

La responsabilidad contractual (primer y último repaso)

Por FRANCISCO JORDANO FRAGA

En el tomo XL, fascículo IV de 1987, publica este *Anuario* (en pp. 1283 y ss.) una *Nota crítica* (en adelante, *Nota*), que dedica a mi libro *La responsabilidad contractual*, Madrid, 1987 (en adelante, *Libro*), el profesor Clavería, amigo y compañero de Departamento en la Universidad de Sevilla.

Agradezco a Clavería esta amabilidad, así como sus elogiosos juicios, pero, al mismo tiempo, me siento obligado a recuperar, en puntos que me parecen importantes —lo suficientemente como para vencer la natural repugnancia de cualquier persona razonable por este género de rectificaciones—, el sentido genuino de mis opiniones, que sale notablemente malparado en ellos, de resultas de la referida *Nota*.

I. Así, en la página 1285 de la *Nota*, y pretendiendo exponer mi opinión, se dice que fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento «en el que puede ir comprendida —y siempre va presunta— la culpa». Ignoro si esta expresión por mí subrayada refleja o no el pensamiento de Clavería, pero lo que es seguro, es que no sólo no refleja el mío, sino que es incompatible con él.

Para mí, ciertamente, el fundamento de la responsabilidad contractual es, en todo caso, el incumplimiento: cualquier contravención de la obligación mientras ésta subsista, mientras no se dé por el deudor la prueba liberatoria de los artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil, que extingue o suspende el vínculo obligatorio (y, *por ello*, exonera al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor de responsabilidad: la no subsistencia de la obligación excluye la relevancia jurídica de la infracción del deudor: el incumplimiento mismo) [*Libro*, pp. 19 y ss.; 74 y ss.; 100 y ss.; 226 y ss; 284 y ss.; etc.].

La diligencia que, como tendré que insistir después, para mí en el Código civil es siempre objetiva: una norma de conducta (art. 1.104), cumple en el sistema de la responsabilidad contractual dos funciones:

a) Es criterio de exacto cumplimiento para las prestaciones de actividad o de medios: en ellas, donde se presta la diligencia debida (común o técnica), se cumple, y, por ende, la cuestión de la responsabilidad contractual es implanteable (pues tal cuestión presupone necesariamente la infracción de la obligación: la falta de total, parcial o exacto cumplimiento); *a contrario* y, como lógico corolario de lo anterior, en esta clase de obligaciones la diligencia sirve para determinar cuándo hay infracción de la obligación: falta de exacto cumplimiento; entonces, si no se presta la diligencia debida, si hay culpa (siempre objetiva: infracción de una norma de conducta; culpa es para mí, como para la mayor parte de

la doctrina, lo contrario de diligencia), la cuestión de la responsabilidad contractual es *planteable*, lo cual quiere decir que esta culpa-infracción de la obligación no determina inexorablemente la responsabilidad del deudor: éste aún podrá probar que no pudo prestar la diligencia debida por caso fortuito (por imposibilidad sobrevenida de la prestación a él no imputable).

O sea, que esta culpa-infracción de la obligación es lo que yo he llamado incumplimiento material, como hecho (falta de exacto cumplimiento), y cumple el mismo papel que cualquier otra infracción dentro de las obligaciones de medios distinta de su inexactitud cualitativa (la falta total de cumplimiento, el retraso), o que cualquier contravención de la obligación en otro tipo de obligaciones.

Por eso digo [*Libro*, pp. 106, 233 y 271] que es a esta culpa-infracción de la obligación, que permite plantear la cuestión de la responsabilidad contractual pero no la resuelve definitivamente, a la que se refiere el artículo 1.101 del Código civil.

Pues bien, esta culpa-infracción de la obligación, como cualquier otra contravención de la obligación (en las obligaciones de medios, o en otro tipo de obligaciones), *nunca* se presume, y, en aplicación de los principios generales de la carga de la prueba —es hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad *ex* artículo 1.101 del Código civil—, el acreedor asume su riesgo probatorio [*Libro*, pp. 287-288].

b) Pero la diligencia (la *misma* norma objetiva de conducta del art. 1.104 del Cc.) cumple otra función, ésta general para todas las obligaciones (que, por tanto, en las obligaciones de medios se superpone a la anterior): es criterio general de imputación del hecho obstativo del cumplimiento o del exacto cumplimiento en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual. Por ello, demostrada por el acreedor la infracción en cualquier forma de la obligación —sea de medios o de resultado—, cabe al deudor —especifica contraprueba liberatoria— demostrar que la falta de exacto cumplimiento (total, parcial, puntual, exacto) denunciada por el acreedor obedece a una imposibilidad sobrevenida y a él no imputable —en esta imputación juega el criterio general del artículo 1.104: artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil— del total, exacto o puntual cumplimiento.

Aquí la idea de la presunción de culpa es repetitiva o redundante de un hecho cierto: al deudor no cumplidor incumbe la prueba de la imposibilidad liberatoria (caso fortuito), con todos sus requisitos, como hecho obstativo de la pretensión de responsabilidad del acreedor y constitutivo de su pretensión de liberación, de donde nace la necesidad de probar la ausencia de culpa respecto de la causación del hecho obstativo que imposibilita el cumplimiento o exacto cumplimiento, y *no* de una presunción de culpa, concebida como fundamento y, por tanto, hecho constitutivo de la responsabilidad contractual, que, contradictoriamente con ello, el acreedor que pretende tal responsabilidad no ha de probar [*Libro*, p. 288 y precedentes].

El planteamiento tradicional es conocido: no basta para desencadenar la responsabilidad contractual del deudor su incumplimiento, éste ha de ser, además, culpable. La culpa se hace así un genuino hecho constitutivo de la pretensión reparatoria del acreedor. Pero, en contra de lo que sería consecuente: 1. No es el acreedor quien ha de probar el hecho constitutivo de su pretensión de responsabilidad, sino el deudor su ausencia: primera incoherencia en el plano (procesal) de la carga de la prueba. 2. La manera de demostrar la ausencia de culpa, no

es la prueba de la diligencia, sino (para el 99 por 100 de la doctrina) la prueba del caso fortuito: segunda incoherencia, en el plano sustantivo: del contenido de las reglas de responsabilidad contractual. 3. Además, frecuentemente se dice que ni siquiera el acreedor ha de probar la infracción de la obligación por el deudor, pues por incumplir a éste *siempre* (también cuando el acreedor demanda la responsabilidad contractual) la prueba del cumplimiento, tal infracción (el incumplimiento como hecho, la materialidad del incumplimiento) se presume. (Sobre ello tendré que volver después, de momento quede sólo apuntado que mucha presunción es ésa: presunción de culpa, más presunción de la falta de exacto cumplimiento en la que se apoya la primera presunción.)

Lo dicho, como he expuesto en el *Libro* (especialmente, pp. 284 y ss.), debe bastar para establecer mi claro «desmarque» de la doctrina tradicional: en ésta la presunción de culpa es un mecanismo artificioso y ortopédico que permite «explicar», manteniendo formalmente (ficticiamente) la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual, la realidad del *funcionamiento efectivo* de la responsabilidad contractual: el deudor no cumplidor (o no exactamente) ha de probar, si quiere exonerarse, el caso fortuito. Yo, por mi parte, digo: *esto último es la verdad* (arts. 1.105, 1.182 y ss. del Cc.: es lo que dice el Código), *pero esto no* es consecuencia de que la culpa sea el fundamento de la responsabilidad contractual, sino de que el caso fortuito es el hecho obstativo de la pretensión de responsabilidad del acreedor: la prueba liberatoria [*Libro*, pp. 284 y ss., especialmente, p. 293], y, añadido también, es la prueba liberatoria porque su presencia excluye el *verdadero* fundamento de la responsabilidad contractual: el incumplimiento, la falta de exacto cumplimiento de una obligación subsistente. Como he repetido incansablemente a lo largo del *Libro*, dado que la prueba liberatoria, para ser tal, debe ser negación del fundamento de la responsabilidad contractual, el que la prueba liberatoria (que, prácticamente, todos unánimemente admitimos) sea la del caso fortuito (la imposibilidad liberatoria) —y no la de la diligencia: la ausencia de culpa—, demuestra inexcusablemente que el fundamento de la responsabilidad contractual es el incumplimiento y no la culpa.

II. Me acusa Clavería (*Nota*, p. 1.284, y pp. 1292-1293) de escamotear la relevancia de la culpa como elemento determinante de la responsabilidad contractual, y de presentar, de matute, la misma doctrina tradicional que critico.

Vayamos por partes:

Desde el principio de la obra [*Libro*, pp. 40 y ss., y 71], he advertido que cuando se habla de objetivismo en materia de responsabilidad contractual, hay que distinguir entre:

A) Un primer objetivismo, que es el simple resultado de desenvolver coherentemente todas las implicaciones derivantes de que, para liberarse de responsabilidad, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor haya de probar (como dice el Código, el 99 por 100 de la doctrina universal, el 100 por 100 de la española, Clavería incluido, según parece) el caso fortuito: la imposibilidad sobrevinida e inculpable del cumplimiento o exacto cumplimiento.

Este primer objetivismo, que yo asumo plenamente, es heredero de la crítica de Osti, y no tiene otro resultado que desvelar, manteniendo sus resultados prácticos, los equívocos terminológicos en que se asienta la doctrina tradicional culpabilista: se responde o se deja de responder cuando dice ésta, pero no por las razones que ella indica: la responsabilidad contractual funciona *así*, pero se explica mejor (más coherentemente) de otro modo.

El deudor responde siempre que infringe en cualquier modo la obligación y no da la prueba del caso fortuito que le ha impedido cumplir o hacerlo exactamente: en esto coincidimos el Código, la doctrina tradicional y yo (y, según parece, también Clavería). La doctrina tradicional dice: responde porque cuando no hay caso fortuito, hay culpa; y cuando hay caso fortuito, no responde porque no hay culpa. Yo digo:

1. Cuando hay caso fortuito, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor no responde porque no hay incumplimiento: no hay una obligación que subsista y lo haga infringida: hay una obligación extinguida (imposibilidad definitiva), o hay una obligación suspendida (imposibilidad temporal, que justifica el retraso) [«suspensión» y no «supresión» debe decir en las líneas primera y segunda de la p. 293 del *Libro*]. En el caso de una realización no exacta de la prestación, preciso ahora, que esté determinada por caso fortuito, por la imposibilidad inimputable al deudor del exacto cumplimiento, la obligación se ha reducido a lo que era posible prestar, más allá de ese límite también se ha extinguido, y por ello tampoco cabe aquí la responsabilidad.

2. Y cuando no hay caso fortuito, lo que sucede —esto parece olvidarlo Clavería— no sólo cuando existe una imposibilidad sobrevenida imputable al deudor no cumplidor, sino también siempre que la prestación (el cumplimiento o exacto cumplimiento) es posible, el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor responde porque la obligación subsiste y subsiste insatisfecha: también, pero no sólo, cuando existe imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor: incumplimiento definitivo, responsabilidad que se refiere no a la prestación *in natura* (devenida imposible), sino a su valor, más los daños que se prueben.

Por eso responde siempre el deudor de cosas genéricas, con independencia de su culpa, antes de la concreción y mientras el género debido subsista y no existan otras causas que imposibiliten la prestación; por eso la ejecución forzosa *in natura* de la prestación del deudor (que presupone necesariamente la posibilidad de ésta) prescinde en todo caso de la culpa del deudor. Estas consecuencias, en las que todos coincidimos, sólo pueden ser «explicadas» por la doctrina culpabilista sobre la base de facilonas triquiñuelas: ¡las obligaciones genéricas son un campo aparte del Derecho de obligaciones! (la mayor parte de las prestaciones de empresa padecen este destierro); ¡la ejecución forzosa es una consecuencia específica que funciona sobre la base de sus propios presupuestos! (es un instrumento procesal necesariamente instrumental de una pretensión sustantiva de responsabilidad o de cumplimiento).

Que se me llame por explicar las cosas así «hábil prestidigitador» (*Nota*, p. 1292), me parece injusto. La prestidigitación, el ilusionismo, la terminología engañosa que no explica el funcionamiento real, efectivo de la responsabilidad contractual están en la doctrina culpabilista, que dice que hay culpa donde hay incumplimiento —y, a veces, no hay culpa: prestación posible; otras sí la hay (imposibilidad sobrevenida imputable al deudor no cumplidor), pero entonces la culpa es factor determinante del incumplimiento (subsistencia de la obligación y subsistencia infringida: en defecto de exacto cumplimiento), que es fundamento en todo caso (tanto si la prestación del deudor no cumplidor es posible, como si no) de la responsabilidad contractual—; y que dice que hay *no-culpa*, donde no hay incumplimiento, por no haber obligación subsistente (este último resultado lo acepta, de forma incoherente —porque es inseparable del anterior—, Clavería, *Nota*, pp. 1292-1293).

Leyendo a Clavería, *Nota*, p. 1292: «pero omite [se refiere a mí] que el incumplimiento, en la mayoría de las hipótesis, comprende e implica culpa, *además de imposibilidad sobrevenida*», se saca la falsa impresión que para mí (ignoro si será cierto para él) el incumplimiento, el fundamento de la responsabilidad contractual es la imposibilidad sobrevenida de la prestación imputable al deudor no cumplidor. Nada más lejos de la realidad; para mí el incumplimiento, el fundamento de la responsabilidad contractual, es, como he dicho antes, cualquier contravención de una obligación subsistente, o sea, cualquier forma de infracción de la misma no justificada por caso fortuito (imposibilidad liberatoria); por ello, por estar dentro del límite del área de responsabilidad del deudor no cumplidor señalado por la imposibilidad liberatoria, la imposibilidad sobrevenida imputable al deudor es *una forma* de incumplimiento (de infracción de una obligación subsistente), pero no es la *única forma* de incumplimiento [*Libro*, pp. 112, 225, 226, 227 y ss., 232, 239, 289. Explicítamente en contra, p. 230, *sub.* 5. En la p. 100, última línea, debe decir «directo», donde dice «indirecto»].

Por otra parte, es decididamente falso, en contra de lo que me imputa Clavería, que yo escamotee el relevantísimo papel de la culpa-diligencia en el sistema de la responsabilidad contractual del Código civil. La diligencia, aparte de ser criterio de cumplimiento en las obligaciones de medios o de actividad, es, como antes he repetido, para todas las obligaciones criterio general de imputación del hecho obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual. La culpa (como criterio general para determinar la imputabilidad al deudor no cumplidor de la concreta causa que le impide cumplir o hacerlo exactamente) es, en concreto, elemento negativo (ausencia de culpa) de la prueba liberatoria (arts. 1.105 y 1.182 y ss. del Cc.), por ello juega como criterio (general) *indirecto* o *mediato* de responsabilidad: en la medida que determina la subsistencia de la obligación, y su subsistencia infringida (en defecto de exacto cumplimiento) —es decir, en la medida en que determina el incumplimiento, que es siempre el fundamento directo de la responsabilidad contractual—, siempre que la imposibilidad sobrevenida obedece a culpa del deudor no cumplidor [*Libro*, pp. 21-22, 197 y ss., 230-231, 232-233, 291, 298, 367-368, 565, 584, 597].

Pero este mismo papel juega por idéntica razón, y esto no lo tiene en cuenta Clavería, el otro elemento de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual: la necesidad de que el cumplimiento o el cumplimiento exacto sean imposibles, determina que mientras sean posibles, la prueba liberatoria no se dará: subsiste la obligación y subsiste insatisfecha, hay incumplimiento —aun sin culpa del deudor: por ejemplo, obligaciones genéricas— y, por tanto, responsabilidad contractual [*Libro*, pp. 104, 228, 232, 239, 293, 297].

Clavería, en suma, no parece percatarse que la constitución del caso fortuito o imposibilidad liberatoria en prueba liberatoria del deudor no cumplidor y límite de la responsabilidad contractual, con arreglo a la doctrina tradicional, es la que *inexorablemente* conduce a que sea el incumplimiento —cualquier contravención de la obligación subsistente, también, pero no sólo la imposibilidad sobrevenida imputable— el único y general fundamento de la responsabilidad contractual. En opinión de Clavería el automóvil de la responsabilidad contractual lo conduce un conductor cuya identidad se me ha escapado: la culpa del deudor; en mi opinión, Clavería ignora que el automóvil de la responsabilidad contractual lo conduce siempre (tanto cuando hay culpa del deudor, como cuando no la hay) el

incumplimiento del deudor, y que no puede ser de otro modo mientras la prueba liberatoria del deudor no cumplidor sea la del caso fortuito.

En ningún momento he ocultado, antes bien lo he anticipado desde el comienzo y lo he repetido en diversos lugares [*Libro*, pp. 20, 22, 82 y nota 139, 102, 117-118, 227, 241, y especialmente 296 y ss.], que los resultados de la crítica del primer objetivismo, no conducen sino a explicar más coherentemente (con mejor terminología, que apunta al funcionamiento efectivo del sistema de la responsabilidad contractual) los mismos resultados que aquella doctrina de la culpa (su práctica totalidad) que, por feliz incoherencia, hace del caso fortuito la prueba liberatoria del deudor no cumplidor (en vez de la prueba de la diligencia, la ausencia de culpa, como sería lo lógico, si se creyera verdaderamente que es la culpa el fundamento de la responsabilidad contractual).

B) Junto a ese primer objetivismo, que, repito una vez más, no es sino el resultado de desenvolver coherentemente todas las consecuencias que se derivan del hecho de convertir a la imposibilidad liberatoria en límite de la responsabilidad contractual, existe un segundo objetivismo, que es el resultado de utilizar, junto al general de la diligencia, otros criterios de imputación del evento obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual; criterios alternativos a la diligencia reconducibles a la idea de riesgo, y que prescinden —a diferencia de la diligencia, que es, en cambio, también objetiva en el diverso sentido de ser norma o patrón de conducta— de la valoración o enjuiciamiento de la conducta del sujeto deudor no cumplidor. De estos criterios existen manifestaciones legales: LNA, responsabilidad de los hosteleros por custodia indirecta, responsabilidad del deudor por sus auxiliares, y también puede llegarse a ellos en la aplicación jurisprudencial (transporte, cajas de seguridad bancarias).

La incidencia de estos criterios objetivos (en el sentido ahora apuntado: de riesgo) hace que hoy no pueda considerarse el caso fortuito, del todo, como imposibilidad sobrevenida e inculpable del cumplimiento o del exacto cumplimiento (definición tradicional), sino como imposibilidad sobrevenida inimputable al deudor, expresión, esta última, en la que se comprende junto al general de la diligencia, cualquier otro criterio (legal o jurisprudencial) de imputación [*Libro*, pp. 41, 71, 203 y ss., 231, 298 y ss.].

Hablándose de objetivismo en estos dos sentidos (A y B), yo mismo he precisado, que nuestro sistema de la responsabilidad contractual es objetivista sólo en cierto sentido (en el primero): en el de que la responsabilidad contractual del deudor se afirma siempre que hay incumplimiento (aunque no haya culpa), y se excluye cuando no lo hay (por haber caso fortuito o imposibilidad liberatoria, —prueba liberatoria del deudor no cumplidor—, límite de la responsabilidad contractual); pero no lo es, con carácter general, en el segundo sentido, pues el criterio general de imputación de los eventos que obstaculizan el cumplimiento o el exacto cumplimiento en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual exige, desde luego, una valoración de la conducta del sujeto deudor no cumplidor. Afirmar esto, digo, no es más que el resultado de desenvolver todas las consecuencias derivantes de asumir —como hacemos casi todos y como hace el Código civil— la imposibilidad liberatoria (caso fortuito) como límite de la responsabilidad contractual. Este, repito, es el resultado del primer objetivismo.

Pero también he dicho que en nuestro sistema de la responsabilidad contractual existen ejemplos del segundo objetivismo, de casos en que la imputación

del evento impeditivo del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, se hace en términos de riesgo, en términos que prescinden de la valoración de la conducta del sujeto deudor no cumplidor. De este segundo objetivismo, de esta responsabilidad objetiva en sentido diverso del que estableció el primer objetivismo, existen casos singulares, con cierta tendencia a expandirse, en nuestro Derecho, que coexisten con el criterio general de la diligencia [*Libro*, pp. 41, 230-231, 240-241, 291].

Por todo lo dicho, cuando Clavería afirma que la explicación del sistema de la responsabilidad contractual en los términos del primer objetivismo, el resultante de la crítica de Osti, que yo asumo totalmente, no es del todo objetiva y que es una nueva exposición del mismo sistema tradicional de la culpa, tiene razón, y descubre, al mismo tiempo, un Mediterráneo que yo había dejado perfectamente señalado, sin que, por otra parte, advierta (totalmente, por lo que antes se dijo) las ventajas de la explicación alternativa de esos mismos tradicionales resultados, ventajas que hacen, precisamente, que yo prefiera la explicación alternativa.

III. El punto, tal vez, donde la divergencia entre mis opiniones y la interpretación que de ellas hace Clavería es más escandalosa, es el concerniente a la naturaleza de la culpa-diligencia.

Para mí la diligencia, su criterio general del artículo 1.104 del Código civil, es siempre norma objetiva de conducta, y la culpa (negligencia) es siempre lo contrario: desajuste entre la conducta del concreto deudor y el modelo legal —o convencional— de diligencia [*Libro*, pp. 118 y ss.].

Esa *misma* culpa-diligencia cumple en nuestro sistema de la responsabilidad contractual dos funciones: a) determinar la exactitud del cumplimiento en las obligaciones de actividad o de medios, y, *a contrario*, su incumplimiento material (como hecho): la falta de exacto cumplimiento (culpa, negligencia), y b) ser, para todas las obligaciones, criterio general (en defecto de otro específico) de imputación al deudor no cumplidor de los eventos que le obstaculizan cumplir o hacerlo exactamente, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual [*Libro*, pp. 20-21, 118, 172 y ss., 197 y ss., 229-230, 232, 291, 298].

Es más, me he preocupado expresamente de demostrar que la culpa-diligencia que cumple estas dos funciones, es siempre la misma culpa-diligencia del artículo 1.104 del Código civil; la diligencia tiene siempre la misma naturaleza de norma o canon objetivo de conducta, con el que ha de compararse el comportamiento o conducta del deudor (la culpa, la negligencia es, igualmente, siempre objetiva: diformidad entre el patrón de diligencia exigible y el concreto comportamiento del deudor que ha de prestarla): del deudor que ha de realizar una prestación de actividad diligente para cumplir y, en todo caso (para cualquier deudor), del que está obligado a impedir diligentemente cualquier evento que obstaculice el cumplimiento o exacto cumplimiento [*Libro*, pp. 233 y ss. y 468].

Contrariamente a todo lo cual, Clavería afirma que para mí: a) culpa y diligencia no son recíprocamente opuestos (*Nota*, p. 1.294), y b) la culpa-diligencia que yo manejo como criterio de imputación del evento sobrevenido obstativo del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, sería una culpa subjetiva, en el sentido de *intencional* (*Nota*, pp. 1289 y 1293):

a) Respecto a lo primero, vid. *Libro* (hablando de la diligencia en general.

previamente al análisis de sus funciones), página 119: «culpa es precisamente lo contrario a diligencia», y página 123: «en la determinación del contenido de la culpa (que es lo mismo que determinar negativamente el contenido de la diligencia)». Vid., también, página 200 (hablando de la diligencia criterio de imputación en el seno de la prueba liberatoria): «la diligencia (de la que es correlato la culpa)».

Empleo siempre culpa-diligencia como contrarios; por ejemplo (sin exhaustividad): *Libro*, páginas 20-21 (hablando de su doble función); 118 (antes de pasar a estudiar sus funciones); 125 (en general); 178 y 180 (en la determinación de la exactitud del cumplimiento de las obligaciones de medios); 197 y 199 (hablando de la función de la culpa-diligencia como criterio general de imputación, como una función más, aparte de la de criterio de cumplimiento en las obligaciones de actividad); 228 y 230 (como criterio general de imputación); 232 (en sus dos funciones); 298 (en su doble función); 461-462 (obligaciones de medios).

b) Respecto de lo segundo, no sólo sostengo, como parece indicar Clavería, el carácter objetivo de la culpa-diligencia criterio determinante del exacto cumplimiento o inexacto cumplimiento en las obligaciones de hacer de actividad [*Libro*, pp. 172, 268-269, 288, 460-461], sino que, en contra de lo que dice Clavería, lo hago en todo caso (en las dos funciones de la culpa-diligencia: *también* cuando funciona como criterio general de imputación del evento sobrevenido obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria), y rechazo explícitamente la existencia en nuestro Derecho de una culpa subjetiva-intencional.

1. Así, hablando de la culpa-diligencia en general, previamente al análisis de sus dos funciones: *Libro*, página 42: «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 del Cc.), 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»; páginas 118-119: «una primera matización se impone, con la idea de culpa-diligencia no se hace alusión a una situación subjetiva, propia de valoraciones morales y tradicional en el campo del ilícito. La culpa en el lenguaje de los civilistas asume un significado objetivo de violación de una norma de conducta, de no realización de la conducta debida. Culpa es precisamente lo contrario a diligencia, que se presenta, a su vez, como un modo de actuar, algo que escapa por completo a la valoración de intenciones del sujeto... como la doctrina unánimemente pone de manifiesto se trata [el buen padre de familia] de un modelo [de conducta] objetivo o abstracto. Es decir, el complejo de cuidados y cautelas, el comportamiento debido por el deudor no se determina con arreglo a sus aptitudes personales..., sino con arreglo a un modelo externo a la persona del deudor»; página 120: «este carácter objetivo de la diligencia» (determinación del comportamiento debido al margen de las aptitudes subjetivas del deudor); página 125: «de forma que la impericia no es sino una forma de la culpa, que, a su vez, consiste siempre en la violación (objetiva) de una norma de conducta»; página 168, nota 157: «a no ser sobre la base de una concepción subjetiva de la culpa, que choca con el artículo 1.176 del Código civil italiano (y con el art. 1.104 del Cc. español)».

2. Hablando específicamente de la culpa-diligencia en su función de criterio de imputación del evento sobrevenido impeditivo del cumplimiento o del exacto cumplimiento, en el seno de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual: *Libro*, página 200: «la diligencia es una norma de conducta que en el

ámbito de la exoneración-responsabilidad, es decir, en el ámbito general, extensible a toda clase de obligaciones, se considera en relación al comportamiento del deudor respecto al impedimento que le ha imposibilitado la (total o exacta) realización del cumplimiento... la función, en este ámbito, de criterio de imputación le corresponde a la diligencia del buen padre de familia como modelo general de conducta del deudor en orden al cumplimiento»; página 211: «en la medida que la noción de culpa-negligencia que aquí se maneja no es una elaboración psicológica, sino objetiva: se trata de la violación o no de un modelo de conducta riguroso, que, además, es capaz de asumir contenidos técnicos ajustados a la naturaleza de la actividad deudoria de que se trate»; página 216: «entendiendo por tal [causa no imputable al deudor] (siempre en el plano restringido de la causación de la imposibilidad), la no referibilidad (normalmente culpable, pero de una culpa-diligencia objetiva y capaz de asumir contenidos técnicos, eventualmente con otros criterios legales o jurisprudenciales) al deudor del impedimento sobrevenido de cumplir»; página 218: «en la valoración de la inevitabilidad del evento impeditivo (y, por tanto, del fortuito) se tiene en cuenta la conducta del deudor, conducta que viene normalmente medida (arts. 1.104 y 1.182 del Cc.) con un patrón de conducta diligente (el buen padre de familia), riguroso y capaz de asumir contenidos diversos acordes con la naturaleza de la prestación».

3. Finalmente, refiriéndome a ambas funciones de la culpa-diligencia, simultáneamente: *Libro*, páginas 229-230: «el criterio de la diligencia (art. 1.104 del Cc., criterio objetivo, norma de conducta)»; páginas 232 y 234: «la diligencia, sea como medida del cumplimiento en las obligaciones de medios, sea como criterio de imputación de la imposibilidad sobrevinida para toda clase de obligaciones, es siempre la del artículo 1.104 del Código civil, entendida como norma objetiva de conducta»; página 235: [el art. 1.104 del Cc.] «que se aplica, sí, en dos ámbitos: cumplimiento (sólo para las obligaciones de medios) e imputación de la imposibilidad sobrevinida (para todas las obligaciones), pero siempre con arreglo a su única naturaleza de criterio objetivo de conducta, capaz de asumir contenidos técnicos»; página 236: «la culpa relevante en uno y otro ámbito, es pues, siempre una noción objetiva, una infracción de un modelo de conducta»; páginas 291, 298 y 468 [las dos funciones aludidas se cumplen por la misma diligencia (objetiva) del art. 1.104 del Cc.]; página 598 (la misma diligencia cumple las dos funciones).

IV. Igualmente me parece desastroso el entendimiento que hace Clavería de mi exposición del régimen de la responsabilidad contractual en las obligaciones de actividad o de medios (especialmente, *Nota*, p. 1293).

Como puede verse en el *Libro* [pp. 169, 172 y ss., 229-230, 232, 266 y ss., 291, 298, 456 y ss] y, fuera de él, en mi trabajo publicado en la *RGLJ*, 1985, páginas 29 y siguientes, y allí, páginas 64 y siguientes, lo que yo pretendo decir es bastante simple, después de todo. Sintetizado al máximo, es lo siguiente:

Las obligaciones de actividad o de medios, como cualesquiera otras, pueden infringirse de variadas formas por el deudor: no realizando la prestación debida en absoluto, realizándola inexactamente o atrasadamente.

Estas diversas posibilidades de contravención son el incumplimiento material: el incumplimiento como hecho, la falta de total o exacto cumplimiento, que constituye el contenido de la carga probatoria del acreedor que demanda la responsa-

bilidad, y que hace posible el juicio de responsabilidad sobre el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor (art. 1.101 del Cc.).

Pues bien, en este primer plano del incumplimiento material está la especialidad de las obligaciones de medios, por lo que se refiere a la inexactitud del cumplimiento y sólo a esta forma de contravención de la obligación. Puesto que la prestación del deudor (el contenido de lo debido por él) en esta clase de obligaciones es una determinada actividad diligente, el cumplimiento inexacto vendrá dado por la diformidad de la conducta desplegada por el deudor respecto del modelo de diligencia debido (técnico o común): en principio, el general del artículo 1.104 del Código civil. O sea, cumplimiento inexacto en estas obligaciones es lo mismo que culpa o negligencia.

Que el acreedor de una obligación de medios que demanda la responsabilidad de su deudor por inexactitud del cumplimiento de éste, haya de probar la culpa o negligencia del deudor, no es, pues, más que una aplicación de los principios generales: al acreedor incumbe la prueba del incumplimiento en su materialidad: de la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento; del mismo modo, el acreedor de una obligación de medios que demandase la responsabilidad del deudor por otra clase de contravención habría de probarla: prueba, por ejemplo, del retraso o de la falta total de su realización.

Son, pues, los mismos principios generales, válidos para cualquier obligación y cualquier forma de su contravención, los que reciben aplicación al caso de realización inexacta de una prestación de medios: la necesidad de probar la culpa del deudor no exactamente cumplidor nace, simplemente, del específico contenido (una actividad diligente) de esta clase de obligaciones; en cambio, cuando la obligación tenga por objeto la realización de un determinado resultado, la aplicación de esos mismos principios conlleva la necesidad de que el acreedor dé la prueba de la defectuosidad o falta del resultado debido. O sea, es el diverso contenido de la prestación el que da a la prueba del acreedor —a la infracción del deudor— un diverso contenido, en la aplicación de los mismos principios generales.

Pero la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, el incumplimiento material o fáctico, simplemente abre la cuestión de la responsabilidad; probado que sea aquél por el acreedor, queda por saber si la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento está o no justificada, para que el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor responda. A éste, por tanto, como a cualquier otro deudor no cumplidor, le cabe dar la específica contraprueba liberatoria: la de la imposibilidad, a él no imputable, de la realización del cumplimiento o del exacto cumplimiento. Del mismo modo que si, en las obligaciones de medios, la falta total de la prestación del deudor o su retraso, si están determinados por caso fortuito, no dan lugar a responsabilidad del deudor no cumplidor; del mismo modo que si, en las obligaciones de resultado, cuando la falta de éste o su inexactitud están determinadas por caso fortuito el deudor no cumplidor no responde; también, en las obligaciones de medios, cuando no se ha prestado la diligencia debida por una imposibilidad de prestarla que no sea imputable al deudor —por caso fortuito— (y el criterio de esta imputación es, también aquí, en principio el general: la misma diligencia del artículo 1.104 del Código civil: norma objetiva de conducta, capaz de asumir contenidos técnicos; la culpa intencional-subjetiva que me «encaja» Clavería es por completo ajena a mi pensamiento), el deudor no cumplidor tampoco responde.

La misma diligencia cumple sus dos funciones *simultáneamente* en las obliga-

ciones de medios: primero se ve si hay o no exacto cumplimiento; si no lo hay —si no se prestó la diligencia debida—, hay que ver si esa falta de exacto cumplimiento está determinada o no por un evento que lo imposibilitó por una concreta causa que el deudor no-cumplidor no pudiese diligentemente evitar.

O sea:

1. Las obligaciones de medios no entrañan (ni para el incumplimiento inexacto, ni para ninguna otra forma de incumplimiento) alteración de las reglas de la carga de la prueba: al acreedor incumbe probar en todo caso la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento, y al deudor no cumplidor que están determinadas por caso fortuito (prueba liberatoria).

Que al deudor, también cuando se trata de obligaciones de medios y de su cumplimiento inexacto, quepa dar la contraprueba liberatoria —cosa que admite la doctrina francesa mayoritaria, que habla para este supuesto de «inversión de la carga de la prueba»— desmiente que exista una *verdadera* inversión probatoria. [Como explico en el *Libro*, pp. 266 y ss., y en *RGLJ*, *cit.*, pp. 64 y ss., la pretendida inversión probatoria es el resultado de una incorrecta interpretación del art. 1.315 del Cc.fr. (y 1.214 del Cc.), sobre cuya base —el cumplimiento de la obligación sería un tema de prueba invariablemente del deudor (también frente a la pretensión de responsabilidad del acreedor, y no sólo frente a la de cumplimiento)— se dice que el acreedor no ha de probar el incumplimiento material (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento) de su deudor; esta norma (de ahí la «inversión») *no* se aplicaría a las obligaciones de medios (¡singular recorte!), sino sólo a las obligaciones de resultado. Para mí, como digo, la norma de carga probatoria general, de la que los artículos 1.214 del Cc. y 1.315 del Cc.fr. hacen aplicación para la pretensión de cumplimiento del acreedor —al actor corresponde la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, y al demandado la de los extintivos—, es la que se aplica, para todas las obligaciones y para toda clase de contravención de las mismas, y conduce a la necesidad de que el acreedor que pretenda la responsabilidad —que es pretensión *distinta* de la de cumplimiento— corra con la carga probatoria de la falta o inexactitud del cumplimiento de su deudor].

2. El límite de la responsabilidad contractual (la prueba liberatoria del deudor no cumplidor) y su fundamento son los mismos para toda suerte de obligaciones y para cualquier forma de contravenirlas —también para las obligaciones de medios y su no exacta realización—: la imposibilidad liberatoria (el caso fortuito) y el incumplimiento (una obligación que subsiste infringida), respectivamente.

V. Para Clavería, en cambio (*Nota*, pp. 1294-1295), la culpa sí es un elemento subjetivo-intencional, reconociendo él mismo no fundamentar suficientemente esta opinión (*Nota*, p. 1295).

No parece resultarle obstáculo para ello, el que la diligencia lleve muchos siglos siendo objetiva: modelo de conducta del deudor; y que el artículo 1.104 del Código civil, que recoge esta ininterrumpida tradición histórica, haga, por ello, de la culpa la violación por el deudor del modelo de conducta diligente acogido. Se trata siempre, cualquiera que sea la función de la diligencia, de enjuiciar el comportamiento del deudor, para ver si se ajusta o no a lo debido (el deudor de una prestación de medios debe una actividad diligente; todo deudor está obligado a preservar diligentemente la posibilidad del cumplimiento debido).

Tampoco parece llamar la atención de Clavería el que los más conspicuos

autores culpabilistas (Giorgianni, Bianca, Natoli) manejen una culpa-diligencia objetiva. Esta misma culpa-diligencia, es la que yo, sin modificación alguna, acojo para sus dos funciones, con la doctrina española (hasta el momento de la publicación del *Libro*, unánime) y (pienso, modestamente) con el Código civil (art. 1.104 del Cc.).

Un ejemplo doctrinal, aparte de los que recojo en el *Libro* [pp. 118 y ss.] y entre otros muchos posibles: Díez-Picazo y Gullón, *Sistema*, II, Madrid, 1983, 4.ª ed., pp. 630-631 (a propósito de la responsabilidad extracontractual [el patrón de diligencia del art. 1.104 del Cc, es el mismo para la responsabilidad contractual que para la responsabilidad extracontractual culposa: *Libro*, p. 281, nota y *RGLJ*, cit., p. 35, nota 9]): «la aplicación del artículo 1.104 al campo de la responsabilidad extracontractual origina que la conducta del agente ha de ser confrontada con una figura tipo o patrón. En efecto, el párrafo segundo de dicho precepto dice que «cuando la obligación no exprese la diligencia que ha de prestarse en su cumplimiento, se exigirá la que correspondería a un buen padre de familia». Este es el tipo, la figura del buen padre de familia. Ha de medirse, en otras palabras, la diligencia que ha de desplegarse por la que utilizaría el hombre normal o medio, y de ahí que la culpa del artículo 1.902 sea una culpa *in abstracto* u objetiva».

No creo, sinceramente, que estando así las cosas, exista género literario que dispense de fundamentar, siquiera brevemente, la consideración de la culpa como intencional, en vez de como violación de una norma de conducta diligente.

Para determinar el alcance efectivo de la opinión de Clavería en el sentido de fundamentar la responsabilidad contractual en una culpa subjetiva-intencional del deudor, habría que distinguir [vid. *Libro*, pp. 20-21, 160 y ss., 214-215, 227 y ss., 284 y ss., 294 y ss.]:

1. Si este autor sostiene (cosa que no precisa, pero tampoco desmiente) que el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor ha de probar, para exonerarse de responsabilidad contractual, el caso fortuito con sus tradicionales requisitos; entonces su posición es contradictoria y desemboca, además, en un equívoco terminológico: si la culpa es el fundamento de la responsabilidad contractual, el deudor no cumplidor debería exonerarse probando su ausencia de culpa; la imposibilidad de la prestación, del cumplimiento o del exacto cumplimiento, como elemento de la (tradicional) prueba liberatoria (caso fortuito) es contradictoria con el fundamento asumido de la responsabilidad contractual: entonces la responsabilidad del deudor no cumplidor mientras la prestación sea posible (que en realidad es una consecuencia de la subsistencia del vínculo obligatorio, y subsistencia insatisfecho) sólo puede afirmarse sobre la base de una ficción de culpa. Y así, por detrás de la confusa y arbitraria terminología, Clavería llegará a las mismas conclusiones que yo.

2. Si, por el contrario, este autor afirma, coherentemente con sus premisas, que la prueba liberatoria es la prueba de la ausencia de culpa (falta de intencionalidad que, lógicamente, habría que deducir del comportamiento del sujeto deudor: *Nota*, p. 1.294), entonces, las normas de la imposibilidad sobrevenida quedarían absorbidas-anuladas por las de la diligencia, y se constituiría subrepticamente una nueva causa de extinción de las obligaciones que no figura en el sistema como tal (ni en los programas de la asignatura): la ausencia de culpa.

VI. Creo que Clavería no se percató suficientemente de que la manera como se configure la responsabilidad contractual afecta inevitablemente al concepto de obligación que se sostenga, y viceversa [*Libro*, pp. 21 y 39].

La idea de obligación que explicamos a nuestros alumnos se apoya en la indiosociabilidad del deber del deudor y de su responsabilidad (por esto, el deber de prestar es jurídico: coercible); con esta idea de obligación, el deudor debe la prestación mientras sea posible realizarla, es coherente *sólo* la responsabilidad contractual que se apoya en el *incumplimiento*: en la subsistencia de una obligación infringida, resultado al que, por otra parte, conduce la necesidad de que el deudor no cumplidor haya de dar como su prueba liberatoria, la del caso fortuito: la imposibilidad liberatoria, que aúna el efecto exoneratorio y el extintivo o suspensivo de la obligación. La responsabilidad del deudor no cumplidor se asocia así a la infracción de una obligación subsistente, su irresponsabilidad con la no subsistencia de la obligación que, no en vano, es el fundamento último de la responsabilidad contractual.

La responsabilidad contractual (*verdaderamente*) fundada en la culpa-intención del deudor no cumplidor aboca a un concepto primitivo de obligación, que va indiosociablemente unido al carácter delictual de la responsabilidad del deudor.

Entonces la responsabilidad del deudor no cumplidor no es una consecuencia inherente a la existencia (y subsistencia) del vínculo obligatorio, sino que es el resultado autónomo de un ilícito; junto al *pacto* con el que se concierta la prestación del deudor, se celebra separadamente el *convenio de responsabilidad*: una fórmula sacramental (inicialmente, cabe suponer, un juramento religioso) cuyo quebrantamiento (y no la falta o inexactitud del cumplimiento, de la prestación pactada) desencadena la responsabilidad del deudor. La fuente de la responsabilidad del deudor no cumplidor está, pues, en el ilícito (es delito, inicialmente en sentido estricto: penal, el quebrantamiento de la fórmula sacramental, del juramento), y no en su incumplimiento: no hay, propiamente, un deber jurídico de realizar la prestación convenida, sino la amenaza de una responsabilidad penal que resulta del separado convenio de responsabilidad (del juramento, de la fórmula sacramental) y no del pacto.

A la vista de esto, cómo pretender resucitar ese cadáver jurídico: esa responsabilidad delictual del deudor no cumplidor que funciona separadamente de la obligación (del deber) del deudor de prestar. Es la vuelta al taparrabos jurídico de la responsabilidad contractual. Conociendo a Clavería, uno no puede menos que preguntarse, parafraseando a los Burning, qué hace un civilista como tú en un sitio como éste.

Siendo coherentes con la concepción delictual, en clave de ilícito, de la responsabilidad contractual, el siguiente paso es fijar las condiciones de imputabilidad subjetiva (en términos penalísticos) del deudor responsable. Por el momento, nadie se ha atrevido. Se comprende: las necesidades del tráfico no están para bromas.

No me resisto a reproducir, a este propósito, el siguiente texto de Marton («Obligations de résultat et obligations de moyens» en *RTDC*, 1935, pp. 499 y ss., y allí, p. 513, nota), otro autor que, además de los que cito en el *Libro*, intuyó claramente la indiosociabilidad entre responsabilidad contractual y la propia idea de obligación:

«Qu'il me soit permis d'illustrer ce que je viens de dire par un épisode insignifiant de ma vie, qui a pourtant exercé sur moi une profonde impression, et dont

le récit, ne sera peut-être pas inutile pour notre sujet. Pendant un séjour dans une petite ville de campagne, je suis allé prendre mon déjeuner dans le seul hôtel-restaurant. Ce fut l'hiver. La grande salle à manger très peu chauffée: l'énorme poêle en fer étant muet et froid. Avec les autres hôtes rassemblés peu à peu nous étions assis revêtus de nos manteaux autour des tables. Soudain le patron apparaît. Il voit ses hôtes emmantelés et, d'une voix rabaisée, mais sévère, il interpelle le garçon: «De nouveau, il fait froid dans la salle!». —Celui-ci s'excuse: «Mon patron, j'ai déjà par trois fois demandé au domestique de venir allumer le feu, mais il ne vient pas». —A quoi le patron l'interrompt impatientement: «Ne le lui dites pas une seule fois, mais il faut absolument qu'il fasse chaud ici!». —Ces paroles, épiées par hasard, ont éveillé dans mon cerveau, où tourbillonnaient déjà à cette époque les idées que je suis en train d'exposer sur la nature de la responsabilité, une lumière soudaine, semblable à l'éclair de la foudre. Voilà avec quelle précision frappante cet aubergiste de campagne a exposé l'essence de notre problème! Il paye un garçon afin que celui-ci veille sur l'ordre de son entreprise. Comment celui-ci le fait-il, cela n'intéresse pas le patron, Il lui importe seulement que les affaires marchent en bon ordre. Il a besoin non pas d'«efforts» mais d'une salle bien chauffée. Cela, il l'exige rigoureusement, et il ne se contente pas de l'excuse selon laquelle le garçon aurait déjà fait un triple effort en vue du résultat, mais sans avoir réussi. Si le résultat eût été atteint, il ne s'aviserait pas des efforts.—C'est cette idée vigoureuse qui est condamnée à mourir, par la pesée minutieuse des degrés de la diligence-moelle, dans le système de la faute!».

En efecto, la idea de la obligación como un simple grado de esfuerzo diligente del deudor —mientras el cumplimiento o exacto cumplimiento sean posibles, la cuestión de la diligencia del deudor no cumplidor no entra en consideración—, o, peor aún, como un compromiso de buenas intenciones, que resultaría de convertir a la culpa (objetiva o subjetiva) en *verdadero* fundamento de la responsabilidad contractual, es por completo extraña al Derecho, y esto es otro serio indicio de que la culpa como fundamento de la responsabilidad contractual no rebasa nunca en las formulaciones de los juristas el nivel del mero equívoco terminológico.

Para mí, como he sostenido en el *Libro* [pp. 238-239] el único residuo en el Derecho vigente de la concepción delictual, en términos de ilícito, de la responsabilidad contractual, es la responsabilidad por dolo, cuyo fundamento (el de la agravación que es su consecuencia) es ciertamente subjetivo (intención, voluntad o conciencia del deudor incumplidor doloso), aunque, naturalmente, ello pueda sólo establecerse sobre una base indiciaria: el propio comportamiento del sujeto deudor [*Libro*, p. 257, nota 26].

En cambio, para mí, la culpa es siempre objetiva —violación de una norma de conducta diligente, que prescinde de la intención o psique del sujeto deudor— y no es nunca fundamento *directo* de la responsabilidad contractual:

a) Ni en las obligaciones de medios: donde la falta de la diligencia debida puede estar determinada por imposibilidad liberatoria (la culpa-infracción de la obligación: falta de exacto cumplimiento, no determina necesariamente la responsabilidad, sino sólo cuando a la infracción de la obligación se une su subsistencia: cuando haya incumplimiento).

b) Ni en todas las obligaciones (incluidas las de medios): donde lo que determina la responsabilidad contractual es el incumplimiento, la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento, subsistiendo la obligación; pero como el límite de la

responsabilidad contractual y prueba liberatoria es el caso fortuito (la imposibilidad liberatoria) y uno de sus elementos (en el ámbito de aplicación del criterio de imputación general: cuando no existen otros específicos objetivos de riesgo) la ausencia de culpa respecto del origen del evento obstativo del cumplimiento o exacto cumplimiento, resulta que la culpa es fundamento *indirecto* o *mediato* de la responsabilidad contractual en todos aquellos casos en que la imposibilidad del cumplimiento o exacto cumplimiento es imputable a negligencia del deudor; fundamento indirecto, en la medida que, subsistiendo entonces la obligación, y haciéndolo insatisfecha, determina el incumplimiento: la infracción de una obligación subsistente (por no concurrir el hecho exoneratorio-extintivo con todos sus requisitos), incumplimiento que es siempre el fundamento de la responsabilidad contractual (también cuando la prestación es posible).

Por entender yo, y por entender la práctica totalidad de los autores la culpa-diligencia en sentido objetivo, es por lo que digo, *Libro*, página 71: «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, y ello porque tampoco los subjetivistas pueden desconocer la exigencia fundamental de la tutela del crédito. Polémica, pues, que se establece entre un objetivismo subjetivado [vid. texto citado, *supra*: el primer objetivismo no prescinde de la valoración del comportamiento del sujeto deudor no cumplidor] y un subjetivismo objetivado»; y página 240: «el conflicto entre tesis subjetivas de la culpa (que en cierto sentido son objetivas, pues la diligencia es norma objetiva de conducta)»

Cuando hablo reiteradamente de dos elementos de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual: objetivo (imposibilidad sobrevenida de la prestación) y subjetivo (no imputabilidad al deudor de la causa que origina la imposibilidad), con esta segunda calificación quiero indicar que es este elemento de la prueba liberatoria-límite de la responsabilidad contractual, cuando se aplica el criterio general de imputación (la diligencia como norma objetiva de conducta), el que exige una valoración del comportamiento o conducta del sujeto deudor no cumplidor (no existe esa valoración, en cambio, cuando estemos en el ámbito de aplicación de criterios de imputación objetivos, en otro sentido: en términos de riesgo).

VII.1. Cuando Clavería habla (*Nota*, p. 1284) de «la utilización jurídico-material [por mí] del factor procesal de la carga de la prueba», parece pensar que existe completa descoordinación entre carga de la prueba y normas civiles sustantivas.

En cambio [*Libro*, pp. 243 y ss.; *RGLJ*, *cit.*, pp. 61 y ss.], como enseñan los más autorizados procesalistas, la norma (procesal) general de la carga de la prueba (al actor incumbe la carga de la prueba de los hechos constitutivos de su pretensión, al demandado la de los hechos obstativos de la misma —y constitutivos de su pretensión defensiva—), es una norma *neutra*, que recibe contenido concreto para cada determinada pretensión de la ley sustantiva, que es la que califica para cada pretensión cuál es su hecho constitutivo y cuál su hecho extintivo: sobre esa calificación previa de la ley sustantiva, calificación en la que la norma procesal no interfiere, antes bien, remite a la ley sustantiva, opera la indicada regla procesal general de la carga de la prueba. Por tanto, saber cómo se reparte entre actor y demandado la carga de la prueba respecto de cada preten-

sión, sólo puede hacerse sobre la base de la previa calificación de los hechos (como constitutivos o extintivos) por la ley sustantiva, calificación que la aplicación de la norma procesal presupone hecha por la ley sustantiva, a la que implícita y necesariamente se remite.

Por ello, si no se opera arbitrariamente, las afirmaciones hechas sobre lo que es, según la ley civil, hecho constitutivo o extintivo de una determinada pretensión, han de reflejarse en el reparto de su carga probatoria; y viceversa, las afirmaciones de carga probatoria implican necesariamente —salvo cuando excepcionalmente exista inversión legal o convencional— y en forma implícita, una determinada regulación sustantiva (una calificación de los hechos como constitutivos o extintivos de la pretensión de que se trate).

2. En coherencia con lo anterior, a la hora de establecer en materia de responsabilidad contractual el reparto de la carga de la prueba entre el acreedor que pretende la responsabilidad y el deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor, yo parto de la base:

a) De la mencionada norma general procesal de la carga de la prueba, que nuestro Derecho, como el francés (su modelo), no formula explícitamente, cosa que sí hace el italiano; pero de la que hace aplicación para una pretensión determinada: la de cumplimiento (art. 1.214 del Cc.). [Cualquier persona que conozca el estado de la ciencia del Derecho procesal en el momento de las primeras codificaciones, comprenderá fácilmente la diferencia que va de ese momento al de la codificación italiana de 1942].

b) De las normas generales de la responsabilidad contractual, que hacen del *hecho* (materialidad) del incumplimiento: la infracción de la obligación (la falta de cumplimiento o de exacto cumplimiento), hecho constitutivo de la pretensión de responsabilidad del acreedor (art. 1.101 del Cc.); y de la imposibilidad liberatoria, el caso fortuito con sus tradicionales requisitos, su hecho obstativo (y constitutivo de la pretensión exoneratoria-extintiva del deudor no cumplidor): artículos 1.105 y 1.182 y siguientes del Código civil.

Sobre esta doble base (a y b), obtengo un reparto legal de la carga de la prueba de la responsabilidad contractual que vale para cualquier obligación y para cualquier forma o modo de contravención de la misma.

3. Clavería me discute las conclusiones que establezco respecto de la carga probatoria del acreedor, diciendo que una construcción «más razonable y casuística» conduce, al considerar el cumplimiento como un tema de prueba fijo del deudor, a que el acreedor no tenga que probar normalmente la infracción de la obligación (el defecto de cumplimiento o de exacto cumplimiento), aunque sí en ciertos casos, que serían «excepciones». [Clavería reconoce —¡menos mal!— que yo no me apoyo en estas supuestas excepciones para elaborar mi planteamiento general: *Nota*, p. 1296].

Yo a ello respondo:

a) Que la opinión que hace del cumplimiento un tema de prueba fijo del deudor, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.214 del Código civil, se basa en un equívoco: este artículo no contiene (basta leerlo para verlo) la norma general procesal de la carga de la prueba, sino su aplicación a la pretensión de cumplimiento; lo que hay que aplicar a la pretensión de responsabilidad no es, pues, lo concretamente dispuesto por el artículo 1.214 para la pretensión de cumplimiento, sino la norma general, en él implícita, a una pretensión diferente (que tiene su propio contenido: el resarcimiento y que se funda no en una obliga-

ción, sino en una obligación infringida) [*Libro*, pp. 243 y ss., 249 y ss., 266 y ss.; *RGLJ*, *cit.*, pp. 61 y ss.].

En este mismo sentido, *vid.*, por ejemplo, Lacruz/Rivero: *Elementos*, I, 2, Barcelona, 1983, p. 152: «no se olvide que en nuestro ordenamiento corresponde al actor probar cumplidamente los hechos constitutivos de su pretensión: artículo 1.214» (hablando nada menos que del art. 190 del Cc.).

b) Que el reparto de la carga de la prueba, *para cualquier pretensión*, no depende de consideraciones de razonabilidad o casuismo en orden a la facilidad de la prueba, sino única y exclusivamente de cómo se califiquen, respecto de cada pretensión, los hechos a probar (como constitutivos o extintivos) por la ley sustantiva. Aquellas consideraciones, por tanto, sólo jugarán, en su caso, en la *ratio legis* de la ley sustantiva a la hora de verificar la susodicha calificación [*Libro*, pp. 245 y ss., 255-256, 287; *RGLJ*, *cit.*, pp. 61 y ss., 74-75, 98 y nota 102, 100-101].

De lo que se sigue, inexorablemente, que para una misma pretensión (al ser la calificación de los hechos, en su respecto, hecha por la ley sustantiva, la misma) la carga probatoria —salvo inversión excepcional, legal o convencional— es siempre la misma.

En efecto, jamás he visto u oído a nadie que diga que la carga probatoria del pago del deudor (frente a la pretensión de cumplimiento del acreedor) se altere según sea el tipo de obligación cuyo cumplimiento se demande [¿dónde están aquí las consideraciones de razonabilidad o casuismo?: la prueba del cumplimiento no es siempre igualmente fácil para el deudor al que se le reclama], o que a aquel que pretenda la invalidez de un contrato corresponda o no la carga de la prueba del hecho alegado que motiva la invalidez, según cuál sea el vicio de que se trate.

En cambio (*hélas!*), cuando se trata de la responsabilidad contractual es frecuente invocar criterios de razonabilidad y casuismo. No encuentro razón alguna para no aplicar a la pretensión de responsabilidad del acreedor los mismos principios generales que a cualquier otra pretensión.

Cuando para afirmar la responsabilidad contractual se dispensa al acreedor de la prueba de la falta de cumplimiento o exacto cumplimiento —el incumplimiento fáctico, material «se presume», dado que la prueba del cumplimiento siempre corresponde al deudor—, y, además, el supuesto fundamento de la responsabilidad contractual (la culpa) también se presume sobre la base del incumplimiento presunto, el planteamiento se hace tan fantástico (¡tantas presunciones!), que es la mejor prueba, él mismo, de su completa artificiosidad.

VIII. 1. Escribe Clavería (*Nota*, 1.291), a propósito de la responsabilidad del deudor por sus auxiliares en el cumplimiento de la obligación, que yo afirmo «que tal responsabilidad se mantiene aun sin culpa del auxiliar, en coherencia con el objetivismo preconizado».

Lo que yo digo, en verdad [*Libro*, pp. 584-585], es que el deudor responde por su auxiliar en las mismas condiciones que respondería si actuase él personalmente. Lo que significa que responde de cualquier infracción de la obligación que no esté justificada por caso fortuito: por un hecho obstativo del cumplimiento o del exacto cumplimiento que no sea imputable al auxiliar. Es decir, responde mientras exista una obligación subsistente e infringida: incumplida. Lo cual, a su vez, significa:

a) Que el deudor responde en todo caso (sin culpa suya o del auxiliar) mientras el cumplimiento o el exacto cumplimiento sea posible.

b) Que el deudor inculpable responde si el cumplimiento o exacto cumplimiento es imposibilitado por un evento imputable a culpa del auxiliar.

c) Que también responde el deudor inculpable si el cumplimiento o exacto cumplimiento es imposibilitado por un evento que no es imputable a culpa del auxiliar, pero que está en la esfera de riesgo del deudor, cuando estemos en el ámbito de aplicación, no del criterio general de imputación (la diligencia), sino de uno específico objetivo, en el sentido de que prescinde de la valoración del comportamiento del deudor no cumplidor: imputación en términos de riesgo; entonces, la imputación de los eventos impeditivos del cumplimiento o del exacto cumplimiento se hace, respecto del auxiliar, también en los mismos términos que se haría respecto del deudor si actuase personalmente. Así se explica, como digo en la página 585, nota 299, la responsabilidad del deudor por el auxiliar de su auxiliar.

Todo lo cual, naturalmente, deja a salvo la propia responsabilidad personal del deudor, cuando el evento que obstaculiza el cumplimiento o exacto cumplimiento no sea imputable a culpa del auxiliar, pero sí a culpa del principal [*Libro*, pp. 566, 567, 568, 574-575].

2. Respecto de la identificación entre caso fortuito y fuerza mayor, que Clavería rechaza (*Nota*, p. 1297), a mí me parece claro, en cambio, que nos hallamos ante uno de los más palpables ejemplos de contraposición o clasificación debidos al escolasticismo más estéril.

Cualquier estudio histórico serio (yo cito a uno de los más serios: el de Maffei, *Libro*, pp. 216-217) demuestra la equivalencia histórica de tales expresiones, junto con otras, y cómo en el origen de su distinción únicamente existen criterios perfectamente arbitrarios (como lo son los que hoy, tímidamente, se manejan).

En efecto, caso fortuito y fuerza mayor han sido históricamente y son hoy, para toda la doctrina que los constituye en prueba liberatoria del deudor no cumplidor, lo mismo: la imposibilidad liberatoria, la imposibilidad sobrevenida del cumplimiento o del exacto cumplimiento por causa no imputable al deudor no cumplidor o no exactamente cumplidor.

Y no se ve cómo pueden distinguirse: a) La imposibilidad de la prestación es lo mismo siempre: su adaptabilidad a cada concreta prestación depende de su propio carácter objetivo (no de la calificación como caso fortuito o fuerza mayor); b) la no imputabilidad de la causa que origina la imposibilidad se establece, como regla general, en términos de diligencia (arts. 1.104, 1.182-1.183, 1.105 del Cc.), y ésta se adapta a la naturaleza de la prestación debida —así, puede ser técnica— y a las circunstancias del caso (art. 1.104 del Cc.), pero ello *no* depende de la calificación como caso fortuito o fuerza mayor, sino de la propia naturaleza de la diligencia como norma de conducta del deudor. La no imputabilidad puede establecerse también en términos objetivos (de riesgo): que prescinden de la conducta del sujeto deudor no cumplidor, pero ello depende de que la ley así lo establezca (con independencia de la calificación como caso fortuito o fuerza mayor); así, sobre la base de lo dispuesto en el artículo 1.784 del Código civil, puede sostenerse que en él se consagra un criterio de imputación objetivo (en términos de riesgo) [*Libro*, pp. 513 y ss], pero no por el hecho de emplearse por la ley la locución «fuerza mayor», sino por el contexto en que se emplea (la ejemplificación que la acompaña, la función y fundamento de esta responsabi-

lidad hostelera —empresarial— por custodia indirecta). Por ello a nadie, en cambio, se le ha ocurrido pensar jamás que el uso de la misma expresión «fuerza mayor» en el artículo 1.777 del Código civil, por ejemplo, tenga para el depósito el mismo significado, o, en todo caso, valor agravatorio del régimen general de la responsabilidad contractual (al que, por otra parte, remite expresamente el art. 1.766 del Cc.).

3. Tampoco convence a Clavería (*Nota*, p. 1.297) la explicación, en términos de falta sobrevenida de la causa, de la resolución (*ipso iure*) del contrato sinalagmático por imposibilidad sobrevenida liberatoria del alguna de las prestaciones recíprocas [*Libro*, p. 315, nota 114].

La razón aducida («“causa” es un requisito que sólo tiene que concurrir al nacer el contrato») resulta indemostrada y es, además, en mi modesta opinión, indemostrable: está por inventar todavía la noción de causa que, respetando los datos de nuestro Código (art. 1.274 del Cc.), permita afirmar que la sobrevenida extinción de una de las obligaciones recíprocas por imposibilidad liberatoria, no afecta al sinalagma genético, a la causa del contrato bilateral, y, por tanto, también sobrevenidamente a la eficacia de éste.

Las ideas de De Castro (en el mismo sentido que él, por ejemplo, Mosco) a este propósito, lejos de parecerme «peligrosas», me parecen las únicas capaces de explicar el régimen de esta causa de resolución del contrato sinalagmático y sus especialidades frente a la resolución por incumplimiento [vid., también, *CCJC*, 1987, 13, pp. 4429 y ss.]. Por lo que «sucumbo en el peligro» conscientemente.

Supongo que paralelamente podría pensarse, en abstracto, que la presencia de al menos dos partes en un contrato es sólo un requisito del momento de su celebración y que la muerte posterior de una de ellas no afecta, por tanto, a la eficacia del contrato con los herederos del fallecido (art. 1.257 Cc); pero, en concreto, ocurre que cuando las prestaciones que el contrato tiene por objeto son personalísimas, la muerte de una de sus partes, estando pendiente la ejecución del contrato, determina sobrevenidamente su extinción (arts. 1.595 y 1.732 del Cc) por objeto son personalísimas, la muerte de una de sus partes, estando pendiente la ejecución del contrato, determina su extinción (arts. 1.595 y 1.732 del C.c.).

Lo mismo sucede, me parece, con la causa de los contratos sinalagmáticos: no se trata de pensar en el contrato en abstracto, sino en la situación concreta de estos específicos contratos cuando están pendientes de ejecución.

IX. Para los restantes puntos de discrepancia entre Clavería y yo, me remito al juicio del lector, que sabrá valorar el peso de mis razones y las suyas, así como la consistencia de sus objeciones frente a mis asertos.

