. Se trata, como dice DE CUPIS, de hipótesis en que existe un solo daño en un único interés (la vida o la integridad personal, en los casos citados), y producido por un solo hecho (el accidente vial o el fallo operatorio).

El problema, en concreto, se plantea cuando se trata de concurso de responsabilidades en un mismo sujeto responsable (el transportista, el médico), pues no hay obstáculo a la concurrencia de las dos formas de responsabilidad en personas distintas (Vid. Díez-PICAZO, *op. cit.*, espec. pp. 65 y ss.).

En estos casos lo que se discute, como dice SCOGNAMIGLIO, es si el dañado ha de servirse de una sola acción de responsabilidad (que sería la contractual por su carácter específico), o por el contrario puede servirse de una u otra acción, siempre, obviamente, para conseguir una sola vez el importe del daño.

La solución debe ser la segunda, porque en estos casos se realiza simultáneamente el presupuesto de las dos clases de responsabilidad, y no se comprende por qué la víctima del daño no pueda elegir entre la acción que le corresponde como acreedor y la que con independencia de su posición en la relación obligatoria la ley le concede por el daño injusto que se le ha acarreado. En otras palabras, la responsabilidad contractual actúa como un *plus*, como instrumento ulterior de defensa de un interés del acreedor, pero no elimina la defensa general que de ese interés el ordenamiento ofrece prescindiendo de relaciones particulares que lo afecten.

En favor del acreedor-dañado se produce un concurso de acciones, fruto de la concurrencia para la consecución de un mismo objeto de dos remedios distintos correspondientes al sujeto por la verificación autónoma de sus respectivos requisitos. (Del mismo modo que el propietario-arrendador puede recobrar la cosa por vía de reivindicación o de acción contractual).

La producción de un concurso de acciones en favor de un mismo sujeto parece ser admitida por el Tribunal Supremo en la S. de 30 de diciembre de 1929 (cit. por Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 62 y en el *Sistema...*, cit., p. 612).

El acreedor-dañado puede optar por una u otra acción de responsabilidad, o por las dos alternativamente. Fracasada una acción, o prescrita —caso este especialmente a considerar dada la diferencia considerable de plazos para una y otra acción: arts. 1.964 y 1.968 del C. c.— el acreedor-dañado puede accionar por la otra (Cfr. doctrina del Supremo en Díez-PICAZO, *ibidem*, espec. pp. 64-5).

Un ejercicio sucesivo de las dos acciones sólo es admisible cuando, habiéndose ejercitado primero la acción contractual y en virtud de la limitación del resarcimiento para el incumplimiento no doloso (art. 1.107 C. c.), el dañado no haya obtenido el resarcimiento de todos los daños y acuda a la acción extracontractual a fin de resarcirse de daños que no lo hayan sido por la vía contractual. Este ejercicio sucesivo de las dos acciones se hace posible por la inexistencia de limitaciones en la fijación del resarcimiento en sede de responsabilidad civil (se ha de indemnizar todo el daño causado).

(23) BIANCA, *op. cit.*, pp. 2 y 3; MACCARONE, *op. cit.*, p. 5.

jetiva en el ámbito de la responsabilidad contractual, ni se justifica en su favor por razón de su carácter público un régimen de privilegio con relación a los particulares (24).

La vigencia del Estado de Derecho (art. 9-1 Const.) impone que en defecto de una regulación legal específica, el Estado y los demás entes públicos en su actuación se sujeten al Derecho común (25).

A la luz de las consideraciones hasta aquí desarrolladas, que ponen de manifiesto la conexión estructural de la idea de responsabilidad con la de obligación, resulta natural que al hablar de la función de la responsabilidad contractual se ponga de manifiesto, como contenido primario de la misma el de garantizar la posición del acreedor (26), de tal forma que cuando la realización coactiva de su pretensión no sea posible, se le resarza de las pérdidas sufridas por el incumplimiento (función compensatoria).

Se habla también en este orden de ideas de la función preventiva de la responsabilidad contractual para describir la motivación hacia el cumplimiento que supone para el deudor la amenaza futura del resarcimiento, que se ofrece a su vez como una cierta garantía de cumplimiento para el acreedor en tanto no pueda hacer efectivo coactivamente su derecho (27). De este modo, al privilegiarse el aspecto garantista de la responsabilidad, indisolublemente unido a la propia idea de obligación, se relega a un segundo plano el carácter sancionatorio del resarcimiento (28), lo que no puede dejar de tener repercusión en el modo de operar de las reglas de responsabilidad: se responde porque se debe, no porque se realice un comportamiento (subjetivamente) reprobable.

La tutela del crédito asumida como idea central de la responsabilidad, implica el abandono de patrones morales o intencionales e impone la adopción de módulos objetivos de conducta (más idóneos para operar la realización del interés creditorio) y la afirmación de la responsabilidad como consecuencia inmediata del incumplimiento o, al menos, como su consecuencia normal.

2) *El encuadramiento del problema en el sistema de la responsabilidad contractual*

Para empezar convendrá definir el ámbito dentro del conjunto de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual en el que se intenta realizar la revisión crítica propuesta.

Dentro de la materia a que se refieren las normas que disciplinan

(24) BIANCA, *op. cit.*, p. 5.

(25) GALGANO, *op. cit.*, p. 725.

(26) ROPPO, *op. cit.*, p. 252.

(27) Esta forma de presión indirecta hacia el cumplimiento ejercida sobre el deudor por la amenaza del resarcimiento, es puesta de manifiesto por BARASSI, *La teoria generale delle obbligazioni* (2.^a ed.), Milán, 1964, p. 234: «... il quale (el deudor) sapendo che vi incorre (en responsabilidad) se non eseguisce la prestazione, può preferire l'adempiamento».

(28) Vid ROPPO, *ibidem* y MESSINEO, *op. cit.*, p. 246.

la responsabilidad contractual, es tradicional efectuar a los efectos de su estudio la siguiente tripartición: a) Los supuestos del incumplimiento (total o parcial —con reglas especiales para éste, artículo 1.169 Código civil, resolución parcial—, y, a su vez éstos pueden ser inexactos cuantitativa o cualitativamente, retardados —inexactitud temporal con las reglas particulares de la mora— o definitivos) (29).

b) Las reglas o el juicio de responsabilidad, a lo que también se llama con terminología tradicional —en verdad, bastante imprecisa, pero gráfica— imputación del incumplimiento (30). En virtud de tales reglas o a través de tal juicio, se establece si la infracción del deudor (correlativa a la insatisfacción del acreedor) es o no susceptible de originar consecuencias.

c) Las consecuencias del incumplimiento (calificado en virtud del juicio de responsabilidad como idóneo a generarlas, es decir, «imputable»), o conjunto de medidas de que el acreedor dispone ante el mismo para la defensa de su derecho (ejecución coactiva, resarcimiento de los daños causados, resolución del contrato) (31).

Lo que aquí se analiza es el segundo aspecto, es decir, las reglas de responsabilidad o el juicio de responsabilidad. En suma, el objeto del estudio crítico propuesto es el problema de delimitar una vez establecido el incumplimiento en su materialidad (la falta o inexactitud del resultado debido) en qué condiciones el deudor responde (y por consiguiente el acreedor actúa coactivamente su derecho), y en cuales, por el contrario, el deudor se libera de responsabilidad. El objeto del problema es por tanto el del significado y contenido de las reglas de responsabilidad (primero legales, después, a través de la autonomía privada, convencionales).

De los tres aspectos enumerados comprendidos en el ámbito normativo de la responsabilidad contractual —que responden en cierto modo cronológicamente a las fases mentales del juicio de responsabilidad— aquella de la que nos ocupamos (en términos tradicionales la imputación del incumplimiento) constituye sin duda el momento básico de la responsabilidad contractual, en la medida que los otros dos aspectos le son complementarios y alcanzan su sentido y relevancia a través de aquel momento fundamental. Pues sólo a través de la afirmación de la responsabilidad se conectan a los supuestos de incumplimiento las distintas consecuencias previstas por el ordenamiento. Sólo una vez conocido cómo operan las reglas de responsabilidad, podremos saber sobre qué principios las consecuencias del incumplimiento son operativas, si todas ellas responden a los mismos principios o si por el contrario se diversifican en sus presupuestos de aplicación. Es decir, sólo a través del análisis de las reglas de responsabilidad y su funcionamiento se conoce la verdadera trascendencia de la distinción operada dentro de los supuestos del incumplimiento y de las consecuencias del

(29) Vid. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, Milán, 1975, pp. 36 y ss.; BIANCA, *op. cit.*, pp. 23 y ss.; MACCARONE, *op. cit.*, pp. 11 y ss.

(30) BIANCA, *ibidem*, pp. 80 y ss.; GIORGIANNI, *ibidem*, pp. 187 y ss.

(31) MESSINEO, *op. cit.*, pp. 237 y ss.

mismo; si se responde siempre o sólo en algunos casos, cuáles son los criterios para establecer la frontera entre la responsabilidad y la exoneración, si tales criterios son siempre los mismos o varían en función del supuesto de incumplimiento de que se trate y/o de la consecuencia prevista.

En definitiva, sólo una vez clarificado el significado y contenido de las reglas de responsabilidad, podremos saber en qué supuestos de incumplimiento (si todos o algunos, si sólo algunos en base a qué cánones) se aplican las consecuencias (distinguidas o no en su fundamento operativo) previstas por el ordenamiento.

Individualizado así el problema, es fácil advertir de inmediato una doble perspectiva del mismo que constituyen las dos caras de una misma moneda (32). La identificación de los criterios de imputación de la responsabilidad *á parte creditoris*, significa la indagación de en qué condiciones una infracción del derecho del acreedor es susceptible de ser reparada, y, simultáneamente, *a sensu contrario* significa *a parte debitoris*, la indagación de en qué condiciones queda éste liberado, exonerado de toda responsabilidad no obstante la insatisfacción del derecho creditorio (incumplimiento material, falta o inexactitud de la prestación debida).

Entre ambas perspectivas debe existir una simetría perfecta: la exoneración del deudor no puede ir más allá del límite hasta el cual al acreedor se le reconoce su derecho, ni el derecho de éste puede ir más allá de donde empieza la liberación del deudor.

Sobre el plano procesal, la cuestión se plantea por parte del acreedor como el conjunto de principios que fundan su derecho a la realización del crédito, mientras por parte del deudor el problema de la responsabilidad estriba en la individualización de cuál sea el contenido de la prueba liberatoria (33), aquélla en virtud de la cual —en defecto de la prueba del cumplimiento, pues el hecho material del incumplimiento es presupuesto del juicio de responsabilidad— el deudor queda exonerado de responsabilidad por falta de los presupuestos positivos de la misma.

Apurando la interrelación establecida —simetría perfecta— entre exoneración y responsabilidad, aquí se impone observar que las reglas de responsabilidad son simultáneamente reglas de exoneración a contrario y que, viceversa, las reglas de exoneración son a contrario reglas de responsabilidad. Y ello es así porque se deja de responder cuando se deja de dar el presupuesto al que la responsabilidad se conecta (de modo que las reglas de responsabilidad fungen como reglas de liberación del deudor), y se responde cuando se deja de dar el presupuesto al que la exoneración se conecta (de modo que las reglas de exoneración

(32) Cfr. ROPPO, *op. cit.*, p. 245.

(33) Vid. ROPPO, *ibidem*. La identificación del problema de la responsabilidad contractual con el objeto de la prueba liberatoria es usual en la doctrina: Cfr. GIORGIANNI, *op. cit.*, pp. 192 y 195; VISINTINI, *op. cit.*, pp. 3 y 4, y *Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici*, en «Dir. mar.», 1976, p. 359.

funger como reglas de responsabilidad del deudor). Ello resulta, como decimos, de la coherencia interna de las propias reglas de responsabilidad, al interior de las cuales se habla de responsabilidad y exoneración para describir dos perspectivas de un mismo fenómeno. El contenido de la prueba liberatoria es la negación del fundamento de la responsabilidad (equivale a su ausencia) y todo aquello que no es prueba liberatoria (es decir, ausencia del fundamento de la responsabilidad) es responsabilidad, se incluye en el fundamento de la misma.

A la luz de todo lo dicho resulta claro que el tema de la responsabilidad contractual (conjunto de reglas de responsabilidad-exoneración) haya podido ser configurado recientemente en la doctrina (34) en términos de reparto (legal, a través de los criterios establecidos por el legislador) del riesgo del incumplimiento. En efecto, lo que se discute es si el deudor incumplidor, además de la pérdida de la contraprestación (35) que el acreedor en su caso —contrato sinalagmático— le debía, debe soportar las consecuencias dañosas que para el acreedor han derivado en su economía del incumplimiento, o si por el contrario es el propio acreedor quien —además de no recibir la prestación debida— debe soportarlas.

Junto al tema central de la responsabilidad así individualizado, existe una serie de problemas conexos, en los cuales no siempre resulta fácil ver si condicionan la responsabilidad o son condicionados por ella. Así, por ejemplo (entre aquellos que han dado más trabajo a la doctrina), el contenido de la prestación (el papel que juega en la misma el interés del acreedor (36), su carácter complejo o no, comprensivo o no del deber de preparar el cumplimiento y del de evitar

(34) Así, GALGANO, *op. cit.*, pp. 197-8: «L'eventualità che, alla scadenza, il debitore non adempia è un rischio per il creditore: il rischio di di non ricevere la prestazione sulla quale egli ha fatto affidamento nel momento in cui la obbligazione è sorta. L'eventualità, d'altra parte, di dover risarcire i danni per il proprio inadempimento è un rischio per il debitore. I principi qui esposti attengono alla ripartizione, fra debitore e creditore del rischio per l'inadempimento».

Vid. también, ROPPO, *op. cit.*, p. 243 y en *Impossibilità sopravvenuta, eccessiva onerosità della prestazione e «frustration of contract»* (in *marginem ad un caso di Suez*), en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1973, p. 1259; FRANZONI, *recensión a La responsabilità contrattuale*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1981, p. 1277; VEIRANA, *Factum principis e impossibilità sopravvenuta della prestazione*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1977, p. 915; TABET, *L'inadempimento contrattuale per stato di necessità*, en «For. it.», 1951, IV, *coll.* 199-200.

(35) Precisamente en el diverso contenido del riesgo (en caso de resolución la contraprestación) ha visto ROPPO (*op. cit.*, 243) la diferencia entre resolución y rescaramiento.

(36) Sobre el tema, Vid. SCHLESINGER, *Riflessioni sulla prestazione dovuta nel rapporto obbligatorio*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1959, pp. 1273 y ss. Donde si bien inicialmente parece que el problema del contenido de la prestación es un problema previo al de la responsabilidad, pues se trata de saber aquello que el deudor debe realizar para evitar las consecuencias del incumplimiento (p. 1273), posteriormente resulta —a través de la referencia a la idea del deber jurídico y la concepción imperativista del Derecho— que es a la inversa y que es aquel primer problema el que viene condicionado por el examen de Derecho positivo en punto a la responsabilidad. Vid., también, NICOLÓ, voz «Adempimento» en *Enc. Dir.*, Milán, I, 1958, pp. 555-6.

la imposibilidad del mismo) (37), el problema de la carga de la prueba, etcétera.

Pero es sobre todo la propia idea de obligación la que resulta fundamentalmente afectada según el criterio de responsabilidad acogido, y ello, por aquella conexión estructural obligación-responsabilidad en su lugar puesta de manifiesto. Así no ha dejado de advertirlo la doctrina más atenta que se ha ocupado de la cuestión. Ya Osti (39) advirtió esta íntima conexión en su día cuando escribía que el reconocimiento de un fundamento objetivo de la responsabilidad por incumplimiento no puede dejar de influenciar en la determinación del contenido de la relación obligatoria y sobre el concepto mismo de obligación. De tal forma que la prestación misma aparece no tanto como una actividad voluntaria del deudor, cuanto una aportación de utilidad al acreedor que incumbe al deudor y de la que éste responde con independencia de su voluntad mejor o peor dispuesta. Esta misma interacción entre el área de la responsabilidad y la noción misma de obligación, ha sido percibida por la autoridad de Giorgianni, el cual, en el contexto de una crítica a la tesis objetivista particularmente rigurosa (39), ha sostenido que su acogimiento generalizado produciría una transformación fatal de la relación obligatoria en una relación de garantía.

3) Tesis subjetivistas y objetivistas. Equivocidad terminológica

El ámbito de la discusión, así como ha sido definido en el número precedente, es decir, el conjunto de reglas o criterios de responsabilidad (imputación)-exoneración, constituye el campo en el que tradicionalmente se enfrentan dos bloques doctrinales a primera vista irreconciliables. Son las llamadas corrientes objetivistas y subjetivistas de la responsabilidad contractual.

Ambos bandos se presentan como modos diversos de resolver el tema de fondo de la responsabilidad contractual, es decir, como dos maneras de afrontar el dilema que ésta plantea en todo caso: u optar por una tutela rigurosa del crédito o, por el contrario, optar por una reducción del grado de sacrificio o esfuerzo que al deudor se le exige (40). En suma, las dos mencionadas direcciones doctrinales aparecen como dos caminos para abordar los temas fundamentales de la responsabilidad contractual: el problema del límite y el del fundamento de la misma.

La constante evolución doctrinal a que está sometida la materia de la responsabilidad contractual ha hecho, sin embargo, que ni tan si-

(37) Vid., MANGINI, *op. cit.*, pp. 54 y ss.

(38) Vid. *Deviazioni dottrinali in tema di responsabilità per inadempimento delle obbligazioni*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1954, p. 615.

(39) *Op. cit.*, pp. 232 y ss. Crítica basada en que el art. 1.218 C. c. it. supone una generalización abusiva a todo el campo de las obligaciones de principios nacidos en el ámbito peculiar de la custodia.

(40) Dilema puesto de manifiesto por FERRANDO, *Impossibilità sopravvenuta, diligenza del buon padre di famiglia e valutazioni di buona fede*, en «Giur. mer», I, 1974, p. 395.

quiera aquellas calificaciones que sirven para agrupar las grandes tendencias doctrinales que se enfrentan en este ámbito hayan permanecido inalteradas en su significado.

Por doctrinas subjetivistas se entienden aquéllas que condicionan la relevancia del incumplimiento al presupuesto de la culpa, de tal forma que fundamento de la responsabilidad contractual es siempre la culpa (41). Sobre estas ideas el significado del subjetivismo ha permanecido inalterado. Por el contrario, el concepto de responsabilidad objetiva ha sufrido evolución. En un primer momento, como fruto del esfuerzo de revisión realizado por Osti (42) a principios de siglo, se entiende por teorías objetivas aquéllas que como consecuencia de la acogida de un concepto riguroso y objetivo de la imposibilidad liberatoria, entienden que la responsabilidad contractual, mientras la prestación sea posible, se funda en el mero incumplimiento (*tout court*), prescindiendo por completo del presupuesto de la culpa. Sin embargo, y como consecuencia de que la responsabilidad subsiste cuando no obstante la sobrevenida imposibilidad de la prestación ésta es debida a culpa del deudor, se reconoce un campo en que la culpa es relevante a efectos de la afirmación de la responsabilidad contractual, precisamente el campo de la responsabilidad, por la imposibilidad sobrevenida en el cual la culpa asume el papel de fundamento de la misma (43).

El primer objetivismo tuvo por tanto la virtualidad de limitar el ámbito de la responsabilidad contractual en el que la culpa opera como fundamento de la misma. De ser fundamento de toda la responsabilidad contractual pasa a serlo sólo de parte (de la responsabilidad por imposibilidad sobrevenida).

De este modo, en este primer momento, la contraposición entre responsabilidad objetiva y subjetiva es parcial en la medida en que se circunscribe —por la diversa noción acogida, objetiva o subjetiva a su vez de la imposibilidad (44)— a los supuestos de responsabilidad en que la prestación es todavía posible.

Por ello, y para evitar equívocos terminológicos, la responsabilidad contractual en este primer momento no es (plenamente) objetiva (45) —entendiendo objetividad en la responsabilidad como irrelevancia del comportamiento del deudor en la determinación de la misma— en la medida en que resta un ámbito —el de la imposibilidad sobrevenida— en que la culpa del deudor es relevante.

En un segundo momento, sin embargo, se habla ya de responsabilidad contractual objetiva en otro sentido. Se habla de objetividad en los criterios de imputación, prescindiendo a tal efecto de toda relevancia

(41) Vid. VISINTINI, *Dottrine civilistiche della responsabilità contrattuale e riflessi marittimistici*, cit., p. 360.

(42) *Revisión crítica della teoria sulla impossibilità della prestazione*, en «Riv. dir. civ.», 1918, pp. 209 y ss., 313 y ss. y 417 y ss., *passim*, espec. p. 344.

(43) Cfr. MANCINI, *op. cit.*, p. 7.

(44) Vid. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pp. 3 y ss.

(45) Cfr. CANNATA, *op. cit.*, p. 1011, y NATOLI, *L'attuazione del rapporto obbligatorio (Apunti delle lezioni)*, II, Milán, 1962, p. 80.

de la conducta del deudor. Y así se habla (46) de responsabilidad excluida cuando el incumplimiento sea debido a una causa externa a la empresa del deudor y de carácter catastrófico, mientras la responsabilidad se afirma cuando tiene su origen en causas internas a la empresa, aunque sean inculpables. De este modo, se habla de responsabilidad objetiva en dos sentidos (47): objetividad en la imposibilidad y objetividad en la imputación. Conforme al primer sentido, el deudor responde por el simple incumplimiento (despojado de toda cualificación subjetiva) en tanto la prestación sea posible. Con arreglo al segundo —aplicado especialmente en tema de responsabilidad empresarial—, se hace gravar sobre el deudor el peso del daño derivante de causas internas a su esfera de control, prescindiendo de toda valoración de su conducta.

La calificación definitiva del sistema de la responsabilidad contractual español sólo podrá hacerse una vez esclarecido cuál sea el papel de la culpa dentro del mismo. Sin embargo, también aquí es necesaria una precisión terminológica. La responsabilidad fundada en la culpa es también en cierto modo objetiva, pues la culpa relevante no es una culpa-intención, sino una culpa-modelo de conducta que se conecta al patrón tradicional del buen padre de familia (art. 1.104 C. c.), modelo éste que prescinde —por su carácter de patrón de conducta objetivo— de las aptitudes concretas del sujeto y de su buena o mala voluntad de cumplir.

b) EL SUBSTRATO REAL DE LA DISCUSION. EVOLUCION Y TENDENCIAS ACTUALES: LA TUTELA DEL CREDITO COMO EXIGENCIA COMUN IRRENUNCIABLE

1) *Culpa y riesgo: evolución histórica*

Como hemos ya advertido, el campo de la responsabilidad contractual en particular y el de la responsabilidad en general, es una zona de la ciencia jurídica particularmente sensible a los cambios históricos. Es precisamente éste uno de los factores que hacen su estudio especialmente complicado en la medida en que no siempre resulta fácil ver aquello que se esconde detrás de nuevas terminologías, ni desvelar detrás de las mismas cuál es la línea evolutiva, el hilo conductor a que responde el cambio o lo que aparece como tal.

Se puede decir *grosso modo* que en el campo de la responsabilidad existen básicamente dos criterios a la hora de determinar la afirmación de la misma: uno es aquel que toma como punto necesario de referencia la conducta o la voluntad del sujeto; el otro es aquél que

(46) TRIMARCHI, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1970, I, p. 521. Es en este sentido de la objetividad que se habla de una noción objetiva de caso fortuito como evento extraordinario y ajeno a la esfera de control del deudor.

(47) Como ha puesto de manifiesto VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 79.

prescinde de ellas. La historia jurídica muestra cómo ambos criterios se suceden y se mezclan en una genuina demostración del relativismo de la evolución jurídica, en el sentido de que una misma solución superada en su momento por primitiva, sustituye sucesivamente a aquella que se consideraba más avanzada por considerarse ahora como más adecuada a las nuevas necesidades.

De este modo se ha operado históricamente en el ámbito de la responsabilidad el reenvío sucesivo a los principios de la culpa y del riesgo (48). La primera, entendida como necesidad de una verificación subjetiva previa a la afirmación de la responsabilidad. El segundo (49), como necesidad de una referibilidad automática del daño a quien lo causa, con independencia de su culpa.

Evolución y alternancia de criterios (aunque por razones diversas) que no son algo reciente, sino que se han producido en el ámbito de la responsabilidad desde los primeros tiempos.

Es pacífico (50) que los sistemas primitivos de responsabilidad eran de carácter objetivo. En los comienzos del pensamiento jurídico basta para considerar responsable al causante de un daño el hecho objetivo del nexo de causalidad entre éste y la conducta del sujeto (responsabilidad por el resultado). Este nexo de causalidad, como consecuencia del desarrollo jurídico todavía precario, sólo es relevante cuando existe una causalidad inmediata y sensible; las relaciones causales de mayor complicación, en especial la omisión, no dan origen a responsabilidad. De este modo parece (51) que la causalidad por omisión no tuvo relevancia para la Ley de las Doce Tablas, y en la *lex Aquilia*, mucho más moderna, se exige el nexo físico con el objeto dañado para que se afirme la responsabilidad (*damnum corpore corpori datum*). Es en este contexto en el que la expresión *culpa* se usa a veces por los clásicos para indicar el nexo causal entre la acción del sujeto y el evento dañoso (52).

(48) Cfr. COTTINO, voz «Caso fortuito e forza maggiore», en *Enc. Dir.*, VI, Milán, 1960, p. 378.

(49) Vid. BETTI, *op. cit.*, pp. 150 y ss.

(50) En este sentido, Vid. MAJELLO, *op. ult. cit.*, p. 237; JÖRS-KUNKEL, *De-recho privado romano* (trad. de la segunda edición alemana), Barcelona, 1937, p. 247; GIORGIANNI, voz «Buon padre di famiglia», en *Noviss. Dig. it.*, II, Turin, 1957, p. 597.

(51) JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 249.

(52) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni di Diritto romano*, Nápoles, 1968, pp. 381 y 385.

Los más típicos entre los textos en que se expresa esta acepción de la culpa —para las citas Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale in Diritto romano* (ristampa della seconda edizione), Nápoles, 1958, pp. 221-2— son aquellos en que la culpa aparece como causa de un detrimento sufrido por el sujeto mismo. La culpa no es aquí un criterio de responsabilidad sino la causa de la pérdida de un beneficio por el sujeto en cuestión. Por no haberse dado cuenta de esta acepción clásica de la palabra culpa, los bizantinos interpolándola erróneamente como criterio de responsabilidad en lugares que tenía este significado, añadieron equivocadamente junto a la mención de la culpa la del dolo.

Más cercanos a la idea del ilícito, pero todavía fuera del campo del ilícito civil, son los textos clásicos que hablan de culpa (*mariti* o *mulieris*) como causa de divorcio (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 223-4), que expresan el hecho de

También es hoy pacífico —y resulta un síntoma de gran valor para demostrar el relativismo histórico con que la discusión sobre la responsabilidad se ha producido— que el criterio de la culpa como base de la responsabilidad contractual no es originario del Derecho romano clásico (53). La culpa y la diligencia del buen padre de familia son en la etapa clásica nociones ajenas al terreno del incumplimiento de las obligaciones (54).

El sistema romano-clásico de la responsabilidad contractual, tal y como lo delinea Betti (55), aparece configurado de la siguiente manera:

En el ámbito de la custodia se construye una responsabilidad objetiva muy rigurosa. La liberación del deudor se conecta a hechos típicos. Sólo en la edad postclásica la responsabilidad por custodia se transforma en una responsabilidad por omitida diligencia en la custodia. En el Derecho clásico quien está obligado a la custodia responde, con o sin culpa, de algunos determinados eventos, entre los cuales, en modo particular, el robo (56) que deviene el caso principal, en que se hacía

dar causa a la disolución del matrimonio. Este concepto se aplica también a la ruptura de esponsales.

También en época clásica, se usa la palabra *culpa* en relación al ilícito civil, pero no para expresar una forma particular del mismo, sino para indicar en general la acción antijurídica, especialmente en materia de delitos públicos (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 224).

(53) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 385: «Che l'idea della *culpa* come base della responsabilità sia tardiva, é indiscutibile».

(54) BETTI, *op. cit.*, p. 116.

Cfr., también, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 218, que traza así balance de la relevancia de la culpa en el Derecho romano clásico: «In confronto all'enorme rilievo che la responsabilità contrattuale per colpa ebbe nel diritto giustiniano e conservò nell'evoluzione posteriore, le messe che abbiamo potuto raccogliere per diritto classico è veramente esigua. In tema di stipulazioni *in faciendo*, non abbiamo trovato che qualche accenno a prendere in considerazione la maggiore o minore diligenza dell'agente, e anche questo con la tendenza ad concentrare la decisione nel verificarsi o meno di un dato evento esteriore. Nella materia delle locazioni d'opera, che poteva sembrare la più adatta alla valutazione della perizia o della diligenza individuale, abbiamo trovato sì il rilievo dell'*imperitia*, ma con tali limitazioni o freni di ridurne l'efficacia al minimo; per le costruzioni, gli scavi ed altre opere su immobili, abbiamo visto la responsabilità del *conductor* objetivarsi nel *vitium operis*; per le manipulaciones y trasportes de cosas muebles, si pratica il patto di assunzione o di esenzione dal *periculum*, col risultato di evitare a priori ogni controversia circa la causa (*imperitia* o *vitium materiae*) che abbia determinato il perimento della cosa; in ogni caso, poi, la consegna accettata dal comitente chiude l'adito ad ogni discussione ulteriore. Negli stessi campi del pegno e della *negotiorum gestio*, che sembrerebbero a primo aspetto fra quelli in cui la responsabilità per colpa si celebra senza contrasti, abbiamo riconosciuto il dolo come punto di partenza della giurisprudenza, e controllato come pochi, tardi, non sempre fededegni i testi nei quali la culpa si afferma. Soltanto in tema di restituzione della dote la dottrina della colpa sovrasta nettamente anche in epoca classica», pero aquí la jurisprudencia se inspira en un orden de ideas que no es propio de la responsabilidad contractual, sino que se aplican principios propios de la responsabilidad del poseedor demandado con la *rei vindicatio*, afines a la responsabilidad *aquiliana* (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 202-3, 241 y 246-7).

(55) BETTI, *op. y loc. cit.*

(56) Del mismo modo que la fuga del esclavo que por su naturaleza exigiera una vigilancia especial (*servus qui custodiri solet*). Vid. JÖRS-KUNKELE, *op. cit.*,

efectiva la responsabilidad (objetiva) por custodia. De este modo la custodia se configura como una responsabilidad por el resultado, en la que priman sobre las circunstancias personales del deudor la consideración de circunstancias típicas.

En el ámbito de la custodia (que resulta hoy difícil de precisar por la construcción casuística del Derecho romano) (57) el deudor respondía de la pérdida de la cosa, a menos que pudiera justificar que ésta se debía a circunstancias extraordinarias que en la época clásica fueron comprendidas en la denominación de *vis maior*. Como casos de fuerza mayor mencionan las fuentes el incendio, la inundación, el naufragio, el derrumbamiento de un edificio, la revolución y el saqueo (58).

Donde no existe una responsabilidad por custodia, el criterio de responsabilidad se determina por la naturaleza típica de la relación obligatoria (59). El ámbito de responsabilidad más limitado se da en las relaciones obligatorias de derecho estricto, donde los únicos comportamientos relevantes a efectos de la responsabilidad son los comisivos. Ninguna responsabilidad deriva de la omisión.

Sin embargo, la vigencia del principio de buena fe en una serie de relaciones determinó una ampliación del ámbito de la imputabilidad, distinguiéndose dentro de esta categoría de relaciones (*bonae fidei*) entre las que dan lugar a acción infamante y aquellas otras que no dan lugar a la misma (60).

Las relaciones obligatorias basadas sobre el elemento de la *fiducia* personal y provistas de acción infamante como la sociedad, tutela, mandato, y el depósito, son valoradas en modo diverso que las demás relaciones de buena fe. En las primeras el deudor responde sólo de *dolus* o *fraus*, entendidos como violación del deber de *fiducia*, comportamiento tal, que tiene efecto infamante, lo que se explica porque el criterio de valoración empleado no es el de la habilidad técnica sino el de la *fides* o lealtad.

Esta correlación entre *fides* y *dolus*, sufre con las nuevas concepciones del tráfico una evolución. El *dolus* se extiende a toda deslealtad,

p. 251; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 383 y *op. últ. cit.*, pp. 62 y ss., y MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 20.

(57) Sobre tal ámbito, Vid. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 251; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 383, y *Responsabilità contrattuale...*, cit. pp. 64 y 100 y ss. Casos seguros, citados por GAYO en las Instituciones (III; 205-206) son los del comodatario, el curtidor (*fullo*) y el sastre (*sarcitor*). Se puede afirmar con cierta seguridad, también los casos del naviero (*nauta*), hostelero (*caupo*) y el estabulario (*stabularius*) con respecto de las cosas recibidas en el ejercicio de su profesión, así como del arrendador de graneros (*horrearius*). Otros supuestos —acreedor pignoraticio, vendedor de una cosa aún no entregada— resultan probables o dudosos.

(58) Vid. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 251.

(59) Vid. BETTI, *op. cit.*, p. 118.

O como más exactamente se ha dicho, habida cuenta del sistema de acciones peculiar del Derecho romano, el deudor sólo era responsable de ciertos hechos cuya extensión dependía de la clase de acción contra él ejercitada por el acreedor (JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 253).

(60) Cfr. BETTI, *op. cit.*, p. 119. Vid. también ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 383.

de modo que del nuevo concepto de dolo deriva también la obligación de un cierto grado de diligencia (61). Es sobre todo en el ámbito de

(61) BETTI, *ibidem*, p. 120.

El *dolus* es la contraposición exacta de la *bona fides*, de forma que decir que se está obligado a la segunda, es decir que ha de evitarse el primero. (Sobre la coincidencia de uno y otra, Vid. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 33-4; en especial un fragmento de Ulpiano D, 50,17,152, § 3, *In contrahibus, quibus doli praestatio vel bona fides inest...*).

El concepto clásico de dolo es extraordinariamente elástico, y el no haber sabido apreciar esto, ha sido el obstáculo tradicional a la admisión de que para una amplia gama de contratos la responsabilidad se fundase en el Derecho romano clásico en el dolo. Es también la no comprensión del concepto clásico de dolo la razón de las interpolaciones postclásicas y bizantinas que añaden a la mención clásica del dolo la de la culpa y sus grados, sobre la base del entendimiento del dolo como un incumplimiento agravado y de la responsabilidad sólo por dolo —consecuentemente— como una responsabilidad atenuada.

Sin embargo, como advierte ARANGIO-RUIZ, *op. ult. cit.*, p. 35, en el entender el dolo como contrario de la buena fe en la época clásica, no se procedía con un criterio de favor hacia el obligado; el dolo comprende no sólo los casos en que se comentan actos (dolosos en sentido amplio, no en el de particularmente graves) positivos contrastantes con el contenido de la obligación (como el comodatario que usa la cosa para un destino diverso del pactado, o el prestador de obra que usa materiales diversos de los pactados), sino también hipótesis de voluntaria omisión de la prestación (como el tutor que deja de administrar los bienes del pupilo o el mandatario que no realiza la gestión encomendada). Tampoco se requiere que el deudor incumpla por razones moralmente reprobables, basta que el incumplimiento sea voluntario y consciente.

Así se explica que el dolo en sentido clásico englobara supuestos de negligencia en la administración del tutor o del mandatario e incluso casos de comportamiento omisivo, como la no restitución de la contraprestación por la enajenación de la cosa depositada, hecha por el heredero del depositario en la ignorancia de la ajenidad de la cosa (D. 16,3,1, § 47).

En la responsabilidad por dolo (en sentido clásico) se incluían, como casos de responsabilidad que llevaban aparejada acción infamante, la sociedad, el mandato, el depósito, la gestión tutelar y la fiducia. A medida que la noción clásica de dolo se pierde, las interpolaciones incluyen junto al dolo la culpa lata, la leve y, a veces —como en la tutela—, la culpa en concreto. (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 43 y ss.).

En el concepto clásico de dolo se explican algunas menciones genuinas de la época a la *diligentia*, no como sinónimo de culpa, sino de actividad positiva como explicación de una concreta exigencia de *bona fides* que impone no sólo la abstención de conductas lesivas, sino la realización de ciertas actividades positivas cuya omisión por tanto genera responsabilidad por dolo (especialmente en tema de administración de tutores y mandatarios).

Menciones de esta negligencia dolosa clásica en tema de tutela y mandato pueden verse en los textos citados por ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 35 y ss. y 57 y ss. En este sentido clásico, la diligencia es un resultado del desarrollo normal de la responsabilidad por dolo, en modo que bien podía decir CIGERÓN con relación a la responsabilidad citada del mandatario, que éste responde «*se rem mandatam non modo malitiosus gessisset sui commodi aut quaestus causa, verum etiam neglegentius*».

También sería clásica, en cuanto aplicación de la responsabilidad por dolo, la mención de la diligencia contenida en el fragmento D. 18,1,68, relativa a la responsabilidad del vendedor (*non solum bonam fidem, sed etiam diligentiam praestare debere...*) que se ha comprometido a restituir los cánones percibidos por el arrendamiento de su cosa, después de la venta. La mención de la diligencia indicaría la actividad positiva de recaudación de las rentas como incluida en la *bona fides* junto al abstenerse de retenerlas. PROCULO ha encontrado en este caso la expresión *bona fides* por sí sola peligrosa, en cuanto podía conducir a una inter-

las relaciones *ex fide bona* que no llevan aparejada acción infamante, donde esta interpretación extensiva de la *bona fides* se produce hasta comprender el criterio de la diligencia (62).

De tal modo que, como sintetiza Betti (63), el Derecho romano clásico conoce por tanto casos de responsabilidad objetiva, casos de responsabilidad sólo por acto comisivo, casos —después— de responsabilidad por violación del deber de fidelidad o por *dolus* y, en cuarto lugar, a través de una interpretación extensiva de la *bona fides* conforme a las necesidades de tráfico (en especial el comercio con los peregrinos), casos contrarios a este criterio de conducta en el que se subsumen supuestos de mera negligencia.

A conclusiones no disímiles llegan Arangio-Ruiz (64) y Jörs-Kunkel (65), en el sentido de delinear un doble sistema de responsabilidad en el Derecho romano clásico: sistema de responsabilidad (objetiva) por custodia y sistema de responsabilidad por dolo. Entre ambos sistemas no existe un género intermedio (*tertium non datur*) constituido por la negligencia. Como pone de manifiesto Arangio-Ruiz, Gayo en sus *Instituciones* —que al ser el único texto clásico que ha llegado hasta nosotros sin interpolaciones, se convierte en parámetro de clasicismo— sólo utiliza la expresión «culpa» dos veces y siempre a propósito de la *lex Aquilia* (66).

pretación restrictiva de lo debido por el deudor (y por tanto de lo que se responde, faltando o inexactamente realizado) y ha añadido que es necesaria una actividad positiva (*diligentia*). Con ello —si bien de menciones como ésta, de origen clásico, deriva la negligencia interpolada bizantina— los clásicos no pretendían separarse del marco genérico (y amplio) de la responsabilidad por dolo (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 177-8).

(62) BETTI, *op. y loc. cit.*

(63) *Op. cit.*, p. 123.

(64) *Istituzioni...*, cit., p. 384.

(65) *Op. cit.*, p. 250.

(66) Es precisamente en el campo de la responsabilidad aquiliana donde la culpa se afirma por primera vez en Derecho romano y en época clásica como principio de responsabilidad (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 225 y ss.).

La responsabilidad por culpa tal como nosotros hoy la entendemos (responsabilidad por imprudencia o negligencia) es de afirmación tardía y a ella se llega a través de una atormentada evolución.

Inicialmente para toda la fase primitiva del Derecho romano y para una época posterior que resulta difícil de precisar, el dolo es integrante del delito público o privado, en modo que lo que hoy entendemos como ilícito culposo se equipara a los efectos de la irresponsabilidad al caso fortuito.

La evolución que llevó a la afirmación de la responsabilidad por culpa (en sentido actual) no nos es conocida sino en los puntos de partida y de llegada. Una cosa es sin embargo indiscutible, y es que la expresión *culpa* ha asumido un significado técnico en orden a la afirmación de la responsabilidad por primera vez en el campo aquiliano (del *damnum iniuria datum*) y de él se ha extendido a otros supuestos regulados a su semejanza. Por esto, no casualmente las dos menciones de la culpa en GAYO aludidas en el texto, que con seguridad se pueden considerar clásicas, se encuentran con relación a la responsabilidad aquiliana.

Pero esta culpa técnica que aparece en edad clásica en el campo de la responsabilidad aquiliana en orden a su afirmación, no es la culpa-negligencia actual, último estadio de la evolución aludida. La culpa clásica tal y como aparece en el campo de la responsabilidad aquiliana viene entendida como imputabilidad, en

No se trata, por otra parte, de dos sistemas irreconciliables; en los contratos en que se aplica la responsabilidad por custodia el dolo permanece como criterio decisivo de responsabilidad para todas las infracciones que no se resuelvan en la pérdida o destrucción de la cosa (67).

La inexistencia de un canon intermedio de responsabilidad, como podría ser el de la culpa, se desprende a través del uso que se hace de la diligencia en los textos. De este modo aparece claro —en los textos no manipulados por los bizantinos— que el concepto de diligencia aparece indisolublemente unido al concepto de *bona fides* en los *iudicia bonae fidei* (68), de tal modo que a través de una interpretación extensiva del *dolus*, operada en modo progresivo, daban lugar a responsabilidad no ya sólo los actos dolosos en sentido estricto (o mejor, como nosotros hoy los entendemos), sino todo obrar impropio de personas honradas. De aquí deriva el deber de observar un cierto grado de cuidado (*diligentia*) por el deudor para no caer en la reprobación del dolo.

Es este uso elástico de la *bona fides* el que explica que la idea de la responsabilidad no se afirmase con igual rigor en todas las relaciones obligatorias y que variase, por ejemplo, según el deudor tuviera o no interés en la relación jurídica o según el depósito fuera o no gratuito. Este modo de ver las cosas, que ha sido puesto en conexión con el sistema romano de acciones (69) dio lugar a que los juristas clásicos no se ocuparan de una sistematización unitaria del tema de la responsabilidad contractual, ni les preocupara la coexistencia de criterios de responsabilidad diversos y (al menos aparentemente) antagónicos.

forma que los clásicos reconocían los extremos del daño aquiliano, toda vez que se diesen elementos suficientes para considerar el acto dañoso como propio del sujeto agente. De aquí, que desde VENEZIAN se haya puesto de manifiesto en tema de responsabilidad aquiliana, la prevalencia en la casuística clásica romana de la investigación causal (causación del daño) sobre la de la negligencia o la imprudencia.

Sólo los bizantinos a través de la interpolación de los textos clásicos —graduando la culpa, uniéndola a la mención de la diligencia— consideraron la culpa presupuesto de responsabilidad desde el punto de vista de la negligencia-imprudencia. (Sobre estas interpolaciones, Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 232 y ss.).

La culpa clásica tal como emerge como presupuesto de la responsabilidad aquiliana, nace de la necesidad de establecer una conexión entre el acto humano y el evento dañoso para que aquélla se afirme, en forma de no atribuir a un hombre lo que es obra de la fortuna. El carácter clásico de esta culpa deriva, según ARANGIO-RUIZ (*ibidem*, pp. 238-9), de que esta investigación previa no se convierte en una valoración psicológica del sujeto, ni se regula en función de un único paradigma. Por tanto, si el único campo donde la culpa aparece en la era clásica no desborda el criterio del nexa causal, se ha de concluir que más allá de este límite los clásicos no han llegado en la valoración de la responsabilidad por culpa.

Estos principios de la responsabilidad aquiliana se extendieron analógicamente, fuera del campo de la responsabilidad contractual, en el campo de las acciones reales (especialmente *rei vindicatio*) y de las *familiae erciscundae* y *communi dividundo*; y por analogía con las primeras en el de la *actio rei uxoriae*. (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, pp. 239 y ss.).

(67) Vid. ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 384 y *op. últ. cit.*, pp. 173 y ss.

(68) ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, loc. *últ. cit.*; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 254.

(69) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 256, y BETTI, *op. cit.*, p. 124.

Con este material heterogéneo se enfrentaron los juristas postclásicos y justinianos. A éstos la diversidad del Derecho clásico les resultaba incomprensible y procedieron por ello a una elaboración orgánica de la materia de la responsabilidad contractual inspirados en la doble necesidad de buscar por una parte un único principio ordenador (afán sistemático), y por otra, de proceder a una moralización de la responsabilidad en la que tal vez influyó el cristianismo (70).

Esta doble necesidad se concreta en la interpretación de toda la materia de la responsabilidad contractual en base a la consideración del aspecto subjetivo o de la voluntad. Así aparece como idea central unificadora en todas las glosas e interpolaciones justinianas la noción de *culpa*, hasta el punto que, como señala Arangio-Ruiz (71), ninguna palabra ha sido interpolada tantas veces en el *Digesto* como «culpa».

Esta reconstrucción unitaria sobre la base de la culpa de las soluciones clásicas, afecta incluso a la responsabilidad por custodia, la más alejada de los esquemas de la culpa. Y sin embargo, este es un caso a observar atentamente, porque aquello que se produce es una mera metamorfosis lingüística de la responsabilidad por custodia. Los principios y consecuencias atribuidas por los clásicos a la custodia no sufren transformación esencial. En especial, los justinianos han querido conservar en este ámbito la severidad que el régimen clásico de la custodia

(70) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 256; BETTI, *op. cit.*, p. 124.

Sobre la influencia del cristianismo Vid. MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., p. 20, nota 15, donde el autor citado, refutando la afirmación de HEYMANN, según la cual el cristianismo habría influido mucho en la afirmación del principio de la culpa, replica que las influencias de la ética cristiana han sido seguramente exageradas, y que es preferible la opinión de que el concepto de culpa es el fruto de un pensamiento más evolucionado y sutil que tiende a la elaboración de un concepto monístico de la responsabilidad.

ARANGIO-RUIZ (*Responsabilità contratuale...*, cit., pp. 248 y ss.) pone de manifiesto como razones de fondo de la elevación de la culpa a principio general y fundamental de la responsabilidad por los bizantinos, la existencia de al menos tres factores en consideración: primero la diversa forma de concebir y hacer el Derecho: el Derecho clásico tiende a extraer de soluciones singulares técnicamente perfectas y al servicio de las necesidades prácticas, paradigmas a los que aproximar supuestos semejantes, en vez de crear categorías generales como el Derecho bizantino; en segundo lugar, las eventuales influencias de los Padres de la Iglesia y de la filosofía greco-helenística (Kunkel); y, en tercer lugar, la contraposición de la valoración que de la voluntad humana hacen los clásicos (a los que importa la claridad de la situación jurídica objetiva en la que la voluntad se plasma enteramente) y los bizantinos (que consideran la voluntad como algo en cierto modo extraño al acto o hecho en que se plasma y que por tanto se valora jurídicamente en sí misma con independencia del hecho en que se expresa).

Esta contraposición, aparte de en tema de responsabilidad contractual (para los clásicos se aplica rigurosamente la responsabilidad por los propios actos; quien no cumple el encargo asumido incurre en dolo, quien responde por custodia responde del robo), se plasma en la diversa valoración de las relaciones entre voluntad interna y declaración de voluntad que hicieron clásicos y bizantinos, los primeros dando primacía a la declaración y su significado objetivo, los segundos al *animus* del sujeto.

Esta diversidad de valoración de la voluntad explicaría, junto a los otros factores, la repugnancia de los bizantinos hacia todo aquello que significase responsabilidad objetiva.

(71) *Istitutioni...*, cit., p. 385.

significaba para el deudor. Por eso, sin alterar los supuestos y decisiones clásicas, han procedido a colocar como base de la responsabilidad del deudor en la custodia una diligencia particularmente rigurosa: *exactissima diligentia custodientae rei* (72).

De tal modo, que sin alteración sustancial de los supuestos clásicos de responsabilidad y exoneración, es decir, perviviendo el régimen de responsabilidad anterior, se ha pasado verbalmente de un régimen de responsabilidad por el resultado con causas típicas de exoneración, a otro basado en el incumplimiento de un deber de vigilancia cuidadosa, a juzgar en cada caso, pero de una severidad extrema. De tal manera

(72) Sobre la evolución postclásica de la responsabilidad por custodia, Vid. BETTI, *op. cit.*, p. 124; JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, pp. 256-7; COTTINO, *L'impossibilità sopravvenuta...*, cit., pp. 94-5; ARANGIO-RUIZ, *Istituzioni...*, cit., p. 385, y *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 79, donde se pone de manifiesto que la expresión «*exactissima diligentia*» «si spiega con l'intenzione di non rinunciare a quelle conseguenze pratiche che i classici avevano ricavate dal concetto della custodia»; y p. 69; «l'insistenza con la quale si rileva che il *casus* liberatorio dev'essere *maior* (por contraposición a los *casus minores*, que aun siendo acaecimientos imprevisibles dejan inalterada la responsabilidad del deudor), e la forza maggiore tale da non potersi resistere mostrano anche (en los reelaboradores post-clásicos y bizantinos)... «lo sforzo diretto a non rinunciare del tutto ai vantaggi dell'antica responsabilità oggettiva».

Sobre la labor interpoladora de postclásicos y bizantinos en los textos clásicos de la custodia, tal y como resulta de la comparación del GAYO genuino de las *Institutiones* y el interpolado de las *Res cotidianae*, Vid. con abundancia de ejemplos y riqueza de argumentaciones, ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., pp. 62 y ss. Dicha labor interpoladora tiende a reconducir la responsabilidad objetiva clásica por custodia a los esquemas del dolo (entendido ahora como infracción agravada) y la culpa.

El hecho de que para no renunciar al grado de protección crediticia alcanzado por los clásicos, se haya debido de recurrir a una especie de presunción (*rectius*, ficción) de negligencia por parte del deudor en todos los casos que no son de *vir maior*, demuestra claramente hasta qué punto la idea de responsabilidad objetiva repugnaba a la mentalidad bizantina, propensa a una consideración unitaria de la responsabilidad sobre la culpa (por razones sistemáticas y morales) en la que se incluía la custodia clásica sustancialmente conservada bajo el ropaje de la culpa.

«I bizantini —ARANGIO-RUIZ, *ibidem*, p. 82— invence, riportando la responsabilità (por custodia) sotto il principio soggettivo della diligenza (sia pure *exactissima*), correvano l'alea... di dover perdere quei vantaggi, soprattutto probatorii, che si riconnettevano al sistema classico: e perciò hanno dovuto sforzare quella *benedetta diligentia* fino a comprendervi i rischi che nascono dalla convivenza umana. Quindi la necessità, che i classici non sentivano ed ai bizantini si impose, di mettere bene in luce quale carattere di estremità dovessero avere gli avvenimenti casuali di cui il debitore non era chiamato a rispondere». De aquí, el surgir de la distinción entre *casus maiores* y *minores*, nacida al subrogar en la custodia clásica objetiva una responsabilidad formalmente culposa que cubriese el mismo ámbito que la primera.

La evolución continuará después de JUSTINIANO, convirtiendo la custodia en una responsabilidad por culpa-negligencia ordinaria, no agravada. El resultado final de la evolución en el sistema justiniano es un sistema basado sobre la culpa: como resultado, por una parte, de desdoblarse la responsabilidad clásica por dolo en una serie de grados de negligencia, y de otra, de haber convertido la custodia clásica en una forma de negligencia (si bien que agravada y funcionando *de facto* como responsabilidad objetiva: hay responsabilidad —la culpa-negligencia se presume (finge)— en defecto de *vis* o *casus maiores*, reconducibles a las circunstancias típicas exoneradoras de la edad clásica).

que puede decirse que perviviendo las soluciones clásicas, cambia sólo el modo en que son explicadas.

Una parecida subversión terminológica, dejando igualmente imprevulgados los resultados a que la jurisprudencia clásica había llegado, se produce en el ámbito del resto de las obligaciones en el que operaban la *bona fides* y el *dolus*.

Aquella misma gradación establecida en la valoración de las circunstancias e intereses en uso del criterio flexible de la *fides bona*, se hace ahora en términos de culpa. De tal forma que la gradación de la culpa-diligencia de la época postclásica no es sino el resultado de la recepción de las distinciones clásicas dirigidas a determinar el contenido de la buena fe en las distintas relaciones obligatorias (73). Aquella misma valoración hecha en términos de buena fe (a través de una noción flexible del *dolus*) se convierte ahora en una valoración-gradación en términos de culpa. De modo que, a través de este doble proceso mixtificador que afecta a los dos grandes sistemas de responsabilidad que coexistían en el Derecho clásico, se produce el resultado esperado: un

(73) Cfr. JÖRS-KUNKEL, *op. cit.*, p. 258, y BETTI, *op. cit.*, p. 124.

En concreto, la *culpa lata* aparece en las escuelas postclásicas como resultado de la pérdida del contenido amplio y elástico de la noción clásica de *dolus*. En la medida que el conceptualismo y el afán definitorio postclásicos circunscribieron el dolo a los casos de incumplimiento agravados por la intención maliciosa del deudor, surgió la necesidad de colocar en los textos clásicos que referían la responsabilidad al dolo (ahora entendido restrictivamente), junto a él, la *culpa lata* equiparándola al dolo, para englobar aquellos supuestos de incumplimiento igualmente odiosos en los que falta una neta y perversa voluntad de dañar, que ya no entraban en la nueva definición más estricta del dolo. De este modo la noción postclásica de la *culpa lata* añadida al dolo, permitía conservar a los postclásicos los resultados prácticos a que los clásicos habían llegado en el manejo de la noción clásica de dolo, en el respeto por un lado de la nueva definición más estricta del mismo y, de otro, de la sistemática de la culpa como principio general de responsabilidad.

La diligencia *quam in suis* es de origen bizantino y surge como una respuesta atenuadora a la responsabilidad normal (*culpa levis*) en una serie de casos, especialmente mandato y tutela, en que los postclásicos habían sustituido ésta por el dolo, que —como se recordará— junto con la custodia eran los únicos principios de responsabilidad contractual del Derecho clásico. De modo que en estos casos la evolución se hace pasando de la responsabilidad por dolo (era clásica) a la responsabilidad por culpa leve (era postclásica) y finalmente a la *diligentia quam in suis*.

Tanto la *culpa lata* como la *in concreto* (Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 261) aun naciendo en tiempos diversos, responden al mismo fenómeno de la restricción conceptual y definitoria del ámbito del dolo respecto de como se entendía en la época clásica, lo que conllevaba la necesidad de reconducir a la culpa —nuevo principio general de responsabilidad— todas las hipótesis que quedaban fuera de la nueva noción de dolo. Estas hipótesis eran todas aquellas en que el incumplimiento no obedecía a una voluntad de dañar o no respondía a «motivos vulgares» (ejemplo típico, el «incumplimiento por misericordia»: fuga del esclavo debido a que es atado para ser castigado y liberado por compasión).

El artificio de la gradación de culpas permite mantener la unidad formal del principio de responsabilidad (culpa) y atender al espíritu clasificador y sistemático.

«La duttilità del pensiero classico —dice lacónicamente ARANGIO-RUIZ, *ibidem*— non aveva avuto bisogno di mezzucci cosiffatti».

sistema orgánico de responsabilidad, ordenado en torno a un único principio (la culpa). Culpa que se entiende como omisión de la diligencia de un buen padre de familia (*diligens pater familias*), es decir, culpa es lo contrario de *diligentia*. La culpa se convierte en base de la responsabilidad no sólo contractual sino también delictiva (74) y la omisión culpable viene equiparada a la acción. De esta forma también la exigencia moralizadora (al igual que la sistemática) queda satisfecha con la generalización del principio de la culpa como fundamento de toda responsabilidad.

Es este el sistema que recibe el Derecho común, en el que la idea

(74) Por lo que se refiere a la responsabilidad extracontractual, la doctrina (ROTONDI, *Dalla lex Aquilia all'art. 1.151 Cod. civ.*, en «Riv. dir. comm.», 1916, I, pp. 942 y ss., y allí pp. 953 y ss.) ha puesto de manifiesto cómo la culpa en sentido técnico (negligencia) sea un presupuesto ajeno a la responsabilidad aquiliana en la época clásica. Durante ésta la responsabilidad aquiliana se afirma sobre la base de la injusticia del daño y del nexo causal de éste con la conducta del sujeto dañante, y se excluye por tanto sobre la base de la negación de la *iniuria (iure factum esse)* o del nexo causal (*casu factum esse*).

El requisito subjetivo, no formulado en la *lex Aquilia*, es estudiado y aislado por los juriconsultos clásicos, los cuales se limitaron a exigir aquél que es el mínimo para que se puedan atribuir a un sujeto las consecuencias dañosas de un hecho, es decir, la pura y simple imputabilidad como libre determinación de la voluntad (en sentido penal, individualización de sujeto destinatario de la norma). La casuística romana sobre la *lex Aquilia* por ello no en vano versa sobre el nexo causal, como en su día pusieron de manifiesto FERRINI y VENEZIAN. La noción de culpa en sentido técnico es extraña a este campo para los clásicos, como demuestra la casuística y la propia noción de *culpa levissima*, que revela que el jurista excluye que se pueda discutir en el campo de la *lex Aquilia* aquellas cuestiones que en el terreno de la culpa en sentido técnico serían fundamentales. En definitiva, se reduce el requisito subjetivo de la responsabilidad al mínimo de imputabilidad aludido. Se trata de una utilización de la culpa más aparente que real.

La culpa en sentido técnico —negligencia— sólo aparece como centro de la responsabilidad aquiliana después de las interpolaciones de los compiladores bizantinos, que operando sobre una terminología preexistente (*culpa*) pero con otro significado, desplazan el peso de la afirmación de la responsabilidad del nexo causal a la negligencia. (Para la casuística, cfr. ROTONDI, *ibidem*, pp. 958 y ss.)

Esta tendencia subjetivizadora tiene una trascendencia efectiva (es decir, sobre el ámbito de afirmación de la responsabilidad) mucho menor que aquella que se produce simultáneamente en la época bizantina sobre el presupuesto objetivo de la responsabilidad, que se ensancha progresivamente respecto a los supuestos iniciales de la *lex Aquilia*, convirtiendo la responsabilidad aquiliana en una fórmula general de responsabilidad (Cfr. ROTONDI, *ibidem*, pp. 946 y ss.). En cambio, la *lex Aquilia* en época clásica castigaba un ilícito específico: el dañamiento de cosas y éste debía ser, además, causado *corpore corpori*, es decir, con un acto positivo (no omisivo) y corpóreo, ejercitado sobre la cosa corporal dañada.

El manejo de la culpa en sentido no técnico en sede de responsabilidad extracontractual en Derecho romano clásico, es asimismo puesto de manifiesto por LEONE (*La negligenza nella colpa extracontrattuale e contrattuale*, en «Riv. dir. civ.», 1915, pp. 84 y ss.), quien de la casuística clásica también deduce la preeminencia del nexo causal sobre la conducta del sujeto. El caso excluye la responsabilidad no porque el agente no sea culpable, sino porque interrumpe el nexo causal entre las condiciones puestas por el agente y el daño. Y ello, a su vez, porque para la afirmación de la responsabilidad basta que el sujeto agente haya puesto voluntariamente las condiciones de las que deriva el daño y que éste derive de aquéllas sin que se interponga un hecho nuevo que interrumpa el nexo causal.

de que la responsabilidad por incumplimiento sea, en principio, responsabilidad por culpa tiene una vigencia generalizada y aparece como algo ya consolidado (75).

A la vista de cómo la evolución se ha producido en el Derecho romano, emergen dos directrices básicas a tener en cuenta en el desarrollo sucesivo de la investigación en curso. Por una parte, en particular, el carácter tardío de la culpa (76) y las exigencias a las que su introducción responde, que dejan inalterado en su sustancia el régimen de responsabilidad preexistente. Por otra parte, y de modo general, la necesidad de analizar por encima de aparentes diferencias la efectividad de las mismas. Necesidad, pues, de buscar un terreno que permita verificar si realmente hay diversidad sin dejarse deslumbrar por una terminología innovadora.

2) *Las nuevas tendencias. Paralelismo con la responsabilidad civil. Análisis desde una perspectiva económica*

Es en el contexto de una generalizada asociación de la responsabilidad a la idea de la culpa, que se acepta acriticamente como presupuesto de toda afirmación de responsabilidad, porque tradicionalmente así se ha establecido (sin entrar en las razones o en el verdadero alcance de su introducción), es, decimos, en este contexto en el que se siente con progresiva intensidad la necesidad de actuar la responsabilidad sobre presupuestos distintos. Esta necesidad es especialmente sentida allí donde se pone de manifiesto la exigencia metodológica insos-

(75) CANNATA, *op. cit.*, p. 994.

(76) Como dice ARANGIO-RUIZ, (*Responsabilità contrattuale...*, *cit.*, pp. 6 y ss.), el problema de la responsabilidad contractual se reduce, aparte del problema del rechazo voluntario a cumplir, cuya solución en sentido afirmativo a efectos de la responsabilidad del deudor no ofrece dudas por falta absoluta de prueba liberatoria o justificación del incumplimiento, a indagar en cuáles circunstancias la imposibilidad sobrevenida (el solo evento impeditivo que puede justificar la no realización de lo debido) sea imputable al deudor, en cuyo caso no se extingue la obligación, el deudor no se libera y responde porque incumple.

La solución del problema, dice ARANGIO-RUIZ, muestra una profunda divergencia entre el pensamiento clásico y el justiniano, pues mientras éste aparece dominado por una valoración subjetiva del comportamiento del deudor y por el concepto de culpa como límite y fundamento normal de la responsabilidad, los juristas clásicos tienden a reducir al mínimo la consideración del estado de ánimo del deudor, para adosarle, en cambio, cuando se dé el caso, un cierto riesgo dentro de cuyos límites el deudor responde con independencia de su culpa.

El poner de manifiesto, como consecuencia del examen histórico del Derecho romano, el carácter tardío de la culpa, no puede dejar de tener repercusiones en la doctrina actual, porque, como dice ARANGIO-RUIZ, si el cuestionamiento de la doctrina de la culpa como criterio inadecuado a las exigencias del tráfico en el ámbito contractual no se ha hecho en igual medida que en el extracontractual (siendo las exigencias de fondo las mismas en uno y otro caso), ha sido en buena medida por la tradición ininterrumpida, que a través de los esquemas universalmente conocidos del Derecho justiniano cree reconducirse al Derecho clásico de Roma, es decir, a la más alta expresión del pensamiento jurídico.

Por ello la demostración de la no coincidencia de las doctrinas del *Corpus iuris* con la de los juristas clásicos es una vía para la más decidida afirmación de las nuevas exigencias del tráfico, también en el ámbito contractual.

layable de que el intérprete preste atención a la evolución social (la «realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas» a que se refiere el artículo 3-1. C. c. en materia de interpretación de las normas jurídicas), en modo que la obra interpretativa presuponga una consideración profunda de la realidad social, la percepción de sus exigencias y el desarrollo de modelos explicativos que sean funcionales a las mismas y respondan a las nuevas necesidades. Estas consideraciones se hacen especialmente necesarias desde el momento en que se opera la comercialización del Derecho civil (77).

De este modo de ver las cosas parten los intentos de asentar la responsabilidad sobre bases más amplias que las del estrecho principio de la culpa. Así se ha puesto de manifiesto (78) cómo el reflejamiento de las teorías objetivas se opera en un contexto social, surgido de la primera guerra mundial, de consolidación de los sindicatos (la huelga se convierte en un instrumento normal y frecuente de reivindicación laboral que no puede dejar de afectar a las obligaciones asumidas por las empresas), de inestabilidad monetaria y de intervención pública en la economía, factores todos ellos que favorecen, como más idónea para la seguridad del tráfico, una concepción doctrinal que conecte la responsabilidad contractual al mero hecho del incumplimiento.

Es claro, sin embargo, que el examen de las nuevas realidades, como ha puesto de manifiesto Rodotá (79), es inútil si al mismo no se acompaña de un esfuerzo de clarificación que permita definir los nuevos criterios del ordenamiento, introduciendo así un nuevo tipo de sistematización de la responsabilidad civil. Es precisamente en el campo de la responsabilidad extracontractual donde se ha prestado más atención al significado económico de los criterios de responsabilidad (80) y donde, por consiguiente, se ha puesto de manifiesto con mayor énfasis la insuficiencia de la culpa.

Así, en el ámbito de la responsabilidad civil, se ha podido explicar la vigencia del criterio de la culpa en el contexto de una sociedad en que primaba el componente individualista y que trataba de armonizar la tutela de la propiedad (una propiedad estática) con la de la libre iniciativa (81). Se ha puesto igualmente de manifiesto la existencia de motivaciones de orden moral en la idea de responsabilidad y una concepción un tanto fatalista sobre la producción del daño (82).

Pero, sobre todo, se ha insistido en la correlación del criterio de la culpa con una sociedad, como la decimonónica, de relativamente escaso desarrollo industrial y comercial, en la que la técnica no estaba

(77) Cfr. AULETTA, *Inadempimento imputabile e non imputabile* (recensión del libro cit. de GIORGIANNI, *L'inadempimento*), en «Riv. trim. dir. e proc. civ.», 1959, p. 1.058.

(78) Vid. RESCIGNO en el prólogo del libro cit. de VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, p. XVI, y *Manuale...*, cit., p. 601.

(79) Vid. *Il problema della responsabilità civile*, Milán, 1967, p. 17.

(80) TRIMARCHI, *Sul significato economico...*, cit., p. 512.

(81) Cfr. GRASSETTI-CARNEVALI, voz «Diritto civile», en *Noviss. Dig. it.*, Appendice II, Turín, 1981, p. 1163.

(82) Cfr. RODOTÁ, *op. cit.*, p. 20.

plenamente desarrollada. El criterio de la culpa se adaptaba perfectamente a las exigencias de protección de la nascente industria: en ausencia de negligencia del empresario el dañado debía soportar el daño causado por aquél.

Con la misma vehemencia se ha puesto de manifiesto la insuficiencia del sistema de la responsabilidad civil basado en la culpa en una sociedad industrial y tecnificada como la actual (83). De tal modo que el consolidarse del desarrollo industrial (que hace venir a menos la necesidad de protección de la industria), la vigencia de un amplio sistema de aseguración y un mayor sentido de solidaridad social, han conducido a una fractura del sistema unitario de la responsabilidad civil (84), de tal modo que el criterio de la culpa es tendencialmente sustituido por criterios de imputación objetiva de la responsabilidad.

La originaria unitariedad del sistema de la responsabilidad civil sobre el principio de la culpa se rompe y el ámbito de la culpa se restringe progresivamente.

Es precisamente la fractura de este sistema unitario la que plantea un problema de construcción cuyas posibles salidas han sido identificadas en palabras ya clásicas por Rodotá (85): a) mantener inalterado el principio de la culpa, negando el resarcimiento fuera del daño culpable (lo que choca con las exigencias de la realidad social contemporánea). b) Intentar una aplicación del principio de la culpa por vías indirectas (86), como las ficciones (como lo es la presunción de culpa, que respetando formalmente el principio de la culpa, se traduce en la práctica en una ficción de la misma a través de la no superabilidad de la presunción), o la elaboración de una noción objetiva y rigurosa de la culpa. Este es el camino más seguido, especialmente por la jurisprudencia. c) Encuadrar las nuevas hipótesis de responsabilidad como supuestos excepcionales (aunque las excepciones desborden a la regla). d) Intentar la construcción de un esquema diverso, formalmente respetuoso de las características propias de las nuevas situaciones de responsabilidad y capaz, por ello, de disciplinarlas en forma más acabada.

De este modo se delinea un nuevo sistema de la responsabilidad civil en el que los supuestos del daño inculpable (no ya faltalmente concebidos como gravantes sobre el dañado, o tímida e incompletamente admitidos como excepciones) se incardinan normalmente merced a la admisión de una coexistencia de criterios de imputación en el seno del mismo.

A esta evolución en los criterios de imputación, se acompaña de una diversificación de las funciones que la responsabilidad civil cumple, funciones que se corresponden a cada uno de los criterios coexistentes.

(83) TRIMARCHI, *Rischio e responsabilità oggettiva*, Milán, 1961, p. 13: «Il principio della responsabilità per colpa si rivela dunque insufficiente a risolvere il problema dei danni causati nell'esercizio delle industrie».

(84) GRASSETTI-CARNEVALI, *cit.*, *ibidem*.

(85) Cfr. RODOTÁ, *op. cit.*, pp. 18-19.

(86) Vid. GRASSETTI-CARNEVALI, *cit.*, p. 1164.

Sobre las ficciones de culpa, en particular, Vid. TRIMARCHI, *op. ult. cit.*, pp. 18 y ss., y ALPA-BESSONE, *La responsabilità del produttore*, Milán, 1980, p. 88

Así, unas veces prevalece la sanción, otras se trata de adosar a quien ejerce una actividad generadora del riesgo de un daño las consecuencias negativas de la misma en tanto inseparables de las ventajas que de dicho ejercicio obtiene (*cuius commoda, eius et incommoda esse debent*) y a veces se hace de la responsabilidad civil simplemente un instrumento de control de determinadas actividades empresariales (87).

Al final de esta revisión crítica en el seno de la responsabilidad civil resulta (88) que la culpa es sólo uno de los criterios de imputación de la responsabilidad, ni el único ni el más importante. Junto al criterio de la culpa se identifican otros criterios de imputación reagrupados genéricamente bajo la noción del riesgo o diversificados según los concretos supuestos en que se plasman.

La culpa aparece después de este análisis como un criterio connotado de anacronismo, y como fruto de una política jurídica perjudicial para el dañado. Además, aparece como un criterio ineficiente desde el punto de vista de la distribución del riesgo económico del daño (89).

En suma, la obligación de resarcimiento del daño —en un área de actividad cada vez mayor— se conecta actualmente a unos presupuestos que por el modo de producirse y por sus elementos constitutivos son profundamente diversos (90). a como tradicionalmente venían entendidos.

Este modo de razonar, cuya novedad no está tanto en la consideración de la realidad económico-social, cuanto en el extraer de su examen directrices que avalen criterios de responsabilidad distintos, ha permanecido por mucho tiempo marginado en las investigaciones sobre la responsabilidad contractual.

Es mérito de Trimarchi (91) el haber aplicado esta perspectiva —intensivamente utilizada en el campo de la responsabilidad civil— al terreno de la responsabilidad contractual.

Para Trimarchi (92), el objetivo económico que se persigue a través de la responsabilidad contractual es, ante todo, el de una mejor distribución de los recursos productivos, de tal modo —el estudio se limita a la responsabilidad empresarial— que el empresario-deudor adoptará nuevas medidas de diligencia siempre que su costo sea inferior a la consiguiente reducción del peso de la responsabilidad contractual que el sistema deja a su cargo, y, correlativamente, el acreedor adoptará medidas para la reducción del daño siempre que su costo sea inferior a la consiguiente reducción de los daños que el sistema jurídico deja a su cargo (es decir, no cubiertos por el resarcimiento). Junto a este objetivo económico básico, y a él estrechamente ligados, existen otros dos aspectos económicos importantes de los criterios de responsabilidad contractual, uno es el de la absorción o reparto del daño entre

(87) Cfr. GRASSETTI-CARNEVALI, *cit.*, *ibidem*.

(88) Cfr. ALPA-BESSONE, *cit.*, p. 127.

(89) ALPA-BESSONE, *cit.*, pp. 91 y ss.

(90) RODOTÀ, *op. cit.*, p. 20.

(91) En un trabajo ya clásico, *Sul significato economico dei criteri di responsabilità contrattuale*, *cit.*, pp. 512 y ss.

(92) *Op. cit.*, p. 514.

acreedor y deudor en forma que la economía empresarial no se vea impactada en exceso (93); el otro es el de la reducción de los costes judiciales, favoreciendo con reglas claras y sencillas el arreglo extrajudicial ante una decisión fácilmente previsible, y evitando —una vez surgido el juicio— las instrucciones y diligencias procesales complejas (94).

Es a la luz de estos criterios económicos que la responsabilidad objetiva (objetividad en la imputación), siempre que se trate de prestaciones empresariales, aparece como más idónea que la responsabilidad por culpa para realizar una distribución óptima de los recursos productivos (95).

Sólo un régimen de responsabilidad objetiva consiente transferir sobre la empresa que ha funcionado mal el peso del entero daño que ha causado en el sistema económico, aunque no se haya causado en su adquirente inmediato, evitándose una responsabilidad excesivamente onerosa a través de las reglas que limitan el resarcimiento al daño previsible —salvo en caso de dolo— y con la aplicación en su caso de la reducción del mismo por concurso de culpa del acreedor en la causación del daño (96).

Por contraposición, el sistema de la culpa a la luz de los mismos criterios económicos, no ejerce sobre el empresario una presión económica adecuada para impulsar el desarrollo tecnológico, el empresario no se siente presionado a adoptar las medidas que requiere el interés general. El sistema de la culpa es más lento y costoso procesalmente y aumenta la litigiosidad. Tampoco consiente la traslación del daño, la responsabilidad de la empresa por los daños causados a quienes no se relacionan directamente con ella (97).

Con estas consecuencias de un y otro sistema, la adopción legal de uno u otro no es indiferente, sobre todo si se tiene en cuenta que una vez adoptado un criterio de responsabilidad por el legislador el juego libre del mercado no siempre consiente remediar los defectos de la disciplina legal (98).

Así como Trimarchi habla en todo momento de responsabilidad

(93) Cfr. *op. últi cit.*, p. 515.

(94) *Op. últ. cit.*, pp. 523 y ss.

(95) *Ibidem, passim, espec.*, pp. 521 y ss.

(96) *Ibidem*, pp. 523 y ss. Vid., también, del mismo autor, *Istituzioni di Diritto privato*, Milán, 1981, p. 352.

(97) Vid. *Sul significato economico...*, cit., pp. 524 y ss.

Ejemplo: el incumplimiento culposo de A de un suministro frente a B, genera responsabilidad de aquél frente a su cliente (B), pero el daño que el incumplimiento de A causa a C (cliente a su vez de B) queda sin indemnizar, puesto que A es un tercero respecto de él y B no ha incurrido en culpa. La responsabilidad objetiva consiente a C ser indemnizado por B, y al serlo éste a su vez por A, es el primer incumplidor quien acaba soportando (por repercusión) las consecuencias del incumplimiento producidas más allá de sus relaciones directas. De este modo el peso de la responsabilidad se desplaza sobre la empresa que ha funcionado mal y no es soportado por una empresa ajena a ese mal funcionamiento (como lo es C en el ejemplo citado).

(98) Cfr. *op. últ. cit.*, pp. 527 y ss.

contractual de las empresas, no ha faltado quien ha advertido (99) que las necesidades son las mismas tratándose de simples particulares.

Sobre el camino abierto por Trimarchi, la doctrina civilista posterior ha resaltado igualmente las implicaciones económicas del tema de la responsabilidad contractual.

Así Visintini (100), en el contexto de una rigurosa crítica a la tesis de Giorgianni ha puesto de manifiesto cómo la tesis de la culpa en sus tendenciales efectos económicos corre el peligro de ir contra la racionalización del tráfico, es decir, contra el adosamiento de los costes asegurativos de los riesgos a quien está en mejor grado de controlar la actividad que los produce.

Recientemente (101) ha sido puesta de manifiesto la conexión de la evolución en tema de responsabilidad contractual con un más amplio fenómeno: el de la objetivación del intercambio (102), que conduce a introducir entre las razones que justifican las nuevas formas de responsabilidad criterios de naturaleza económica. De tal forma, la responsabilidad contractual objetiva se encuadra en el marco de un sistema que en sus líneas generales se dirige a tutelar e incentivar el intercambio. Dentro de tal sistema la responsabilidad objetiva se justifica como el criterio que mejor responde a los nuevos aspectos emergentes de la realidad económico-social de nuestro tiempo.

Como resultado del análisis realizado en la evolución de la responsabilidad contractual y extracontractual, reemerge como directriz a tener en cuenta el paralelismo que se registra en dicha evolución entre ambos campos de la responsabilidad, que demuestra a su vez cómo las razones de fondo a que responde la evolución de los criterios de responsabilidad son sustancialmente las mismas. De aquí la necesidad de cautela frente a las actitudes tendentes a exasperar las diferencias entre los dos campos de la responsabilidad.

Otra directriz que reemerge del examen realizado, es el carácter evolutivo de los criterios de responsabilidad en consonancia con las exigencias sociales, y el carácter relativo de esa evolución (103), que hace posible que la responsabilidad objetiva que en la época primitiva era resultado de una cultura jurídica poco desarrollada, se transforma hoy en una exigencia de la sociedad industrial desarrollada y tecnificada.

(99) Vid. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 73.

(100) *Dottrine civilistiche...*, cit., p. 401.

(101) FRANZONI, *recensión cit.*, p. 1273.

(102) Cfr. GALGANO, *Il Diritto privato fra codice e costituzione*, Bologna, 1979, p. 72: «Il codice civile non è piú lo 'statuto' della società civile, come società separata dallo Stato: diventa esso stesso un programa di politica economica».

(103) Cfr. ARANGIO-RUIZ, *Responsabilità contrattuale...*, cit., p. 78: «... che oggi il movimento dottrinale verso la responsabilità oggettiva s'ispiri ai bisogni crescenti del commercio, é cosa certa; ma ciò non basta a ritenere che, sempre e dovunque, l'origine di siffatta responsabilità sia in esigenze della stessa natura».

Cfr., también, MAJELLO, *Custodia e deposito*, cit., pp. 21-22.

3) Referencia a otros ordenamientos. Convenciones internacionales. La exigencia de tutela del crédito

Llegados a este punto, resulta conveniente y hasta necesaria una brevísima alusión al panorama legislativo de los sistemas jurídicos del entorno europeo. Pues como autorizadamente (104) se ha puesto de manifiesto, en un campo que refleja de modo tan inmediato las exigencias de racionalizar el tráfico, no cabe esperar sustanciales diferencias entre las legislaciones de sociedades igualmente industriales y desarrolladas. Y en verdad, el problema de la responsabilidad contractual como problema interpretativo y de búsqueda de coherencia sistemática en las instituciones del Derecho de obligaciones para individualizar las reglas de responsabilidad-exoneración, se plantea en todas partes en términos similares aunque las fórmulas legislativas sean diversas.

Así, en el *Códe Napoléon* el problema es de armonización entre el artículo 1.137, que se refiere a la culpa-negligencia, los artículos 1.147 y 1.148 que se refieren al caso fortuito y la fuerza mayor, y el artículo 1.302 que se refiere a la imposibilidad sobrevenida de la prestación *sub specie* de pérdida de la cosa debida (105).

El problema se plantea en el Derecho alemán en la compaginación del párrafo del B.G.B. que se refiere al dolo y la culpa con las normas que disciplinan la imposibilidad objetiva (*Unmöglichkeit*) y subjetiva (*Unvermögen*) de la prestación (párrafos 276 de un lado y 275, 279 y 280, de otro) (106).

(104) GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 214-5.

(105) Art. 1.137: «L'obligation de veiller à la conservation de la chose, soit que la convention n'ait pour objet que l'utilité de l'une des parties, soit qu'elle ait pour objet leur utilité commune, soumet celui qui en est chargé à y apporter tous les soins d'un bon père de famille.

Cette obligation est plus ou moins étendue, relativement à certains contrats, dont les effets, à cet égard, sont expliqués sous les titres qui les concernent.»

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

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

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

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

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

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

(106) Párrafos que, en traducción de MELÓN INFANTE, dicen lo siguiente: 276-1: «El deudor, en tanto no esté determinada otra cosa, ha de responder del dolo y de la culpa. Obra culposamente quien desatiende la diligencia exigible en el tráfico...».

En Derecho italiano la labor de coordinación sistemática debe realizarse entre el artículo 1.176 Código civil que se refiere a la diligencia del buen padre de familia y los artículos 1.218 y 1.256 del mismo, que se refieren a la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor, el primero de ellos como contenido de la prueba liberatoria del deudor, y el segundo como causa extintiva de las obligaciones (107).

De manera similar, en el Derecho español las normas a coordinar son: el artículo 1.101 Código civil, norma general de la responsabilidad contractual, el artículo 1.104 que se refiere a la culpa-diligencia, el artículo 1.105 que se refiere al caso fortuito y los artículos 1.182 y ss. que se refieren a la imposibilidad sobrevenida de la prestación bajo la rúbrica —siguiendo al Código francés— «De la pérdida de la cosa debida».

En el Derecho anglosajón y en el contexto peculiar de construcción jurisprudencial que tiene el *common law*, se ha afirmado tradicionalmente la responsabilidad del deudor por el mero hecho del incumplimiento, lo que no evita que se plantee —y sobre esto volveremos más adelante— el problema, resuelto evolutivamente en la jurisprudencia, del límite de la responsabilidad debitoria, es decir, de hasta dónde llega la sujeción, el esfuerzo debitorio para cumplir.

En los últimos tiempos es también de destacar en el campo de la responsabilidad contractual la incidencia progresiva de un Derecho uniforme, creado a través de tratados internacionales que tiende —en las áreas limitadas en que opera— a superar barreras entre los distintos sistemas jurídicos particulares. Estos tratados sobre temas específicos tienen por objeto, como resulta fácilmente comprensible, aquellas materias en que se hace más evidente la necesidad de armonizar criterios

275: «El deudor queda libre de la obligación a la prestación siempre que ésta se haga imposible a consecuencia de alguna circunstancia de la que no haya de responder ocurrida después del nacimiento de la relación obligatoria.

A una imposibilidad (*Unmöglichkeit*) sobrevenida después del nacimiento de la relación obligatoria se equipara la imposibilidad (*Unvermögen*) del deudor para la prestación, sobrevenida con posterioridad.»

279: «Si el objeto debido está determinado sólo según el género, el deudor, en tanto la prestación del género sea posible, ha de responder de su imposibilidad (*Unvermögen*) a la prestación, incluso si no le es imputable culpa alguna.»

280-1: «Siempre que la prestación se haga imposible a consecuencia de una circunstancia de la que ha de responder el deudor, éste ha de indemnizar al acreedor el daño causado por el incumplimiento...».

(107) Art. 1.176: «Nell'adempiere l'obbligazione il debitore deve usare la diligenza del buon padre di famiglia.

Nell'adempimento delle obbligazioni inerenti all'esercizio di un'attività professionale, la diligenza deve valutarsi con riguardo alla natura dell'attività esercitata.»

Art. 1.218: «Il debitore che non esegue esattamente la prestazione dovuta è tenuto al risarcimento del danno, se non prova che l'inadempimento o il ritardo è stato determinato da impossibilità della prestazione derivante da causa a lui non imputabile.»

Art. 1.256-1.º: «La obbligazione si estingue quando, per una causa non imputabile al debitore, la prestazione diventa impossibile...»

de responsabilidad: el transporte internacional y las transacciones internacionales.

Así, por ejemplo, entre las primeras muestras de este fenómeno, está la Convención de Bruselas de 25 de agosto de 1924 sobre unificación de ciertas reglas en materia de conocimientos de embarque, cuya finalidad esencial fue la regulación unitaria de la responsabilidad del porteador. España se adhirió a este convenio e introdujo el régimen de responsabilidad en él consagrado en virtud de la ley de 22 de diciembre de 1949 (108). También en este mismo campo del transporte marítimo se ha producido recientemente la aprobación de las llamadas Reglas de Hamburgo («Convenio de las Naciones Unidas sobre el transporte marítimo de mercancías» de 1978) (109) que abandona el régimen de los «peligros exceptuados» establecido por la Convención de Bruselas, adoptando una fórmula general que repite la consagrada por la Convención de Varsovia de 1929 (sucesivamente revisada y actualizada) en materia de transporte aéreo, ratificada ésta por España en 1930 y publicada en la «Gaceta» de 21 de agosto de 1931. Esta última convención consagra, a su vez, una responsabilidad contractual por los daños a las personas y cosas transportadas, objetiva y limitada, que ha sido recogida —variando sólo el importe de las indemnizaciones, que es menor— por la Ley de Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 (110).

De manera que puede hablarse de una tendencia general en las convenciones internacionales en materia de transporte hacia la responsabilidad objetiva (entendida como objetividad en la imputación).

(108) Vid GARRIGUES, *Curso de Derecho mercantil*, II, Madrid, 1980 (7.^a ed., revisada por F. SÁNCHEZ CALERO), pp. 664 y ss.; F. SÁNCHEZ CALERO, *Instituciones de Derecho mercantil*, Valladolid, 1981, pp. 586 y ss., y BROSETA, *Manual de Derecho mercantil*, Madrid, 1974 (2.^a ed.), pp. 744 y ss.

Italia no sólo se adhirió al convenio de Bruselas, sino que en el momento de la codificación de Derecho marítimo interno (arts. 448 y ss. del C. nav.) se uniformó a las reglas de dicha convención en materia de responsabilidad del porteador marítimo (Cfr. VISINTINI, *La responsabilità contrattuale*, cit., p. 278).

(109) Vid. GARRIGUES, *op. cit.*, pp. 644-5, y VISINTINI, *op. últ. cit.*, pp. 286 y 292.

(110) Cfr. BROSETA, *op. cit.*, pp. 394 y ss.; SÁNCHEZ CALERO, *op. cit.*, pp. 470 y ss., y Díez-PICAZO y GULLÓN, *Sistema de Derecho civil*, II, Madrid, 1982 (3.^a ed.), pp. 684-5.

En sustancia, el régimen de responsabilidad contractual consagrado por dicha ley, supone que el transportista responde de los daños causados en y por el transporte aéreo (art. 115), con independencia de la culpa de éste o de sus auxiliares (art. 120: «La razón de indemnizar tiene su base objetiva en el accidente o daño y procederá... en cualquier supuesto, incluso en el de accidente fortuito y aun cuando el transportista, operador o sus empleados justifiquen que obraron con la debida diligencia».).

Como contrapartida del régimen objetivo de responsabilidad, se establece la limitación de su importe (Cfr. art. 120: «... hasta los límites de responsabilidad que en este capítulo se establecen»), según se trate de daños en las personas (art. 117) o en las cosas transportadas (art. 118).

A su vez, el beneficio de la limitación de la responsabilidad viene a menos en caso de dolo o culpa grave del transportista o de sus auxiliares (art. 121).

Régimen sustancialmente idéntico se consagra en el *Codice della navigazione* italiano para el transporte aéreo de cosas (arts. 951 y ss.) y de personas (artículos 942 y ss.).

En materia de transporte ferroviario de personas y de cosas, España ha ratificado, asimismo, diversos convenios internacionales que inciden sobre la responsabilidad del transporte. (Así, en materia de transporte de mercancías, el Convenio de Berna de 7 de febrero de 1970, ratificado por España el 19 de noviembre de 1974 y en materia de transporte de personas y equipajes —donde existía previamente un convenio de 1961, completado por otro adicional de 1966, ambos ratificados por España— el convenio del mismo lugar y fecha, ratificado por España el 13 de julio de 1974.

También —ya en el otro ámbito en que se ha producido un desarrollo de los acuerdos internacionales: las transacciones internacionales— cabe destacar la ley uniforme sobre la venta internacional (L.U.V.I.), aprobada por la Conferencia de La Haya de 1964 y la Convención de las Naciones Unidas sobre los contratos de venta internacional de mercancías, aprobada por la Conferencia de Viena el 11 de abril de 1980. Convenciones (111) en las que se ha detectado una prevalencia —no casual— de los principios del *common law* como más adecuados a las exigencias de seguridad del tráfico, si bien, con un aumento de las causas de exoneración del deudor.

Llegados a este punto, podemos establecer con seguridad cuál es el verdadero contenido de la polémica que subyace en el problema de la responsabilidad contractual.

Siendo, como lo es sin duda, un problema complejo, lo es en buena medida en razón de su importancia. Porque 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.

En la medida en que la actuación (coactiva) del derecho de crédito se haga más expedita, dicha tutela se refuerza; de la misma manera que si, al contrario, se tiende a condicionar dicha actuación a la presencia en la parte deudora de presupuestos de responsabilidad ajenos a la propia existencia del derecho o si se condiciona su posibilidad de ejercicio dentro de límites estrechos definidos a la medida del esfuerzo no excesivo del deudor, la tutela del crédito se menoscaba.

Es, en suma, un problema de conflicto entre la tutela de la posición acreedora o por el contrario de la posición deudora (112). El problema del grado de esfuerzo o sacrificio exigido al deudor para cumplir, mayor o menor, que tiene como lógica (y fatal) contrapartida la mayor o menor facilidad del acreedor para la actuación de su derecho. Lo que estrictamente significa que definir los límites de la responsabilidad contractual es, simultáneamente, definir los límites del derecho del acreedor.

Problema que, como es fácil intuir, no se resuelve en un conflicto personal acreedor-deudor (113), ni tan siquiera en un conflicto de cla-

(111) Cfr. DE LORENZI, *op. cit.*, pp. 2 y ss., y GARRIGUES, *op. cit.*, p. 69.

(112) Cfr. COTTINO, *L'impossibilità*, cit., p. 15: «In essa (la imposibilidad) si specchiano, a ben guardare, due opposte esigenze del traffico giuridico, la tutela del credito e la conservazione del rapporto da un lato, il *favor debitoris* e l'attenuazione di certi effetti di una troppo rigida disciplina dall'altro».

(113) Es un caso más de aquellos en los que, como ha escrito GALGANO

ses, pues cualquier sujeto asume indistinta y sucesivamente ambas posiciones, 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. Es la seguridad, certeza y rapidez del intercambio lo que está en juego.

Esta misma idea de la tutela del crédito que ha sido elevada a última *ratio* de los límites puestos por la ley a la voluntad de las partes en el establecer limitaciones a la responsabilidad contractual (114) (en la medida en que una exoneración arbitraria o una limitación excesiva de la misma menoscaban la tutela del crédito), es la que debe ser tenida también como fundamental en tema de afirmación de la responsabilidad, aunque sólo sea por pura coherencia. Si la tutela del crédito opera como fundamento del límite de la exoneración (negación de la responsabilidad), por fuerza es a la vez la exigencia fundamental del momento positivo de la afirmación de la responsabilidad (negación de la exoneración), y ello en virtud de la perfecta correlación que existe entre responsabilidad y exoneración.

Esta exigencia de tutela del crédito, que se conecta a los principios basilares del ordenamiento y a la que responden los límites legales a la exoneración convencional (artículos 1.255 y 1.102 Código civil), es de orden público. Exigencia genérica de orden público que se refuerza específicamente en determinadas relaciones que exigen un mayor grado de tutela de la posición acreedora por la índole de los bienes afectados o por otras circunstancias que a juicio del legislador así lo aconsejen (115).

Es en este sentido en el que debe entenderse la afirmación de Galgano (116) de que en la base de las normas que disciplinan la responsabilidad contractual en el Código civil italiano está el principio del *favor creditoris*.

c) RELATIVISMO Y EVOLUCION. CUESTIONAMIENTO DE LA EFECTIVIDAD DEL ENFRENTAMIENTO DOCTRINAL DESDE EL PERFIL DE LA TUTELA DEL CREDITO: EL PLANO DE LA CARGA DE LA PRUEBA

1) *Evolución y relativismo. Necesidad de una verificación del conflicto objetivismo-subjetivismo. El ejemplo anglosajón*

Siendo el problema de la responsabilidad contractual a la vez complejo y fundamental por sus implicaciones globales, es también difícil, como ya advertíamos al inicio, por la forma en que históricamente se

(*Diritto privato*, cit., p. 133), la protección de intereses individuales es sólo el medio mediante el que se persiguen intereses de orden colectivo.

(114) BIANCA, *Dell'inadempimento delle obbligazioni*, cit., p. 475.

(115) Cfr. BESSONE, *Le clausole di esonero e di limitazione della responsabilità. Controllo legislativo e orientamenti della giurisprudenza*, en «Riv. dir. comm.», 1974, I, p. 335, y GARCÍA AMIGO, *Cláusulas limitativas de la responsabilidad contractual*, Madrid, 1965, p. 139.

(116) *Op. últ. cit.*, p. 194.

ha abordado. En ningún otro campo (tal vez) se ha producido una tal confusión y promiscuidad terminológicas. En ningún otro campo (seguramente) ha pesado tan decisivamente la transposición histórica.

Buena prueba de ello —también esto lo advertíamos— es el atormentado camino de la significación de la expresión «culpa», manejada a veces como sinónimo de responsabilidad; otras como equivalente a incumplimiento; a veces como una calificación técnica del mismo, o como indicación del nexo (imputabilidad) entre deudor e incumplimiento o entre imposibilidad sobrevenida de la prestación y deudor; otras veces como sinónimo de nexo causal (entre el incumplimiento y los perjuicios de él resultantes).

En buena medida el problema de la responsabilidad contractual es el problema de la culpa (117), el de encontrar cuál es hoy su ámbito de relevancia en la teoría del incumplimiento.

Las confusiones producidas hasta la fecha, con la herencia de escepticismo y relativismo consiguientes, deberían, no obstante, bastar para dejar firmemente adquirido un hecho no suficientemente tenido en cuenta, y es el dato de la continua evolución a que la materia en cuestión está sujeta. Evolución continuamente en acto de las fórmulas legislativas, y de los criterios de decisión jurisprudenciales en las aplicaciones prácticas.

Por ello la necesidad de prestar atención a las innovaciones legislativas (como lo ha sido en España la nueva regulación de la responsabilidad contractual del transportista aéreo, ya mencionada), a los convenios internacionales y a las nuevas tendencias jurisprudenciales.

Por ello también la necesidad de no considerar inalterable la herencia recibida y por ello, asimismo, la urgencia de extremar la cautela en el uso de fórmulas tradicionales, porque en este ámbito y bajo el ropaje de las fórmulas tradicionales se esconden a veces criterios de decisión nuevos (118). Claro es, que con la misma cautela hay que evitar repetir con palabras nuevas planteamientos tradicionales.

En concreto, el examen debe partir de la común afirmación —fruto como se ha dicho en sede de responsabilidad civil (119), de un principio moral antes que jurídico— de que la responsabilidad contractual presupone la culpa. No hay responsabilidad sin culpa, se dice con arreglo a una tradición acriticamente aceptada.

Frente a ello, y ya desde comienzos de siglo, han aparecido, como sabemos, las teorías objetivistas, que han desbancado del papel de fun-

(117) Cfr. CANNATA, *op. cit.*, p. 1013.

(118) Así, TRIMARCHI, *Istituzioni...*, cit., p. 351, ha puesto de manifiesto cómo el concepto de culpa, cuando se usa por la jurisprudencia italiana en tema de responsabilidad contractual de las empresas, viene a sumir un significado diverso de aquél que le es propio. Toda disfunción de la empresa, que sea objetivamente evitable a través de particulares medidas técnicas u organizativas, se considera culpable y fuente de responsabilidad. La responsabilidad acaba por ser excluida sólo cuando el incumplimiento sea debido a causas extrañas a la esfera de control y planificación del deudor. De modo que detrás de la terminología de la culpa se esconde en sustancia una imputación objetiva de la responsabilidad en términos de riesgo.

(119) Vid. GALGANO, *Diritto privato*, cit., p. 341.

damento de la responsabilidad contractual a la culpa. La responsabilidad se funda en el hecho objetivo (puro y simple) del incumplimiento, al menos —dirá Osti— en tanto la prestación sea posible. Tesis objetivistas y subjetivistas, una discusión que, como también sabemos, acabó por ser contaminada por la equivocidad terminológica. Porque objetividad de la responsabilidad contractual no implica (al menos en un primer momento, en la formulación de Osti) prescindir de la valoración del comportamiento del deudor en el juicio de responsabilidad. Ni subjetivismo significa (para la gran mayoría de sus seguidores) que el grado de esfuerzo del deudor para cumplir, se mida en sus propias posibilidades. El criterio de responsabilidad subjetivista (la diligencia) es objetivo (extraño al singular deudor) y riguroso (120), y ello, porque tampoco los subjetivistas pueden desconocer la exigencia fundamental de la tutela del crédito.

Polémica, pues, que se establece ante un objetivismo subjetivo y un subjetivismo objetivado.

Frente a las tesis objetivas de la primera generación, hijas de la concepción objetiva de la imposibilidad sobrevenida, cuyo precursor fue Osti, se ha producido una segunda generación con significado diverso. Se trata, como también sabemos ya, del objetivismo en la imputación, no ya en la imposibilidad sobrevenida de la prestación como elemento de la prueba liberatoria. Aquí se prescinde ya por completo de la valoración del comportamiento del deudor y se transplanta del campo extracontractual al de la responsabilidad contractual la doctrina del riesgo.

Llegados a este punto, resurgen las dudas y la necesidad de esclarecimiento.

Se trata de verificar la realidad del enfrentamiento objetivismo-subjetivismo. No ya del objetivismo postrero asentado sobre el riesgo, el criterio de responsabilidad que históricamente se presenta como alternativo de la culpa, sino del primigenio, aquél que liga la responsabilidad contractual al incumplimiento *tout court*.

Una primera sospecha sobre el limitado alcance real de la polémica nos la da la evolución del modelo de responsabilidad contractual anglosajón (objetivista) frente al continental (reputado tradicionalmente como subjetivista). Evolución en la que la doctrina más atenta (121) pone de manifiesto la irrelevancia del supuesto enfrentamiento en el campo de las aplicaciones prácticas, campo en el que por cierto se muestra la operatividad de los criterios de responsabilidad.

La aludida evolución (122) lleva, desde posiciones iniciales rigurosí-

(120) Cfr. GIORGIANNI, voz «Buon padre di famiglia», cit., pp. 597-8.

(121) Cfr. LARENZ, *Derecho de obligaciones* (trad. española de J. Santos Briz), Madrid, 1958, I, p. 282, y PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 421.

(122) Que es frecuentemente puesta de relieve por la doctrina. Así, Cfr. DE LORENZI, *op. cit.*, p. 2; CABELLA PISÚ, *Impossibilità della prestazione e valutazione di buona fede*, en «Giur. mer.», 1971, p. 415; ROPPO, *Impossibilità sopravvenuta...*, cit., pp. 1.254 y ss.; BESSONE, *Obbligo di adempiere ed esigibilità della prestazione (in margine al ruolo delle valutazioni di diligenza e buona fede)*, en «Giur. it.», 1972, col. 1256 y ss.; GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 218 y ss.

simas, tales que el deudor no podía ser liberado por ningún evento sobrevenido, ni siquiera por la imposibilidad a él no imputable de la prestación, hasta posiciones mucho más flexibles en que se admite la *frustration* del contrato no sólo en caso de sobrevenida imposibilidad o ilicitud de la prestación, sino también cuando el hecho sobrevenido haya hecho venir menos una *implied condition* del contrato, en casos de alteración del equilibrio económico singular del contrato o de irrealizabilidad del objetivo del mismo.

Esta evolución con arreglo al modo de operar propio del Derecho anglosajón, se produce en los criterios de decisión jurisprudenciales, y tiene sus hitos en una serie de casos concretos (*leading cases*) que se convierten así en paradigmas de la propia evolución jurisprudencial.

Así, el punto de partida viene dado por la decisión en el caso *Paradine v. Jane* (1647), donde se lee que «*when the party by his own contract creates a duty or charge upon himself, he is bound to make it good, if he may, notwithstanding any accident by inevitable necessity, because he might have provided against it by his contract*» (123).

En un momento posterior, aquel rígido principio comienza a atenuarse, y se afirma ya que la imposibilidad sobrevenida por causa no imputable al deudor incide sobre la validez del contrato por el venir menos de una *implied condition* del mismo. Principio que se expresa en forma general y fundamental en el caso *Taylor v. Caldwell* (1863). La desaparición de esa «condición implícita» sobre la que el contrato se funda, por causa no imputable al deudor, hace que éste se libere de toda responsabilidad (en el caso de referencia, el incendio de los locales arrendados) (124).

Posteriormente, el Derecho anglosajón ha manifestado la tendencia a comprender en el concepto de imposibilidad sobrevenida de la prestación o a equiparar a la misma en sus efectos liberatorios, los eventos que hayan hecho la ejecución del contrato inidónea a satisfacer el propósito que las partes querían realizar, o aquellos otros que incidiendo sobre el objeto del contrato o sobre los elementos que las partes habían considerado para la ejecución del mismo producen la *frustration* del contrato.

En esta tendencia se incluyen los *coronation cases*, el más importante de los cuales es el *Krell v. Henry* (1903), que establece que se produce la exoneración de la responsabilidad toda vez que haya venido a menos un «*state of things, going to the root of the contract, and essential to its performance*», considerado por las partes como *foundation of the contract* (125).

Con mayor amplitud, Cfr. BESSONE, *Adempimento e rischio contrattuale*, Milán, 1975, pp. 121 y ss.; TEDESCHI, *L'impossibilità della prestazione nel diritto inglese*, en «Anuario del diritto comparato e di studi legislativi», 1946, I, pp. 1 y ss.; y CRISCUOLI, *Il contratto nel diritto inglese*, Palermo, 1968.

(123) Cit. por ROPPO, *op. y loc. ult. cit.*

(124) Cfr. ROPPO, *ibidem*, p. 1255: «... *the contract is... to be construed... as subject to an implied condition that the parties shall be excused in case, before breach, performance becomes impossible from the perishing of the thing without default of the contractor*».

(125) Vid., ROPPO, *ibidem*, pp. 1255-6.

De este modo, la evolución producida en el Derecho anglosajón apunta la tendencia, a través de la teoría de la *frustration*, a la valoración por el juez —con independencia de la presunta voluntad de las partes— de las circunstancias que actúan como presupuestos de la relación contractual. La citada tendencia evolutiva, ello no obstante, continúa a inserirse en un sistema jurídico que parece, todavía, más estricto en la valoración de los eventos que liberan al deudor que el sistema europeo-continental; y, además, aquella tendencia evolutiva no llega a desbancar una concepción del vínculo obligatorio —tan ligada, como hemos visto, a la propia idea de responsabilidad contractual— concebido más como garantía de un resultado que como deber de conducta (126).

2) *Efectividad y coherencia. Generalización y particularismo. Límite, fundamento de la responsabilidad y carga de la prueba*

El ejemplo anglosajón es suficiente para que emerja, como directriz básica de la investigación en curso, y no puede ser de otra manera a la vista de cómo se ha producido la evolución histórica en la materia, el situar la discusión bajo un prisma que permita corroborar de manera inequívoca la efectividad de la disputa doctrinal. Un prisma que se conecte a la propia base y sustancia de la polémica, a su nudo originario ya puesto de manifiesto, es decir, la idea de la tutela del crédito.

Y ese prisma corrector no es otro que la idea de la carga de la prueba. Es esta la sede idónea para vislumbrar la efectividad del enfrentamiento doctrinal bajo la perspectiva sustancial de la tutela del crédito. Es precisamente en esta sede —la del reparto legal del riesgo de la incerteza o de la falta de la prueba— donde se columbra hasta dónde llegan las facilidades de actuación coactiva del crédito (en detrimento de la liberación del deudor), y hasta dónde las dificultades de exoneración del deudor (en favor del acreedor y su derecho).

Junto a ésta, otra directriz fundamental del examen crítico propuesto es la de emprender el análisis desde una perspectiva global del ordenamiento. El problema de la responsabilidad contractual se relaciona por fuerza con una serie de problemas conexos que no pueden ser olvidados: el concepto de prestación y su contenido, la imposibilidad liberatoria y sus caracteres, la existencia de otros medios de tutela del crédito (127) y la propia idea de obligación.

(126) Cfr., ROPPO, *ibidem*, p. 1263.

Lo que explica la desconfianza, cuando no la crítica abierta, de algunos autores anglosajones hacia la teoría de la *frustration*.

(127) Necesidad de conexión entre responsabilidad y otros medios de realización del derecho de crédito, especialmente puesta de manifiesto por GIORGIANI, *L'inadempimento*, cit., cfr. pp. 187 y ss. y 36-7. Conexión tanto con la tutela preventiva como represiva del crédito. Conexión, por otra parte, no exenta de consecuencias prácticas. Así, siempre que al acreedor se le ofrezca la posibilidad de la ejecución forzosa en forma específica y en tanto la prestación sea posible, no existe más forma de incumplimiento que el retardo. En tal hipótesis, sólo una sobrevenida imposibilidad de la prestación imputable al deudor puede provocar un incumplimiento definitivo.

De aquí también la necesidad de la coherencia. El incumplimiento es un momento crítico de verificación en negativo de lo que positivamente se afirma en otras sedes (cumplimiento, teoría general de la obligación).

De la directriz de coherencia asumida, surge también la necesidad (en tantos casos el drama) de compatibilizar una disciplina general (expresada en una serie de artículos del Código civil: artículos 1.101, 1.104, 1.105, 1.183...) con las exigencias peculiares de las singulares relaciones obligatorias, expresadas en reglas propias, particulares de responsabilidad.

Generalidad (a base de reglas abstraídas) contra particularismo, que está en el fondo mismo de la discusión sobre la responsabilidad contractual, desde que en la era postclásica del Derecho romano se inicia una labor de generalización y abstracción que culminaría el Derecho común.

Generalización contra particularismo, normas generales contra normas particulares, que se señala por la doctrina como una de las dificultades más graves para llegar a soluciones satisfactorias (128). Es más, para Giorgianni las dificultades doctrinales creadas en Italia por la vigencia del artículo 1.218 Código civil como norma general del incumplimiento, derivarían del haber asumido como norma general la disciplina surgida en un ámbito muy concreto (el de la custodia) de relaciones obligatorias (129).

Reglas generales de responsabilidad que deben ser respetadas en la medida en que a través de ellas encuentran aplicación las directrices de política jurídica (y en buena medida de política económica) que el ordenamiento pretende consagrar. Claro es, que ese respeto hacia las reglas generales no puede ir más allá de hasta donde es mantenido por el conjunto del sistema legislativo.

De esta exigencia de coherencia (130) nace el que se deba privilegiar, en igualdad de resultados prácticos, aquellas soluciones doctrinales que respeten en mayor medida el entero sistema de la responsabilidad contractual, que encierren sin fisuras, resueltas armónicamente, las cuestiones del límite y del fundamento de la responsabilidad contractual, en conexión con el conjunto de medidas e instrumentos ofrecidos por la totalidad del ordenamiento para la tutela del crédito (resolución, buena fe...).

La exigencia de coherencia tiene como punto de partida la armonización del doble papel que desempeña la imposibilidad liberato-

(128) Cfr. TRIMARCHI, *Istituzioni...*, pp. 337-8, y Díez-PICAZO, *op. cit.*, p. 697.

(129) Cfr. GIORGIANNI, voz «Inadempimento (dir. priv.)», en *Enc. Dir.*, XX, Milán, 1970, p. 875 y *L'inadempimento*, cit., p. 233.

Vid., también, AULETTA, *Inadempimento imputabile...*, cit., p. 1059.

(130) Exigencia que persiste incluso a igualdad de resultados prácticos, porque, como ha escrito MAJELLO (*Custodia e deposito*, cit., p. 120, nota 36), si a veces la doctrina y jurisprudencia, aun sirviéndose de presupuestos teóricos erróneos, llegan mediante silogismos artificiosos a los mismos resultados sustanciales, no existe garantía de que esto sucederá siempre, o en la mayor parte de los casos.

ria (131), como causa, por un lado, de extinción de la obligación (artículos 1.182 y ss. C. c.) y como causa de exoneración de la responsabilidad del deudor (art. 1.105 C. c.), por otro. De tal forma que el problema del límite de la responsabilidad contractual (la imposibilidad sobrevenida de la prestación por causa no imputable al deudor) es inseparable del de la extinción de la obligación en virtud de la verificación de una causa extintiva de la misma.

Y, a su vez, tampoco es separable de la extinción de la obligación por aquella concreta causa extintiva, en virtud de la perfecta correlación que sabemos existe entre responsabilidad (su fundamento) y exoneración (su límite), la propia idea del fundamento de la responsabilidad contractual, pues en virtud de aquella correlación, sabemos que la responsabilidad empieza donde acaba la exoneración.

Se responde, pues, en tanto la obligación pervive y pervive insatisfecha; se deja de responder cuando la obligación se extingue por imposibilidad sobrevenida de la prestación no imputable al deudor.

La necesidad de coherente armonización dentro del sistema de la responsabilidad contractual, origina, a su vez, el problema de identificar el indiscutible papel que respecto a la responsabilidad juega hoy todavía la culpa. Es decir, señalar la relación existente entre culpa e incumplimiento, lo que a su vez genera los subproblemas de indagar las relaciones existentes (o que tal vez no siempre existan) entre imposibilidad y diligencia (132) y entre caso fortuito o causa no imputable al deudor y diligencia.

Es en este contexto en el que se hace precisa la verificación de la trascendencia efectiva de la afirmación, todavía hoy frecuente en la doctrina, de que no basta el hecho objetivo del incumplimiento, la insatisfacción del acreedor para originar la responsabilidad del deudor, sino que además se hace necesario un elemento subjetivo de reproabilidad, asentado generalmente sobre la culpa (133). De tal forma,

(131) Cfr. OSTI, voz «Impossibilità sopravveniente», en *Noviss. Dig. it.*, VIII, Turín, 1962, p. 287, n. 1.

(132) Problema que se plantea en todos los sistemas jurídicos. Cfr. MOSCO, voz «Impossibilità sopravvenuta della prestazione», en *Enc. Dir.*, XX, Milán, 1970, pp. 408-9.

(133) Así, Cfr. BIANCA, *Dell'inadempimento*, cit., p. 81: «La figura della responsabilità debitoria non esprime quindi un mero fenomeno di reintegrazione di un interesse leso a favore di un soggetto e a carico di un altro in quanto parte di un rapporto. Essa propone piuttosto un giudizio di riprovazione dell'ordinamento per la ingiustificata disapplicazione di un certo doveroso sforzo diligente: essa propone cioè un giudizio di colpa»; CIAN, *Antigiuridicità e colpevolezza*. Padova, 1966, p. 4: «... l'opinione, cui ritengo anch'io di dover aderire, secondo la quale solo l'inadempimento colpevole è fonte dell'obbligo di risarcire»; BETTI, *op. cit.*, p. 111: «Infatti non si può parlare di un torto, di una *iniuria* che il creditore subisce, se alla base di questo torto, di queste *iniuria*, oltre el mancato soddisfacimento dell'aspettativa creditoria, non ci sia anche un comportamento imputabile al debitore»; MICCRO, *op. cit.*, p. 185: «Ma il fatto oggettivo della mancata prestazione non basta di per sé solo a giustificare una responsabilità del debitore in quanto inadempiente: occorre altresì, che questo fatto oggettivo che lede un interesse del creditore ed è contrario al diritto sia imputabile al debitore».

En España, sobre la insuficiencia del incumplimiento objetivo para generar la responsabilidad, vid. DÍEZ-PICAZO, *op. cit.*, p. 693. Este autor, estableciendo

que el incumplimiento relevante a los efectos del artículo 1.101 Código civil sería el incumplimiento imputable, entendido como incumplimiento culpable (*latu sensu*, es decir, doloso o culposo). Aquí la imputabilidad se entiende, pues, como el conjunto de caracteres que debe presentar la situación originada por el incumplimiento para que se produzca la responsabilidad en forma de resarcimiento; imputabilidad «objetiva» (referida al presupuesto de responsabilidad), frente a la «subjctiva» del acto ilícito (referida al sujeto agente), entendida como delimitación de los sujetos responsables o subjetivización de la norma sancionadora (134).

Lo que aquí se cuestiona no es la distinción entre el plano de la materialidad del incumplimiento (falta o inexactitud del resultado debido, insatisfacción del acreedor), y el del juicio de responsabilidad —en términos tradicionales, el plano de la imputabilidad— que presupone la existencia del primero. Pues es claro que para el establecimiento de la responsabilidad del deudor no basta que el resultado debido no se haya realizado o se haya realizado inexactamente. El problema de la responsabilidad contractual, como ya vimos, es precisamente el de una vez establecido el incumplimiento en sentido material, verificar si éste está o no justificado. Por eso, junto al plano de la materialidad del incumplimiento, está aquel del juicio de responsabilidad, que supone básicamente la consideración del límite de la responsabilidad contractual (y por ende de su fundamento), es decir, si la falta del resultado debido se ha producido dentro o más allá del límite de la responsabilidad del deudor (lo que, como ya sabemos, supone determinar *a contrario* el fundamento de la misma).

Lo que aquí se cuestiona, decimos, pues, no es la distinción de los dos aludidos planos del incumplimiento, sino que en el segundo, en el juicio de responsabilidad, la culpa tenga el papel decisorio que tradicionalmente se le atribuye como límite (ausencia de culpa) y fundamento (culpa) de la responsabilidad contractual.

Una primera sospecha sobre la dudosa virtualidad de la distinción operada a partir del criterio de la culpa entre incumplimiento imputable y no imputable o, con palabras de Giorgianni, entre incumplimiento objetivo y subjetivo, viene dada, en lo que puede considerarse como el reconocimiento implícito por los propios defensores del principio de la culpa de su retroceso en el terreno del incumplimiento, por el progre-

un paralelismo con las categorías del Derecho penal, sitúa gráficamente el incumplimiento material u objetivo en el plano de la antijuricidad.

Establecen una identificación entre incumplimiento imputable (generador de responsabilidad) y culpable, ESPÍN y ALBALADEJO. El primero —*op. cit.*, p. 187— al situar como contenido de la imputabilidad del incumplimiento el dolo y la culpa. El segundo, al decir —*op. cit.*, p. 113— que «el deudor es responsable del no cumplimiento exacto: 1.º Como regla, cuando éste ha sido causado por su culpa», comprendiendo en esta última la culpa en sentido estricto y el dolo.

(134) Cfr. DEVOTO, *L'imputabilità e le sue forme nel diritto civile*, Milán, 1964, pp. 155 y ss.

sivo aumento de las consecuencias del incumplimiento no culpable (objetivo) o no imputable (135).

De tal modo, se compagina la afirmación de la necesidad del presupuesto de la culpa (en sentido amplio: culpa o dolo) para el resarcimiento del daño, con la de que no todas las consecuencias del incumplimiento presuponen la culpa. Así, se reconoce la existencia de una serie de medios de tutela concedidos al acreedor en función de la simple lesión material del crédito: sujeción del deudor a ejecución forzosa; *exceptio inadimpleti contractus*; resolución del contrato; intereses legales en deudas pecuniarias; el poder del acreedor en caso de incumplimiento viciado o defectuoso, de pedir la eliminación de la inexactitud o un nuevo cumplimiento.

Mientras que serían consecuencia del incumplimiento imputable, es decir, presuponen la culpa: el resarcimiento del daño y el paso al deudor moroso del riesgo de la imposibilidad de la prestación.

Frente a quienes —aunque sea con efectos limitados— sostienen la necesidad de un incumplimiento subjetivamente cualificado (imputable-culpable) a efectos de la responsabilidad contractual, están quienes afirman la suficiencia del hecho objetivo del incumplimiento, despojado de toda cualificación subjetiva en función de la culpa. Afirmación esta última que parte de una base sencilla: la esencialidad de la idea de responsabilidad contractual al propio concepto de vínculo obligatorio, de tal modo que la existencia de éste es presupuesto lógicamente suficiente de la responsabilidad del deudor incumplidor (136). De manera que si, como ha puesto agudamente de relieve Puig Brutau (137), el daño causado por culpa es ya causa de que nazca una obligación *ex novo* de resarcimiento del daño (art. 1.902 C. c., responsabilidad civil), resulta extraño que aquél que ya está obligado necesite para responder un doble fundamento: la existencia de la obligación y la culpa, que separadamente es por sí sola fuente de la obligación de resarcir. De forma

(135) Cfr. GIORGIANNI, *L'inadempimento*, cit., pp. 29 y ss. y 312 y ss. Y allí, en p. 324: «... i rimedi posti a disposizione del creditore hanno un diverso presupposto a seconda che colpiscono la violazione del dovere consumata dal debitore, o tentino invece di realizzare l'interesse del creditore. Il risarcimento del danno costituisce appunto la tipica sanzione civile ed essa viene applicata solo nei confronti del debitore colpevole». Cfr., también, AULETTA, *Inadempimento imputabile...*, cit., pp. 1066-7; BONVICINI, *La responsabilità civile*, I, Milán, 1971, pp. 339 y ss.; y GIORGIANNI, voz «Inadempimento», cit., pp. 861 y 886 y ss.

En esta misma línea de minoración del papel de la culpa se sitúa DÍEZ-PRCAZO (*op. cit.*, pp. 704-5), a través de la distinción entre los presupuestos de las distintas consecuencias del incumplimiento. De tal forma que la culpa sólo es presupuesto del resarcimiento integral (daños ulteriores), pero no del *id quod interest* ni de la resolución del contrato que prescinden de ella.

A esta misma conclusión llega TORRALBA (*La responsabilidad por los auxiliares en el cumplimiento de las obligaciones*, en A. D. C., 1971, pp. 1143 y ss., espec. p. 1155), quien sobre la base de una mayor correspondencia de la responsabilidad objetiva del deudor por lo actuado a través de sus auxiliares a las exigencias de la economía moderna, procede a una revisión de la teoría de la culpa como paso previo a una fundamentación de la responsabilidad del deudor por lo actuado a través de sus auxiliares aun en ausencia de culpa del primero.

(136) Vid. MENGONI, *Obbligazioni di risultato...*, cit., p. 379.

(137) *Op. cit.*, pp. 419 y 420-1.

que es mucho más natural que la persona que ya está obligada necesite invocar un hecho suficiente a exonerarle de responsabilidad, que no que quien pretenda realizar lo que se le debe haya de invocar un doble fundamento de responsabilidad.

Es precisamente esta perplejidad, cuya persistencia sólo es explicable en base a los equívocos producidos en el desarrollo histórico de la discusión doctrinal (138), la que nos lleva a la necesidad de desvelar esos equívocos y situar el enfrentamiento doctrinal en el plano de efectividad que permita corroborar lo que instintivamente se intuye: que detrás de la discusión doctrinal hay más equívocos terminológicos que diferencias sustanciales.

3) *El punto de partida de la crítica a la teoría de la culpa. Plan de trabajo de la crítica propuesta.*

Es en el ámbito genuino de la responsabilidad contractual, el de las reglas de exoneración-responsabilidad, donde se produce la afirmación tradicional de que la responsabilidad (contractual, pero no sólo ésta) presupone como fundamento la culpa y, coherentemente con esta afirmación, según la correlación tantas veces recordada, la exoneración (negación del fundamento de la responsabilidad) la ausencia de culpa.

Esta doctrina «tradicional», como hemos visto, no lo es tanto, en virtud de la tardía introducción de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual (Arangio-Ruiz, Kunkel) y extracontractual (Rotondi, Venezian) en el Derecho romano. La introducción de la culpa obedeció a razones sistemáticas —tan del gusto de los bizantinos, indiferentes para los clásicos, sólo preocupados por la solución adecuada de cada caso— y morales, no en vano ha sido señalada a este propósito la influencia del cristianismo y de la filosofía helenística.

Pero no hay que olvidar que, con independencia de las razones de fondo que motivan la introducción de la culpa (en definitiva que la afirmación de la responsabilidad no se produzca en ausencia de una valoración —negativa— del comportamiento del sujeto-deudor), ésta no es sino el resultado de un parámetro objetivo de comportamiento, la diligencia, referido a un patrón «clásico» (aunque, también aquí, en el Derecho romano no tanto, en relación al tema específico de la responsabilidad contractual), el del buen padre de familia. Por eso, la

(138) La reducción al absurdo de la necesidad redundante del doble fundamento de responsabilidad, sería que una vez surgida la obligación de resarcir *ex art. 1.902 C. c.* por haber existido culpa del dañante, para exigir en un momento posterior la responsabilidad contractual de éste, si se negase a hacer efectivo el resarcimiento debido, se debería requerir de nuevo en este segundo momento la culpa del deudor-dañante, pues se aplican las reglas de la responsabilidad contractual por el incumplimiento de una obligación preexistente. (Cfr. PUIG BRUTAU, *op. cit.*, p. 434).

Como ejemplo del aludido confusionismo existente en la discusión doctrinal baste el ejemplo de que ha sido negado (Cfr. RESCIGNO, prólogo cit., p. XVII, y *Manuale...*, cit., p. 602) y afirmado (Cfr. ROPPO, *Impossibilitá...*, cit., p. 1241) con idéntica certidumbre el trasfondo político o ideológico de su contenido.

valoración del significado actual de la culpa, que es sin duda hoy un dato normativo (arts. 1.101, 1.103, 1.104 C. c.) y doctrinal firmemente adquirido, debe prescindir de aquellas motivaciones y analizar cuál es su significado y valor en el ordenamiento vigente como norma objetiva de conducta. A estos efectos no interesa tanto el carácter tardío de la culpa (pues su vigencia hoy es indiscutible), cuanto el hecho históricamente demostrable de que nunca (ni en el Derecho romano, ni en el Derecho común, ni —como se confía en demostrar— en el Derecho vigente), la ausencia de culpa ha bastado para exonerar al deudor incumplidor. Lo que, habida cuenta del paralelismo exoneración-responsabilidad puesto tantas veces de relieve, cuestiona el propio papel de la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual.

Lo que la doctrina de la culpa nunca ha admitido, y por ello es fruto más de una enunciación terminológica que de una aplicación eficaz, es que si la culpa es fundamento (sólo y todo) de la responsabilidad contractual, en estricta coherencia con ello, baste para liberar de responsabilidad al deudor incumplidor, la prueba de la ausencia de culpa suya. Bien entendido, que aquí se habla de la prueba de la ausencia de la culpa en sentido técnico, es decir, como prueba de la diligencia, pues en la medida en que bajo la expresión «ausencia de culpa» se escondan otras nociones (muy especialmente la de la imposibilidad liberatoria), la teoría de la culpa se resuelve, entonces, en un equívoco terminológico (139).

La crítica de la doctrina de la culpa puede construirse, pues, sobre las dos perspectivas esenciales íntimamente unidas del juicio de responsabilidad. En el plano de la afirmación de la responsabilidad contractual (de su fundamento) se cuestiona el papel de la culpa como único presupuesto de la misma, pues ello conduce a la exigencia redundante de un doble fundamento de responsabilidad: culpa e incumplimiento (o mejor aún, culpa y obligación que subsiste insatisfecha), siendo ambos por sí solos suficientes para generar responsabilidad separadamente (se recuerda a estos efectos el carácter esencial de la responsabilidad a la noción misma de obligación).

También se cuestiona el papel de la culpa desde la perspectiva de la exoneración de la responsabilidad. La ausencia de culpa como prueba liberatoria no puede bastar para exonerar al deudor incumplidor, porque no destruye el fundamento de la responsabilidad: la obligación que subsiste y subsiste insatisfecha. La responsabilidad contractual subsistirá en tanto la obligación no se extinga, y para extinguirla no basta la ausencia de culpa (también aquí en sentido técnico, es decir, la

(139) En realidad el carácter sólo terminológico (aparente) de la doctrina de la culpa (culpa como fundamento de la responsabilidad contractual y ausencia de culpa como prueba liberatoria) permite su subsistencia actual y explica la igualdad sustancial —bajo diversa terminología— de la esfera de responsabilidad contractual del deudor respecto de las tesis objetivas del primer objetivismo.

Pero esto, lejos de ser demérito de la crítica de la tesis de la culpa, es razón para deshacer los equívocos en que se basa y explicar coherentemente aquella identidad de resultados. La coherencia y rigor dogmático, en igualdad de resultados, es un *plus* al que como civilistas nos debemos (¿o no?).

prueba de la diligencia, pues en la medida en que se entienda otra cosa se incurre en un mero juego de palabras). Aquí reside una de las características más señaladas de la doctrina de la culpa y uno de sus flancos más vulnerables: la separación arbitraria entre el ámbito de la liberación de la responsabilidad contractual (en que al deudor basta dar la prueba de la ausencia de culpa suya) y el de la extinción de la obligación (en que aquella prueba resulta insuficiente), lo que plantea, a su vez, el explicar la irresponsabilidad del deudor frente a una obligación que subsiste y subsiste insatisfecha.

El esfuerzo de clarificación propuesto en el ámbito de la responsabilidad contractual, debe tener en cuenta los precedentes históricos y las decisiones jurisprudenciales (140), pero, sobre todo, las indicaciones de sistema que emanan del propio Código civil. De manera que la investigación debe partir del artículo 1.101 Código civil y las reglas generales de responsabilidad-exoneración; proseguir con la coordinación de las reglas generales entre sí y, con las particulares de las relaciones obligatorias específicas (141); y concluir con el resultado que emerge del análisis realizado, situando los resultados obtenidos en el plano verificador de la carga de la prueba.

Cuando parece que ya todo se ha dicho en materia de responsabilidad contractual, el esfuerzo ha de dirigirse no tanto a elaborar construcciones nuevas cuanto a la justificación de la diversidad existente, la comprensión de las necesidades que están en la base de la misma, y la verificación práctica de su consistencia real.

El análisis de las reglas legales de responsabilidad no puede desvincularse de las alteraciones en las mismas introducidas por los particulares en uso de la autonomía privada. Los límites a este poder de decisión particular —que responden, como es sabido, a la necesidad de tutela del crédito— adquieren peculiar importancia en un momento en que la práctica contractual conoce una proliferación de modelos contractuales uniformes con cláusulas exoneratorias o limitativas de la responsabilidad contractual.

(140) Unos y otras (frecuentemente los mismos o mismas), indistintamente manejados en favor de una u otra tesis.

Respecto de la jurisprudencia, la doctrina ha puesto reiteradamente de manifiesto la necesidad de buscar los verdaderos criterios de decisión por encima del empleo de fórmulas verbales repetidas a veces con significados diversos. La jurisprudencia, siendo un elemento importante de interpretación, por su propia misión de realizar la justicia en el caso concreto, se adhiere a una u otra fórmula indistintamente, de modo que la labor de construcción se sacrifica a la justicia concreta del caso. Por eso se reafirma la necesidad de atender básicamente al conjunto del sistema legislativo.

De la misma manera que se reafirma, a la vista del carácter ambiguo-relativo del problema, la necesidad de llegar a una verificación efectiva de la discusión en el campo de la carga de la prueba.

(141) De manera que al final del examen realizado sepamos si las distintas relaciones obligatorias (depósito o transporte) o las distintas circunstancias (transporte de ladrillos o de porcelana) se valoran con reglas distintas, o son las mismas reglas las que aplicadas a situaciones y circunstancias diversas producen resultados diferentes.

